



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

REVISTA
DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA
16ª REGIÃO

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO – 16ª REGIÃO

Av. Senador Vitorino Freire, 2001

Areinha – São Luís – MA

CEP 65.030-015

PABX: (98) 2109-9300

FAX: (98) 3232-8894

Comissão da Revista

Presidente: Desembargador GERSON OLIVEIRA COSTA FILHO

Membros: Desembargador ALCEBÍADES TAVARES DANTAS

Desembargador AMÉRICO BEDÊ FREIRE

Juíz Titular SAULO TARCÍSIO DE CARVALHO FONTES

Juíz Titular PAULO SÉRGIO MONT'ALVERNE FROTA

Assessoria da Revista

Equipe responsável pela Elaboração e Normalização

Secretário Geral da Presidência

JULIO CÉSAR GUIMARÃES - Secretário Geral da Presidência

MARIA ELISABETE DE SOUSA BARBOSA-Bibliotecária – Chefe do SID

RAIMUNDA NONATA ARAÚJO TEIXEIRA-Bibliotecária – CRB-13/309

RAIMUNDO DA C. COSTA LINDOSO-Assessor de Desembargador-
Indexação de Acórdãos

ALICE BEATRIZ MENDES DOS SANTOS-Estagiária de Biblioteconomia

Capa

Foto: Romeu Ribeiro

Produção e diagramação: Luís Sérgio Soares Tolentino

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. – v. 1,
n.1 (jan./jun. 1990) – São Luís: TRT, 2007.

v.17

Anual

ISSN – 1679-5601

1. Direito do Trabalho–Periódicos. 2. Jurisprudência
trabalhista. I. Título.

CDD 34 (05)

CDU 34:331(81)(094.9)(05)

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 16ª REGIÃO

COMPOSIÇÃO

BIÊNIO 2007/2009

PRESIDENTE

DESEMBARGADOR GERSON OLIVEIRA COSTA FILHO

VICE-PRESIDENTE CORREGEDORA

DESEMBARGADORA MÁRCIA ANDRÉA FARIAS DA SILVA

JUÍZES TOGADOS

DESEMBARGADOR ALCEBÍADES TAVARES DANTAS

DESEMBARGADOR AMÉRICO BEDÊ FREIRE

DESEMBARGADOR JOSÉ EVANDRO DE SOUZA

DESEMBARGADORA ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO

DESEMBARGADOR LUÍS COSMO DA SILVA JÚNIOR

DESEMBARGADOR JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS

JUÍZES TITULARES DE VARA

Solange Cristina Passos de Castro Cordeiro

Inácio de Araújo Costa

Amílcar Gonçalves Rocha

Francisco José de Carvalho Neto

Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes

Paulo Sérgio Mont'Alverne Frota

Noélia Maria Cavalcanti Martins e Rocha

Juacema Aguiar Costa

Maria do Socorro Almeida de Sousa

Francisco Tarcísio Almeida de Araújo

Noélia Mota da Silva

Higino Diomedes Galvão

Antônio de Pádua Muniz Corrêa

Manoel Lopes Veloso Sobrinho

Francisco José Campelo Galvão

Maria da Conceição Meirelles Mendes

Rui Oliveira de Castro Vieira

Liliana Maria Ferreira Soares Bouéres

Manoel Joaquim Neto

Érico Renato Serra Cordeiro

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Bruno de Carvalho de Motejunas
Leonardo Henrique Ferreira
Rodrigo Samico Carneiro
Fernanda Franklin da Costa Ramos
Érika Guimarães Gonçalves
Nelson Robson Costa de Souza
Carlos Eduardo Evangelista Batista dos Santos
Liliane de Lima Silva
Luciane Rodrigues do Rêgo Monteiro Sobral
Albérico Viana Bezerra
Viviane Souza Brito
Luciana Doria de Medeiros Chaves
Marcia Suely Correa Moraes
Maurílio Ricardo Neris
Carlos Gustavo Brito Castro
Carolina Burlamaqui Carvalho
Fábio Ribeiro Sousa
Ana Paula Flores
Jaime Luis Bezerra Araujo
Elzenir Lauande Franco

**JUSTIÇA DO TRABALHO – 16ª REGIÃO
VARAS DO TRABALHO
ESTADO DO MARANHÃO**

AÇAILÂNDIA

Lei de Criação: nº 8.432 de 11.06.1992

Endereço: Rua Ceará, 562

CEP 65.226-000 Açailândia – MA

Telefone: (99) 3538-2044

Jurisdição: Açailândia, Cidelândia, Itinga do Maranhão, Bom Jesus das Selvas, Buriticupu, Vila Nova dos Martírios, São Pedro da Água Branca e São Francisco do Brejão.

BACABAL

Lei de Criação: nº 7471 de 30.04.1986

Endereço: Rua Barão de Capanema, 258 – Centro

CEP 65.700-000 Bacabal – MA

Telefone: (99) 3621-2469

Jurisdição: Bacabal, Altamira do Maranhão, Alto Alegre do Maranhão, Bom Lugar, Brejo de Areia, Coroatá, Lagoa Grande do Maranhão, Lago da Pedra, Lago Verde, Matões do Norte, Marajá do Sena, Olho d'Água das Cunhãs, Paulo Ramos, Pirapemas, São Mateus do Maranhão e Vitorino Freire.

BALSAS

Lei de Criação: nº 7.729 de 16.01.1998

Endereço: Rua José Leão, 1059 – Centro

CEP 65.800-000 Balsas - MA

Telefone: (99) 3541-2753

Jurisdição: Balsas, Alto Parnaíba, Fortaleza dos Nogueiras, Loreto, Nova Colinas, Riachão, Sambaíba, São Félix de Balsas, São Raimundo das Mangabeiras e Tasso Fragoso.

BARRA DO CORDA

Lei de Criação: nº 7.729 de 16.01.1989

Endereço: Rua Coelho Neto, 348 – Centro

CEP 65.950-000 Barra do Corda - MA

Telefone: (99) 3643-2880

Jurisdição: Barra do Corda, Arame, Fernando Falcão, Formosa da Serra Negra, Grajaú, Itaipava do Grajaú e Jenipapo dos Vieiras.

BARREIRINHAS

Lei de Criação: nº 10.770 de 21.11.2003

RA nº 082/2005 – Aprovou a alteração da instalação da VT de Humberto de Campos para Barreirinhas.

Endereço: Av. Joaquim Soeiro de Carvalho, s/n – Centro

CEP 65.590-000 Barreirinhas - MA

Telefone: (98) 3349-0130

Jurisdição: Barreirinhas, Água Doce do Maranhão, Araisoses, Axixá, Humberto de Campos, Cachoeira Grande, Icatu, Morros, Paulino Neves, Presidente Juscelino, Primeira Cruz, Santo Amaro do Maranhão e Tutóia.

CAXIAS

Lei de Criação: nº 7.729 de 16.01.1989

Endereço: Praça Vespasiano Ramos, 446

CEP 65.600-040 Caxias - MA

Telefone: (99) 3521-3289

Jurisdição: Caxias, Aldeias Altas, Afonso Cunha, Codó, Coelho Neto, Duque Bacelar, São João do Soter e Timbiras.

CHAPADINHA

Lei de Criação: nº 7.729 de 16.01.1989

Endereço: Praça Coronel Luís Vieira, 46

CEP 65.500-000 Chapadinha--MA

Telefone: (98) 3471-1631

Jurisdição: Chapadinha, Anajatuba, Anapurus, Belágua, Brejo, Buriti de Inácia Vaz, Itapecuru-Mirim, Magalhães de Almeida, Mata Roma, Milagres do Maranhão, Nina Rodrigues, Presidente Vargas, Santa Quitéria do Maranhão, Santana do Maranhão, São Benedito do Rio Preto, São Bernardo, Urbano Santos e Vargem Grande.

ESTREITO

Lei de Criação: nº 10.770 de 21.11.2003

Endereço: BR 010 nº 20 – Aeroporto

CEP 65.975-000 Estreito – MA

Telefone : (99) 3531-7315

Jurisdição: Estreito, Campestre do Maranhão, Carolina, Feira Nova do Maranhão, Lajeado Novo, Porto Franco, São João do Paraíso e São Pedro dos Crentes.

IMPERATRIZ

Lei de Criação: nº 7.741 de 30.04.1986

Endereço: Rua da Saudade, Q-12 – Parque das Palmeiras

CEP 65.900-000 Imperatriz --MA

Telefone: (99) 3523-8479

Jurisdição: Imperatriz, Amarante do Maranhão, Buritirana, Davinópolis, Governador Edson Lobão, João Lisboa, Montes Altos, Ribamar Fiquene, Senador La Rocque e Sítio Novo.

PEDREIRAS

Lei de Criação: nº 10.770 de 21.11.2003

Endereço: Rua das Laranjeiras, s/n

CEP 65.000-000

Telefone: (99) 3642-1677

Jurisdição: Pedreiras, Bernardo do Mearim, Capinzal do Norte, Esperantinópolis, Igarapé Grande, Lago do Junco, Lago dos Rodrigues, Lima Campos, Peritoró, Poção de Pedras, Santo Antônio dos Lopes, São Luís Gonzaga do Maranhão, São Raimundo do Doca Bezerra, São Roberto e Trizidela do Vale.

PINHEIRO

Lei de Criação: nº 7.729 de 16.01.1989

Endereço: Av. Paulo Ramos, 35 - Centro

CEP 65.200-000 Pinheiro – MA

Telefone: (98) 3381-1851

Jurisdição: Pinheiro, Amapá do Maranhão, Apicum-Acú, Bacuri, Boa Vista do Gurupi, Bacurituba, Bequimão, Cajapió, Cândido Mendes, Carutapera, Cedral, Central do Maranhão, Centro Novo do Maranhão, Cururupu, Godofredo Viana, Governador Nunes Freire, Guimarães, Junco do Maranhão, Luís Domingues, Maracaçumé, Matinha, Mirinzal, Olinda Nova do Maranhão, Palmerândia, Pedro do Rosário, Peri-Mirim, Porto Rico do Maranhão, Presidente Sarney, Santa Helena, São Bento,

São João Batista, São Vicente Férrer, Serrano do Maranhão,
Turiaçu, Turilândia e Viana.

PRESIDENTE DUTRA

Lei de Criação: nº 10.770 de 21.11.2003

Endereço: Rua Magalhães de Almeida, 175 – Centro
CEP 65.000-000 Presidente Dutra - MA
Telefone: (99) 3663-0400

Jurisdição: Presidente Dutra, Dom Pedro, Fortuna, Governador Archer,
Governador Eugênio Barros, Governador Luiz Rocha,
Gonçalves Dias, Graça Aranha, Jatobá, Joselândia, Santa
Filomena do Maranhão, São Domingos do Maranhão, São
José dos Basílios, Senador Alexandre Costa e Tuntum.

SANTA INÊS

Lei de Criação: nº 8.432 de 11.06.1992

Endereço: Av. Castelo Branco, 2442, BR 316
CEP: 65.363-000 Santa Inês – MA
Telefone: (98) 3653-2383

Jurisdição: Santa Inês, Alto Alegre do Pindaré, Araganã, Arari, Bela
Vista do Maranhão, Bom Jardim, Cajari, Cantanhede, Centro
do Guilherme, Conceição do Lago-Açu, Governador Newton
Bello, Igarapé do Meio, Maranhãozinho, Miranda do Norte,
Monção, Nova Olinda do Maranhão, Penalva, Pindaré-Mirim,
Pio XII, Presidente Médice, Santa Luzia, Santa Luzia do Paruá,
São João do Carú, Satubinha, Tufilândia, Vitória do Mearim e
Zé Doca.

SÃO JOÃO DOS PATOS

Lei de Criação: nº 10.770 de 21.11.2003

Endereço: Praça Getúlio Vargas , s/n – Centro
CEP: 65.665-000 São João dos Patos - MA
Telefone: (99) 3551-2465

Jurisdição: São João dos Patos, Barão de Grajaú, Benedito Leite,
Buriti Bravo, Colinas, Lagoa do Mato, Mirador, Nova Iorque,
Paraibano, Passagem Franca, Pastos Bons, São Domingos
do Azeitão, São Francisco do Maranhão, Sucupira do Norte e
Sucupira do Riachão.

TIMON

Lei de Criação: nº 10.770 de 21.11.2003

Endereço: Av. Francisco Carlos Jansen, s/n

CEP 65.000-000

Telefone: (99) 3212-1313

Jurisdição: Timon, Parnarama e Matões.

SÃO LUÍS

Diretor do Fórum “Astolfo Serra”: Juiz James Magno Araújo Farias

Endereço: Avenida Senador Vitorino Freire, 2001 – Areinha

CEP: 65.010 – 650 São Luís – MA

Telefone: (98) 2109-9553

Jurisdição: São Luís, Alcântara, Bacabeira, Paço do Lumiar, Raposa, Rosário, Santa Rita e São José de Ribamar.

1ª VARA

Decreto de Criação: nº 1.237 de 02.05.1939

Telefone: (98) 2109-9533

2ª VARA

Lei de Criação: nº 6.563 de 19.07.1978

Telefone: (98) 2109-9538

3ª VARA

Lei de Criação: nº 8.432 de 11.06.1992

Telefone: (98) 2109-9543

4ª VARA

Lei de Criação: nº 8.432 de 11.06.1992

Telefone: (98) 2109-9548

5ª VARA

Lei de Criação: nº 10.770 de 21.11.2003

Telefone: (98) 2109-9590

6ª VARA

Lei de Criação: nº 10.770 de 21.11.2003

Telefone: (98) 2109-9596

SUMÁRIO

COMPOSIÇÃO DO TRT – 16ª REGIÃO.....	3
--	----------

VARAS DO TRABALHO

Juízes, Endereços, Lei de Criação, Jurisdição.....	7
--	---

DOCTRINA

GREVE NO SETOR PRIVADO

Arion Sayão Romita.....	19
-------------------------	----

ANOTAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Estêvão Mallet.....	45
---------------------	----

EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ESPECIAL REFERENCIA A LAS ÚLTIMAS REFORMAS

Marta del Pozo Pérez.....	73
---------------------------	----

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: REGIME JURÍDICO

Alcebíades Tavares Dantas.....	121
--------------------------------	-----

OS VENTOS GLOBAIS E AS MUDANÇAS DO DIREITO DO TRABALHO

James Magno Araújo Farias.....	141
--------------------------------	-----

A CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT E A FALTA DE SEU MANEJO PELOS APLICADORES DO DIREITO

Olga Aida Joaquim Gomieri.....	147
--------------------------------	-----

PENHORA SOBRE SALÁRIOS, PROVENTOS DA APOSENTADORIA E POUPAÇA: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A UTILIDADE DA JURISDIÇÃO

Tereza Aparecida Asta Gemignani.....	155
--------------------------------------	-----

DIREITO DE RESISTÊNCIA EM HOBBS E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Maria da Conceição Meirelles Mendes.....	173
--	-----

**PROTEÇÃO À INTIMIDADE E AO SIGILO DE CORREIO
ELETRÔNICO FRENTE AO PODER DIRETIVO
DO EMPREGADOR EM ESPANHA E NO BRASIL**
Manoel Joaquim Neto.....187

**A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA COBRANÇA
PREVIDENCIÁRIA NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS E SEUS
EFEITOS REFLEXOS**
Leonardo Dias Borges.....200

JUÍZO CONCILIATÓRIO TRABALHISTA
Adriana Goulart de Sena.....209

**DISCRIMINAÇÃO E IGUALDADE JURÍDICA: IGUAL DIGNIDADE
DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA VEDAÇÃO
À DISCRIMINAÇÃO – PROTEÇÃO ANTIDISCRIMINATÓRIA
TRABALHISTA**
Maria Cristina Diniz Caixeta.....235

**SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL SINDICAL NO PROCESSO DO
TRABALHO**
Vitor Salino de Moura Eça.....249

**PROCESSO DISCIPLINAR E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO,
DA AMPLA DEFESA E DA IMPARCIALIDADE**
José Ernesto Manzi.....267

**CONTRATO DE FACÇÃO: FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE
DA CONTRATANTE POR CRÉDITOS TRABALHISTAS DOS
EMPREGADOS DA CONTRATADA**
Oscar Krost.....301

**CONCURSO PARA CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS – CRI-
TÉRIO ETÁRIO PARA DESEMPATE – INCONSTITUCIONALIDA-
DE**
Izidoro Oliveira Paniago.....310

**HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITOS HUMANOS SOCIAIS DO
TRABALHADOR**
Rubia Zanotelli de Alvarenga.....315

ASSÉDIO MORAL DECORRENTE DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Francisca Reis da Silva Barros.....	346
EXECUÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS: ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS	
Rodolpho Randow.....	363
SIMPLES, SIMPLES NACIONAL E EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NO PROCESSO DO TRABALHO	
Iuri Cardoso de Oliveira.....	382
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS: UMA NOVA VISÃO TEÓRICA	
Dana Thais Ferreira Sangiorgi.....	410
JURISPRUDÊNCIA	
ACÓRDÃOS DO TRT – 16ª REGIÃO	433
LEGISLAÇÃO FEDERAL	
DIREITO DO TRABALHO	
Lei nº 11.495, de 22.06.2007.....	621
Lei nº 11.496, de 22.06.2007.....	622
Lei nº 11.603, de 5.12.2007.....	624
DIREITO PREVIDENCIÁRIO	
Decreto nº 6.122, de 13.06.2007.....	626
NOTICIÁRIO	629
DISCURSOS	629
REGISTROS	629
ÍNDICE DE ACÓRDÃOS	673

DOUTRINA

GREVE NO SETOR PRIVADO

Arion Sayão Romita*

[...] Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio deste defender.

§ 1º A lei definirá os serviços e atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

1 HISTÓRIA DA NORMA

É tradicional, na história da regulação brasileira da greve, a distinção entre atividades essenciais e acessórias. O disposto no § 1º do art. 9º da Constituição não constitui novidade introduzida pela Assembléia Nacional Constituinte. Esta distinção, que remonta ao ano de 1946, exerceu função política, relacionada com a própria evolução histórica da regulação do direito de greve, no Brasil.

Para que se chegasse ao estágio atual, uma longa evolução legislativa se observou. A distinção acolhida pela legislação em vigor não é invenção cerebrina daqueles que redigiram o texto vigente. E esta evolução se deu por força da pressão dos fatos históricos e das mudanças políticas que o Brasil experimenta, desde 1937 a esta parte.

Assim, é indispensável remontar ao texto da Carta de 10 de novembro de 1937, que implantou o Estado Novo no Brasil.

O art.139 da Carta de 1937 dizia: “A greve e o **lock out** são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.” Trata-se de disposição perfeitamente ajustada à organização autoritária e corporativista (fascista) consagrada pelo Estado Novo.

Nenhum tipo de greve, à luz dessa concepção política, seria então admissível. Mesmo as greves nas atividades acessórias eram vedadas.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em vigor a partir de 10 de novembro de 1943 (promulgada, portanto, na vigência da Carta de 1937) só poderia contemplar a greve como o fazia: cominava penalidades aos grevistas, para o que abre um Capítulo próprio, cuja epígrafe é exatamente esta: Das Penalidades (arts. 722 a 725).

* Da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

Ocorre, porém, que ao findar da Segunda Guerra Mundial, com a vitória das Potências Aliadas sobre o nazi-fascismo, realizou-se no México a conferência de Chapultepec (1945), da qual participou o Brasil. A ata dessa Conferência recomendava aos países dela signatários (entre os quais o Brasil) que reconhecessem o direito de greve. Vigia a Carta outorgada de 10 de novembro de 1937, que proscovia a greve. Entretanto, para dar cumprimento ao compromisso internacional que assumira, o Brasil precisava reconhecer o direito de greve.

A situação política, então, ensejava a promulgação de algum texto legislativo que reconhecesse a greve: o ditador Getúlio Vargas fora deposto e, em outubro de 1945, o Marechal Eurico Dutra fora eleito Presidente da República. Não houve dificuldade, então, para que se editasse o Decreto-Lei nº.9.070, de 15 de março de 1946, que no entanto não liberalizou totalmente o exercício do direito de greve. Qual foi a medida engenhosa, então adotada? Era necessário mudar alguma coisa, para que tudo permanecesse como estava: promulgava-se uma lei de greve para (permitir? nunca!) regular o exercício do direito, com tantas e tamanhas dificuldades, que, na prática, as greves seriam inviáveis. Dava-se uma satisfação à comunidade internacional, porque bem ou mal, poderia dizer-se que, agora, no Brasil, havia uma lei de greve, porém internamente as greves continuariam reprimidas. Foi o que se fez.

As atividades foram classificadas em dois grupos: a) fundamentais (lista enorme contida no art. 3º do Decreto-Lei nº 9.070); b) acessórias: as não classificadas entre as fundamentais.

Em caso de greve, os interessados deveriam, inicialmente, buscar a mediação do Ministério do Trabalho. Se houvesse conciliação, o acordo seria submetido à homologação da Justiça do Trabalho. Malgrado o acordo perante a autoridade administrativa, o processo seria encaminhado à Justiça do Trabalho, que decidiria mediante exercício de seu poder normativo.

As “partes que desempenham atividades acessórias,” depois de ajuizado o dissídio, tinham a faculdade de cessar o trabalho (art.9º). A cessação do trabalho por parte de empregados em atividades fundamentais, em qualquer caso, era proibida (art. 10). Mesmo nas atividades acessórias, a greve deflagrada “em desatenção aos processos e prazos conciliatórios ou decisórios” seria considerada justa causa para a rescisão do contrato de trabalho.

Como se pode concluir, não havia, na época em que o Decreto-Lei nº.9.070 foi promulgado, qualquer preocupação com as necessidades inadiáveis da comunidade. Não se cogitava do interesse da coletividade. Cuidava-se apenas, de reprimir os movimentos reivindicatórios coletivos. E tudo se concentrava no setor privado: a greve no setor público continuava rigorosamente proibida.

Vedada a greve nas atividades fundamentais, não haveria mesmo espaço para cuidar da continuidade dos serviços mínimos, pois para esta providência seria de rigor a permissão da greve. A preocupação dominante na época, todavia, continuava a ser a repressão: a greve nas atividades fundamentais era **em qualquer caso** vedada e, nas atividades acessórias, as formalidades praticamente inviabilizavam sua deflagração legal.

O Decreto-Lei nº.9.070 teria vigência relativamente longa. Curiosamente, era uma lei inconstitucional ao tempo em que promulgada (foi baixado sob a vigência da Carta outorgada de 1937, que proibia qualquer tipo de greve). A despeito dessa circunstância, a nossa primeira lei de greve iria vigorar até 1964, aplicada pela Justiça do Trabalho e pelo Supremo Tribunal Federal.

Mesmo após a promulgação da Constituição de 18 de setembro de 1946, o Decreto-Lei nº. 9.070 continuou a ser aplicado pelos Tribunais. Entendeu-se que não havia incompatibilidade entre os dispositivos repressores do Decreto-Lei nº.9.070 e a nova Carta Constitucional, de feição liberal-democrática. Chega a surpreender o comportamento dos juizes, à época, porque o art.158 da Constituição de 1946 dispunha expressamente: “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará”. Era evidente que as vedações do Decreto-Lei nº.9.070 estavam revogadas, por não terem sido recepcionadas pelo novo ordenamento, mas assim não se entendeu: mesmo durante a vigência da Carta de 1946, o Decreto-Lei nº.9.070 continuou a ser aplicado pelos tribunais. Destino curioso o desta lei: nascera inconstitucional e continuava a ser aplicada, a despeito da manifesta inconstitucionalidade. Inconstitucional duas vezes: perante a Carta de 1937 e perante a Constituição de 1946! Lição que se pode tirar do episódio: quando interessa ao *establishment*, as questiúnculas jurídicas perdem por completo o interesse. O importante era que se reprimita a greve, mesmo ao preço da aplicação de uma lei inconstitucional [...]

A inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº.9.070 era manifesta, na parte em que vedava a greve nas atividades fundamentais: a Constituição de 1946 não distinguia entre greves permitidas e greves proibidas. Qualquer tipo de greve era permitido: bastaria que a lei regulasse seu exercício. Mas a promulgação desta lei tardou. Hoje, poderíamos dizer: faltava “vontade política” para elaborar a referida lei. Mais cômodo seria continuar a aplicar o Decreto-Lei nº.9.070, o que efetivamente sucedeu, até que fosse aprovada a nossa segunda lei de greve: a Lei nº.4.330, de 1 de junho de 1964.

Greves eclodiam, em grande quantidade. O velho Decreto-Lei nº 9.070 já não satisfazia. O movimento militar, vitorioso em abril de 1964,

cuidaria logo, logo, de editar nova lei de greve, dois meses após. Em 1 de junho de 1964 foi promulgada a Lei nº.4.330.

A Lei nº.4.330 proibia expressamente a greve dos “funcionários e servidores da União, Estados, Territórios, Municípios e autarquias” (art.4º).

As atividades eram classificadas em fundamentais e acessórias, mas em ambos os tipos de atividade a greve era permitida. Desaparecia, assim, a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 9.070, pois agora, sob a vigência da Lei nº.4.330, mesmo nas atividades fundamentais a greve era permitida.

As atividades fundamentais estavam relacionadas no art. 12 e a lista era satisfatória. O interesse prático da distinção entre atividades fundamentais e acessórias residia nos prazos e na possibilidade de continuidade dos respectivos serviços, por iniciativa das “autoridades competentes”, quando se tratasse de atividades fundamentais (art.14). O interregno mínimo entre a decisão de deflagrar a greve e o início da suspensão do trabalho era de cinco dias nas atividades acessórias e de dez dias nas atividades fundamentais (art.10). A falta de pagamento de salário ou o não cumprimento de decisão proferida em dissídio coletivo constituíam motivo para que o prazo do pré-aviso fosse encurtado para setenta e duas horas, em ambos os tipos de atividades.

As exigências formais, contudo, eram de grande porte: assembléia geral sindical, quorum elevado, escrutínio secreto, notificações, tentativa de conciliação perante a autoridade administrativa, etc., de sorte que, no fundo, a pretexto de “regular” o exercício do direito de greve, a Lei nº.4.330 praticamente inviabilizava qualquer greve. De acordo com o disposto no art. 22, inciso I, a greve seria reputada ilegal se não atendidos os prazos e as condições estabelecidas. A Lei nº 4.330 tornou-se conhecida não como “lei de greve”, mas como “lei antigreve”.

Quanto aos serviços hoje chamados essenciais, a Lei nº.4.330 representar um avanço, porque - como ficou dito - nas atividades fundamentais que não possam sofrer paralisação, as autoridades competentes deveriam fazer guarnecer e funcionar os respectivos serviços. Já se esboçava um interesse da lei pelas necessidades inadiáveis da comunidade...

A Lei nº.4.330 foi parcialmente revogada pela Constituição de 24 de janeiro de 1967, que, no art. 157, § 7º, declarava não permitida a greve nos serviços públicos e atividades essenciais. A greve, nos demais tipos de atividade, era permitida pelo art. 158, inciso XXI. Na prática, nada mudou, porque, na vigência da Lei nº.4.330, a greve nas chamadas atividades fundamentais era de tão difícil realização que nenhum movimento poderia ser tido por legal...

A despeito da proibição legal e das sanções previstas, as greves ocorriam com grande freqüência, quer no setor privado quer no público. O governo militar baixou então o Decreto-Lei nº.1.632, de 4 de agosto de 1978, que proibia a greve nos serviços públicos e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional. Nesta época, desfrutava grande prestígio a doutrina da “segurança nacional”, preconizada pela Escola Superior de Guerra.

O art. 1º do Decreto-Lei nº.1.632 definia como de interesse da segurança nacional as atividades essenciais, nas quais a greve era proibida pela Constituição.

Apesar disso, houve muitas greves, destacando-se as do chamado ABC paulista. Iniciou-se o processo de “distensão política”, que após o final do Governo do General Figueiredo encerraria o período de intervenção militar na vida do País.

Os mesmos dispositivos da Constituição de 1967 foram consagrados pela Emenda nº.1, de 17 de outubro de 1969 (arts. 162 e 165, XXI).

A Lei nº.4.330 e o Decreto-Lei nº.1.632 continuavam, portanto, em vigor, e só seriam revogados após a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988.

O art. 9º da Carta Política de 1988, dispositivo de feição democrática e atualizada, assegurou o direito de greve, acrescentando que competiria aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. O § 1º, sob influência da Constituição da Espanha, de 1978 (art.28, 2ª alínea), dispõe que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Ingressou no Direito Constitucional brasileiro a noção de **interesse da coletividade**, antes ignorada. Na visão canhestra que até então imperava, bastava **proibir** a greve, idéia autoritária e desmoralizada, que os fatos quase diariamente desmentiam. Proíbe-se a greve, mas se os trabalhadores (ou serviços públicos) decidem entrar em greve, entram mesmo e mais tarde apuram-se as conseqüências (quase nunca há conseqüência, principalmente no setor público): uma ou outra despedida, logo superada por concessão de anistia.

A Constituição de 1988, portanto, inovou para melhor: determina sejam atendidas as necessidades inadiáveis da comunidade durante a greve. Autoriza a greve nas atividades essenciais, mas não consente a paralisação total dos serviços. As necessidades inadiáveis da comunidade devem ser atendidas: os chamados serviços mínimos devem continuar a ser prestados, de acordo com as disposições da legislação ordinária, ou pelos próprios grevistas ou por iniciativa da autoridade pública. Eis aí uma visão moderna e consentânea com os fatos. Muito mais eficaz é esta

normatividade do que a pura e simples proibição da greve. E mais: se há proibição e esta é ignorada, o prejuízo para a comunidade é irrecuperável, já que não há meio legal de garantir a execução dos serviços mínimos.

2 CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES

Constituição de 25 de março de 1824 (do Império): omissa.

Constituição de 24 de fevereiro de 1891 (a primeira republicana): omissa.

Constituição de 16 de julho de 1934: omissa.

Carta de 10 de novembro de 1937 (do Estado Novo), art. 139, 2º parágrafo: A greve e o **lock out** são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao capital e ao trabalho e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

Constituição de 18 de setembro de 1946, art.158: É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará.

Constituição de 24 de janeiro de 1967, art.158, inciso XXI: A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos:...greve, salvo o disposto no art.157, § 7º (não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei).

Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art.165, inciso XXI: A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos: [...] greve, salvo o disposto no artigo 162 (não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei).

As Constituições de 1824 e 1891 omitem-se, o que se justifica pelas circunstâncias de ordem histórica: foram promulgadas em fase marcada pelo liberalismo individualista. O mesmo, porém, ocorre com a Carta de 1934, que preconiza a intervenção do Estado no domínio econômico (arts. 115 e segs.) e assegura direitos aos trabalhadores (constitucionalismo social), nas diversas alíneas do art.121, § 1º. Não surpreende a proibição da greve pela Carta de 1937 (“recurso anti-social e nocivo ao capital e ao trabalho”), considerado o regime autoritário e corporativista que implantado no país. O direito de greve, reconhecido pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional nº.1, de 1969, era restringido pela proibição do movimento nos serviços públicos e atividades essenciais, o que se compreende, por datarem do regime militar de 1964 – 1985.

3 CONSTITUIÇÕES ESTRANGEIRAS

Angola, de 1975: omissa.

Argélia, de 1976, art. 61, 2º parágrafo: O direito à greve é reconhecido no setor privado. O seu exercício é regulado pela lei.

Argentina, de 1853, art. 14 bis (introduzido pela reforma de 1957): Fica assegurado aos sindicatos (grêmios): ... o direito de greve.

Cabo Verde, de 1980: omissa.

Chile, de 1980, art.19, parágrafo 16: não consagra a greve como direito e proíbe que entrem em greve os funcionários do Estado e das municipalidades.

China, de 1982: omissa.

Cuba, de 1976: omissa.

Espanha, de 1978, art.28, 2º parágrafo: É reconhecido o direito dos trabalhadores à greve para a defesa dos seus interesses. A lei que regular o exercício deste direito estabelecerá garantias destinadas a assegurar a manutenção dos serviços essenciais à comunidade.

Estados Unidos da América, de 1787: omissa.

França, de 1958, preâmbulo da Constituição de 1946: O direito de greve se exerce nos termos das leis que o regulamentam.

Guiné Bissau, de 1984: omissa.

Holanda, de 1983: omissa.

Itália, de 1948, art.40: O direito de greve é exercido no âmbito das leis que o regulamentam.

Japão, de 1946, art.28: O direito dos trabalhadores de organizar-se, de celebrar acordos e agir coletivamente é reconhecido.

México, de 1917, art.123, a, inciso XVII: As leis reconhecerão como direito dos operários e patrões as greves e o encerramento de empresas; inciso XVIII: As greves serão lícitas quando tiverem por fim conseguir o equilíbrio entre os diversos fatores da produção, harmonizando os direitos do trabalho com os do capital. Nos serviços públicos será obrigatório para os trabalhadores avisar, com dez dias de antecedência, a Junta de Conciliação e Arbitragem da data marcada para a suspensão do trabalho. As greves serão consideradas como ilícitas unicamente quando a maioria dos grevistas praticar atos violentos contra as pessoas ou propriedades, ou, em caso de guerra, quando aqueles pertencerem a estabelecimentos ou serviços dependentes do governo.

Moçambique, de 1975: omissa.

Paraguai, de 1992: A lei regulará o exercício do direito de greve, de tal maneira que não afete serviços públicos imprescindíveis para a comunidade.

Peru, de 1993, art.28: O Estado reconhece os direitos de sindicalização, negociação coletiva e greve. Parágrafo 3º: Regula o direito de greve para que seja exercido em harmonia com o interesse social. Fixa suas exceções e limitações.

Portugal, de 1976, art.59: 1. É garantido o direito à greve. 2. Compete aos trabalhadores definir o âmbito de interesses a defender através da

greve, não podendo a lei limitar esse âmbito.

São Tomé e Príncipe, de 1975: omissa.

República Federal da Alemanha, de 1949: omissa.

Suíça, de 1874: omissa.

Uruguai, de 1967, art.57, 3º parágrafo: Declara-se que a greve é um direito coletivo (gremial). Sobre esta base serão regulamentados seu exercício e efetividade.

Percebe-se que, em diversos países, a constituição se omite quanto ao reconhecimento do direito de greve, preferindo confiar a regulamentação à legislação infraconstitucional. É o caso dos Estados Unidos da América. Em outros países, a omissão é deliberada, para proibi-la por lei ordinária e, às vezes, para sancioná-la criminalmente, como ocorre em Cuba. Há casos em que, no silêncio da norma constitucional, entende-se que o recurso à greve deve ser utilizado como ultima ratio, após esgotadas as possibilidades de solução amigável, como sucede na Alemanha, na Holanda, na Suíça e em Moçambique.

Os países que elevaram o reconhecimento do direito de greve a patamar constitucional podem ser divididos em três grupos; 1º - países em que a constituição se limita a reconhecer o direito, sem subordiná-lo a limites expressos nem aludir a lei posterior que o regulamente (Argentina, Japão); 2º - países que reconhecem o direito e subordinam seu exercício aos limites impostos por lei (Argélia, França, Itália); 3º - países que, além do reconhecimento do direito e da remissão à lei, acrescentam disposições especiais alusivas aos “serviços essenciais para a comunidade” (Paraguai, Espanha).

4 PACTOS E DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS

Os textos internacionais são de caráter universal ou de âmbito regional.

Entre os primeiros, estão a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ambos aprovados pela Organização das Nações Unidas.

Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. 23, 4º parágrafo: Toda pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar a sindicatos para a defesa dos seus interesses. Entende-se que a “defesa dos seus interesses” compreende implicitamente o exercício do direito de greve. A Declaração Universal não é suscetível de ratificação pelos Estados que integram a ONU.

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 8º, alínea d: Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a

assegurar: ... d) O direito de greve, sempre que exercido em conformidade com as leis de cada país. Este Pacto Internacional, que especifica os direitos sociais, econômicos e culturais proclamados pela Declaração Universal (arts. 22 a 28), foi ratificado pelo Brasil (promulgado pelo Decreto nº.591, de 6 de julho de 1992) e, portanto, integra o ordenamento jurídico interno.

Entre as declarações de âmbito regional, cumpre lembrar a Carta Social Européia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, para a Europa, além do Protocolo de São Salvador e a Declaração Social do Mercosul, para as Américas.

Carta Social Européia (Turim, 1961), art.6º, 4º parágrafo: As partes contratantes se obrigam... e reconhecem: ... o direito dos trabalhadores e dos empregadores a ações coletivas em caso de conflito de interesse, inclusive o direito de greve, com reserva das obrigações que possam resultar das convenções coletivas em vigor.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (Nice, 2000), art. 28: Os trabalhadores e os empregadores, ou suas respectivas organizações, têm em conformidade com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e celebrar convenções coletivas em níveis apropriados e de recorrer, em caso de conflitos de interesses, a ações coletivas para a defesa de seus interesses, inclusive a greve.

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), de 1988, art. 8º, parágrafo 1º, alínea b: Os Estados partes garantem: [...] o direito de greve.

Declaração Sóciolaboral do Mercosul (Rio de Janeiro, 1998), art.11: Todos os trabalhadores e as organizações sindicais têm garantido o exercício do direito de greve, conforme as disposições nacionais vigentes. Os mecanismos de prevenção ou solução de conflitos ou a regulação deste direito não poderão impedir seu exercício ou desvirtuar sua finalidade.

5 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Convenção nº 87, sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical, de 1948, não se refere expressamente ao direito de greve. Cabe lembrar, contudo, que o art.3º, 1º parágrafo, assegura às organizações de trabalhadores e de empregadores o direito (entre outros) de formular seu programa de ação. Pode-se entender que, implicitamente, no “programa de ação” dos sindicatos de trabalhadores, está garantido o exercício do direito de greve.

Baseado nesse dispositivo, a comissão de peritos declarou que a proibição absoluta da greve, em casos que não o dos funcionários

públicos que atuam como órgãos do poder público, constitui uma limitação importante das possibilidades de ação das organizações sindicais.

Por seu turno, o Comitê de liberdade Sindical do conselho de Administração criou ao longo do tempo uma jurisprudência sobre o direito de greve. A compilação de decisões intitulada “A liberdade sindical,” editada pela secretaria executiva da OIT (BIT), em sua 4ª edição (Genebra 1996), dedica os verbetes 473 a 605 à greve, enfocando os mais variados aspectos que o exercício do direito suscita. O Comitê entende que o direito de greve é um dos direitos fundamentais dos trabalhadores e de suas organizações, unicamente na medida em que constitua um meio de defesa de seus interesses econômicos (nº 473). O direito de greve dos trabalhadores e suas organizações constitui um dos meios essenciais de que dispõem para promover e defender seus interesses profissionais (nº 475).

A Convenção nº 105, sobre a abolição do trabalho forçado, de 1957, declara, no art.1º, alínea d, que os membros da OIT se obrigam não recorrer de modo algum ao trabalho forçado (entre outras razões), como medida de punição por participação em greve.

O Brasil não ratificou a Convenção nº 87, mas ratificou a de nº 105 (promulgada pelo Decreto nº. 58.822, de 14 de julho de 1966). A última convenção citada integra, portanto, o ordenamento jurídico interno.

6 REMISSÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

A interpretação do art. 9º da Constituição deve observar, em plano sistemático, as diretrizes traçadas pelos textos constitucionais que: realçam os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos em que se esteia o Brasil, constituído em Estado Democrático de Direito (art.1º, IV); determinam que se construa uma sociedade livre, justa e solidária, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º, I); protegem o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º); protegem o trabalho como um dos direitos sociais (art.6º); asseguram a participação dos trabalhadores na criação do ordenamento jurídico que lhes diz respeito (art.10) e bem assim na gestão da empresa (art. 7º, XI e artigo 11); preconizam a redução das desigualdades sociais, como um dos princípios a que obedece a ordem econômica (art. 170, inciso VII); exaltam a valorização do trabalho humano, como um dos pilares de sustentação da mesma ordem econômica (art.170); apontam o primado do trabalho como base da ordem social (art.193); consagram o bem-estar e a justiça sociais como objetivos colimados pela ordem social (art.193). À luz desses princípios básicos, institucionais, deve ser entendido o preceito constitucional que assegura

o exercício do direito de greve. Qualquer interpretação que resulte em repressão ou restrição despropositada do exercício desse direito padecerá de inconstitucionalidade.

Têm relação com o dispositivo ora comentado os seguintes artigos da Constituição:

Art. 37, inciso VII: O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (refere-se aos servidores da administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios). Alteração operada pela Emenda Constitucional nº.19, de 4 de junho de 1998 (a redação anterior falava em lei complementar).

Art.142, § 3º, inciso IV: Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998):

Art.114, inciso II: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: ... as ações que envolvam exercício do direito de greve (introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Art.114, inciso § 3º: Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito (introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

No plano da legislação infraconstitucional, o exercício do direito de greve é regulado pela Lei nº.7.783, de 28 de junho de 1969. A lei específica destinada a regular a greve do servidor público não foi promulgada.

Os arts. 723 a 725 da Consolidação das Leis do Trabalho, que cominavam penalidades aos grevistas, foram expressamente revogados pela Lei nº.9.842, de 7 de outubro de 1999, embora fossem tidos por tacitamente abrogados pela Constituição de 1988, porque incompatíveis com o art.9º da Carta Magna.

7 JURISPRUDÊNCIA

A principal controvérsia enfrentada pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho (Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho) diz respeito à declaração de abusividade da greve. É praticamente pacífico no TST o entendimento segundo o qual “o direito de greve constitucionalmente assegurado e previsto no art.9º da Carta magna encontra seus limites e definições regulados na Lei nº.7.783 de 1989. Uma vez verificado o descumprimento dos arts. 4º e 11 da supracitada norma legal, configura-se a abusividade do movimento paralista, sendo indevido o pagamento dos dias de paralisação” (Proc.TST-SDC-RODC 176.958, Rel. Min. Valdir Righeto, DJU de 22.3.1996, p. 8.405).

Um recurso extraordinário interposto para o Supremo Tribunal

Federal de acórdão desse teor dificilmente logrará bom êxito, porquanto o STF não conhece do apelo, sob o fundamento de que a alegada afronta ao art. 9º da Constituição configura “questão diretamente ligada à interpretação da Lei nº.7.783/89, não comportando apreciação em sede de recurso extraordinário. Recurso não conhecido” (Proc. STF – 1ª T. – RE 165384/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. Em 14.4.1998, in www.stf.gov.br/jurisprudência. Acesso em 29.10.2006).

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho evidencia alto grau de comedimento, prestigiando, quase sempre, a prevalência do interesse da comunidade sobre o dos grevistas, como se depreende do seguinte julgado: “O contido no art. 9º da Carta Magna não assegura aos trabalhadores o direito de greve por qualquer motivo e a qualquer tempo, como se se tratasse de direito absoluto, a que estivesse submetidos, indefesos, tanto o empregador quanto a coletividade afetada. A adoção, hoje, às vésperas do século XXI, de tal entendimento corresponderia, em termos de extremismo, ao renascimento do pensamento jurídico de um passado longínquo que não admitia a existência do direito de greve. Todos os indivíduos e grupos têm direitos, o que afasta a possibilidade de existência, entre eles, de um direito absoluto. Não bastasse, há a considerar, ainda, o princípio da prevalência dos interesses da coletividade quando em confronto com os individuais ou de grupos” (Proc. TST – RO – DC 50.128/92.6, Rel. desig. Min. Manoel Mendes de Freitas, julg. em 22.11.1993. Revista LTr, São Paulo, 58-05/560 (maio 1994).

8 A PALAVRA GREVE

Greve não é palavra da língua portuguesa. Provém do fr.*grève*.

Em francês, *greve* significa margem arenosa do rio, areal, cascalho. A Praça do *Hotel de Ville* (sede da municipalidade), em Paris, chamava-se anteriormente *Place de Greve*. Era um grande terreno baldio sobre o qual o rio Sena, na época da cheia, no século XVIII, acumulava grande quantidade de areia e cascalho, antes da construção do cais destinado a manter o rio em seu leito. Nessa praça reuniam-se os operários sem trabalho, à procura de emprego. Os patrões que precisavam de operários iam procurá-los ali. Mais tarde, quando os operários estavam descontentes com as condições de trabalho, abandonavam o serviço, reunindo-se na *Place de Greve*. Estavam em greve. Este fenômeno lingüístico denomina-se metonímia: figura de linguagem que consiste na ampliação de significação de uma palavra, observada uma relação objetiva entre a significação originária e a figurada.

Em francês, ocorreu, portanto metonímia. Em português, adotou-se a significação figurada da palavra: greve é suspensão coletiva do trabalho pelos operários.

Em castelhano, greve é *huelga*, derivada do verbo *holgar*, que significa suspender o trabalho, estar ocioso, descansar, tomar alento. O sentido estrito do vocábulo vem sendo deixado de lado e hoje apresenta significação técnica, correspondente ao que na linguagem corrente designa o fato de estar sem desempenhar tarefas, sentido que aos poucos se transformou no significado atual de cessação ou suspensão do trabalho com finalidade de protesto.

Em inglês, greve é *strike*, do verbo *to strike*, que significa suspender, parar o trabalho no fim do dia. A partir de 1768, assume o sentido de suspender, interromper o trabalho como medida de coerção ou protesto.

Em alemão, greve se diz *Streik*, palavra mutuada do inglês *strike*, com o mesmo significado, a partir de 1865, expressando suspensão ou interrupção do trabalho como meio de pressão ou protesto.

O vocábulo ing. *strike*, que deu origem ao al. *Streik*, também vai projetar-se no dinamarquês *strejke*. O mesmo, contudo, não sucede em holandês, idioma no qual greve é *stak*. *Staken* é cessar, suspender; *werkstaking* é fazer greve (cessar o trabalho). Haverá parentesco com o port. *estacar*, derivado do gót. *stakka*?

O idioma italiano é, entre todos os até aqui examinados, aquele que apresenta para a palavra greve a etimologia mais consentânea com o significado filológico das partes componentes do vocábulo. Greve, em italiano, é *sciopero*, derivado do *scioperare*, do lat. *ex operari*, composto de *ex* fora de e *operari* trabalhar, de *opera* trabalho manual, fadiga, atividade, serviço, obra. Literalmente, *scioperare* tem o significado próprio de deixar, abandonar, cessar, suspender, interromper o trabalho (*ex* é prefixo que indica movimento para fora: *exire* quer dizer sair, ir para fora).

9 A GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DOS TRABALHADORES

Considerada a trilogia forjada pela Revolução Francesa de 1789 – *liberté, égalité, fraternité* – a greve constitui direito vinculado ao terceiro termo – *fraternité* – em sua versão contemporânea de solidariedade.

A greve é, portanto, direito fundamental dos trabalhadores coletivamente considerados e, assim, deve ser entendido como protegido pelo art.9º da Constituição.

Enquanto os direitos de liberdade e de igualdade se dirigem aos trabalhadores individualmente considerados, os direitos de solidariedade se referem aos vínculos que os unem. Seu objeto não reside na pessoa do trabalhador, mas na coesão da comunidade, ainda que visem à preservação do emprego, porque neste caso entra em jogo o interesse social voltado para o sustento do empregado e de sua família sem onerar os aparelhos assistenciais e de seguridade social.

O vocábulo solidariedade é utilizado por diferentes ramos do saber humano e quase não é empregado em escritos jurídicos, ressalvada a categoria das obrigações solidárias (noção de direito civil). Poderíamos sofrer a tentação de supor que a solidariedade é uma noção puramente ideológica, vazia de conteúdo jurídico. Do ponto de vista sociológico, sem cogitar da distinção elaborada por Durkheim entre solidariedade mecânica e orgânica, pode entender-se que ela designa a dependência mútua entre os homens, que faz com que uma pessoa não possa sentir-se feliz e desenvolver-se sem que os demais também o possam. Cabe, assim, cogitar de um princípio de solidariedade, que induz a responsabilidade comunitária na vinculação entre indivíduos, forçando a tomada de consciência das obrigações recíprocas assumidas pelos componentes do grupo, considerados como tais e não como indivíduos isolados.

A solidariedade revela o duplo aspecto da relação que envolve o indivíduo e a sociedade. Assim como o indivíduo está ordenado à comunidade em virtude da disposição natural para a vida social, assim também a comunidade é ordenada aos indivíduos que lhe dão o ser, porquanto comunidade outra coisa não é senão o conjunto dos indivíduos encarados em sua vinculação social.

O Direito do Trabalho, mais do que qualquer outro ramo do Direito, destaca o papel fundamental da solidariedade, pois se ocupa do estudo das associações sindicais, instituto central de um dos ramos em subdivide a disciplina: o Direito Coletivo do Trabalho. O associacionismo profissional, que está na base do fenômeno sindical, forma-se em torno do núcleo da solidariedade para fundar a união dos indivíduos entre eles, quer se trate de agregá-los em grupos de interesses quer de assegurar a coesão desses diferentes grupos. A solidariedade de interesses e a espontaneidade de aproximação dos exercentes de um mesmo ofício ou de uma profissão provoca a criação de uma associação permanente e organizada. O fato da solidariedade espontânea surge sempre entre os exercentes da mesma ocupação.

A associação profissional importa a solidariedade real entre seres afins. A coalizão obreira é a associação de pessoas semelhantes, portadoras de interesses comuns. Um indivíduo isolado é fraco, não dispõe de poder de barganha. Já o grupo organizado ostenta força, poder. Os interesses profissionais comuns levam os indivíduos a se coligarem, a se aproximarem de modo permanente, daí a criação de um ente próprio e duradouro, apto a defender tais interesses. O trabalho em comum, a aglomeração nos mesmos locais de grandes massas de trabalhadores, a identidade de padrões de vida no interior da fábrica e fora dela condicionam de forma efetiva a associação dos grupos profissionais.

Os três pilares do Direito Coletivo do Trabalho são o sindicato, a negociação coletiva e a greve. A estes institutos vêm agregar-se outros, deles derivados, como a representação dos trabalhadores na empresa e os delegados sindicais. Mas os direitos fundamentais de solidariedade não se esgotam nessa relação, que abrange os direitos dos grupos (assim como os indivíduos são titulares de direitos, os grupos organizados também o são). Há outros direitos de solidariedade que interessam aos indivíduos do grupo a que se vinculam por laços de solidariedade: proteção contra a despedida injustificada, direito à saúde e segurança no trabalho, limitação da duração do trabalho com direito a repouso diário, semanal e anual.

O direito à greve deve ser entendido, portanto, como direito fundamental dos trabalhadores, compreendido no grupo dos direitos de solidariedade.

Sensível às mudanças verificadas no País a partir de 1978-1979, e refletindo o clima de certa liberdade que —apesar dos pesares— passou a caracterizar as relações coletivas de trabalho (criação de centrais sindicais, afrouxamento na repressão às greves, etc..., sem embargos de uma ou outra “recaída” na tradicional atitude intolerante e autoritária), a Constituição de 1988 emprestou ao instituto da greve uma regulação moderna e condizente com o regime preconizado por seu art. 1º, em cujos termos o Brasil se constitui em Estado democrático de direito.

O art. 9º da Constituição assegura o direito de greve e confere aos trabalhadores o poder de decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e os interesses que devam por meio dele defender. A greve lícita, portanto, não é mais apenas a greve de reivindicações de “melhores condições de trabalho”. Se o fim perseguido pela greve for lícito, ela será lícita. A greve não econômica é, portanto, em princípio, lícita. Só ocorrerá abuso do exercício do direito de greve (greve abusiva) nas seguintes hipóteses: 1ª- deflagração de greve com inobservância das normas contidas na lei de greve; 2ª- manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho; 3ª- deflagração de greve na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa, salvo se a greve tiver por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condições e se for motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho (art.14 e parágrafo único da Lei nº.7.783).

10 GREVE E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A norma contida no art.9º da Constituição deve ser entendida em consonância com o disposto no art. 1º: o Brasil se constitui em Estado democrático de direito.

A greve é meio de luta, e, por isso – segundo se afirma – é direito instrumental. Na verdade, ela vem capitulada no direito coletivo do trabalho e todo o direito coletivo do trabalho apresenta feição instrumental. As normas de direito individual do trabalho dispensam proteção direta ao trabalhador, geram direitos subjetivos. Já o direito coletivo apresenta caráter organizador, dotando a ação sindical dos meios técnicos indispensáveis à defesa dos interesses coletivos do grupo.

Se a greve é meio de luta, é, necessariamente, meio de luta de classes: está ao alcance da classe que, de maneira combinada, pode deixar de executar o trabalho. Pode ser conceituada com meio do conflito de trabalho (*Mittel des Arbeitskampfes ou Kampfmittel*), de acordo com a lição dos direitos alemão e austríaco. Seja como for, procede a observação segundo a qual a greve é proibida exatamente nos regimes políticos que pregam a superação ou reprimem a luta de classes (regimes fascistas) ou que sustentam o desaparecimento das sociedades de classe (regimes comunistas).

O moderno estado democrático de direito não se contenta com a igualdade apenas formal dos homens. Quer que todos (não só individualmente mas também como integrantes de grupos organizados) sejam livres e iguais também substancialmente, ou seja, de maneira real e efetiva. Nossa sociedade é uma sociedade desigual, uma sociedade de classes, caracterizada pelas desigualdades econômicas e, em consequência, pela desigualdade de poder. O direito de greve aparece como instrumento para efetivar a reforma econômica e social que o Estado, por si só, não tem capacidade para levar a cabo. O reconhecimento, pelo Estado, do direito de greve traz em seu bojo a atribuição, à greve, dessa função instrumental e transformadora: instrumento de atuação da justiça social.

Se o interesse de classe é visto como instrumento de justiça social, pouco importa que do outro lado figurem uma empresa privada, o Estado, ou outra entidade. Estará em jogo, sempre, um interesse de classe, e a abstenção do trabalho será sempre uma greve, exercício de um direito.

Cumpre, neste ponto, remontar aos dados ideológicos primordiais, dos quais partem as soluções práticas adotadas, inclusive aquelas acolhidas no texto constitucional. Trata-se do confronto entre os modelos unitários e pluralistas. O primeiro modelo baseia-se no ideal do interesse comum: a empresa se apresenta como agrupamento organizado com vistas a um fim comum, a revelar idéias institucionalistas. O modelo pluralista, ao contrário, deita raízes na existência de interesses divergentes entre empregadores e empregados, entre Estado e a sociedade; o conflito de interesses é uma realidade, em qualquer tipo de organização política e supõe a existência de agrupamentos de diferentes naturezas que tendem à realização de

seus próprios interesses e um mundo de negociação perpétua em todos os níveis e para todos os tipos de interesses.

A greve é, portanto, elemento essencial da negociação coletiva. Se se pretende implantar o método de negociação coletiva para solucionar os conflitos de trabalho, será indispensável assegurar a liberdade sindical: sem autonomia, os sindicatos de trabalhadores estão desarmados. Trata-se, no caso, do postulado fundamental para a convivência democrática. E a greve é a arma de luta dos trabalhadores na negociação coletiva! Sem direito de greve, não pode haver negociação coletiva digna deste nome.

A greve se caracteriza, sob esse aspecto, como instrumento a ser utilizado no momento adequado segundo as exigências do processo de contratação coletiva, o qual deve conduzir à assinatura do convênio coletivo ou à celebração de pacto que ponha termo à controvérsia. Constitui, assim, recurso social de inestimável valia, como instrumento de composição de interesses contrapostos e, portanto, de pacificação. Entretanto, ligar funcionalmente a greve ao processo de negociação coletiva, sem possibilidade de atuação fora dos limites, significa estreitar demasiadamente o alcance do instituto e, mesmo, desconhecer o seu profundo significado histórico e político-social.

É lícito concluir, portanto, que a função da greve não se esgota no âmbito do processo de negociação coletiva, isto é, que ela não apresenta apenas um instrumento de autoproteção de classe, mas também um meio de realização social.

O direito de greve se situa em uma perspectiva de progresso, com propósito de realizar a justiça social e implantar a igualdade substancial entre os cidadãos: representa, antes, uma conquista de civilização, inerente ao Estado democrático (lembremo-nos de que os regimes autoritários o proscurem) e, como tal, há de ser valorado e mantido.

O aceno à realização da justiça social e à consecução da igualdade substancial traz à baila o problema da miséria. Em situação de miséria, cresce o poderio econômico e social do empresário, muito mais forte ainda perante o proletário. As circunstâncias ambientais próprias das situações de miséria permitem que o empresário remunere seus empregados em bases inferiores àquelas em que os empresários de economias mais avançadas remuneram os respectivos trabalhadores. É de rigor eliminar as causas da miséria, o que só se consegue com o aumento da produção; todavia, o aumento da produção só pode ser obtido com a condição de remunerar na proporção do seu rendimento relativo os vários fatores humanos e não humanos da produção.

Sob o aspecto da estrutura formal da relação, no contrato de trabalho os dois sujeitos se encontram em posição simétrica: como o empregador pode despedir arbitrariamente o empregado, este pode também livremente

desligar-se, com a diferença que, se o contrato foi resolvido pelo empregador, o empregado perde o pão de cada dia, enquanto que, se o contrato foi resolvido pelo empregado, o empregador no mesmo instante encontra milhares de empregados dispostos a ocupar o lugar vazio. Daí a necessária atribuição, ao grupo organizado de empregados, do poder unilateral que os empregadores não possuem: o poder de proclamar a greve, modo útil de contrabalançar e equilibrar as forças sociais em confronto.

A greve representa, portanto, o relevante papel social de instrumento de realização da igualdade substancial. Devemos, contudo, entender bem essa afirmação. Levada a extremos, ela conduziria à conclusão de que não se deveria reconhecer o direito de greve a categorias privilegiadas ou para a defesa de pretensões não merecedoras de maior consideração. No plano político, a conclusão não é socialmente inadequada: cada caso deveria ser examinado isoladamente. Perante o direito, contudo, tal conclusão é obviamente inaceitável e, em conseqüência, descabe o liame entre o exercício da greve e o princípio igualitário, não se sustentando a tese de que a greve seja instrumento de luta de segmentos deserdados, pois representa inequivocamente o resultado da evolução sofrida pelo modo capitalista de produção.

11 A QUESTÃO DA GREVE POLÍTICA

No contexto do art.9º da Constituição, está albergada, sem dúvida, a greve política, ou seja, aquela de caráter não estritamente trabalhista, voltada unicamente para as reivindicações emergentes do contrato de trabalho.

A evolução histórica do instituto ajuda a compreender seu significado atual e contribui para o entendimento dos preceitos legais que o regem. Por outro lado, a posição ideológica do intérprete influi decisivamente sobre o resultado que apresenta sua análise do fenômeno social. E se o tema é greve, mais ainda se acentuam os pressupostos históricos, políticos, culturais e sociais da investigação doutrinária. Nenhum instituto jurídico sofre mais o influxo do ambiente sócio-político-ideológico do que a greve.

Cumprе recordar que os regimes políticos autoritários, fechados, repressivos, hostilizam a greve. A greve é inconcebível nas ditaduras, qualquer que seja a coloração de sua preferência no aspecto político. Só o regime democrático autoriza a greve. As posições teóricas afeiçoadas a ambiente político autoritário ou cuja formulação obedece a ditames dos regimes infensos à liberdade tendem – até inconscientemente – a preconizar a elaboração de leis proibitivas ou a interpretar restritivamente as leis que autorizam a greve. Por vezes, aderem à retórica da “desnecessidade” da greve.

A orientação conservadora apegar-se à dissociação entre o político, de um lado, e o econômico e o social, de outro lado, privilegiando o primeiro: a lei, como expressão racional do exercício do poder, assume o papel de fonte reguladora da vida em sociedade; o Estado exerce a função de árbitro, desenvolvendo atividade logo denunciada por seu comprometimento com os interesses das classes dominantes.

A democracia participativa desmonta a construção elaborada pelo positivismo jurídico. O mito da neutralidade do Estado se desfaz ante as novas realidades sociais. Não se pode confiar na mediação do Estado. Os avanços da ciência política e da sociologia revelam o amálgama indissociável entre o político e o econômico e entre estes e o jurídico. As novas modalidades de convivência política pressupõem a interação entre o econômico e o social e autorizam a intervenção dos grupos organizados na discussão dos assuntos que lhes dizem respeito. A democracia participativa não pode tolerar as soluções impostas do alto, como fórmulas salvadoras ditadas por aqueles que as concebem, cujos interesses na realidade resguardam e tendem a perpetuar. Por isso, ela enseja o aparecimento de novas formas de controle pelos atores sociais organizados, da parte da sociedade civil, quer do poder político quer do econômico.

Não é necessário, para os fins colimados por essas novas modalidades de controle, que sejam institucionalizadas. Basta que, mesmo difusas e espontâneas, não sejam suprimidas pela força. Contra a força não há argumento jurídico que valha: contra a força, vale apenas força em contrário, mas neste caso o jurídico já não interfere.

Nenhuma greve tem conteúdo meramente reivindicatório. Ela não exterioriza somente uma ação reivindicatória. Ela expressa no fundo um movimento de rebeldia contra o poder patronal na empresa, ou na administração no setor público, este por seu turno manifestação particular de um sistema mais geral de poder, qual seja o regime capitalista, explicitação do poder político dominante. O conflito de trabalho, no regime capitalista, tem sempre, necessariamente, caráter político e ideológico. A greve é expressão da luta de classes. Por este motivo, os regimes políticos que ocultam a realidade da luta de classes (dominantes e dominados; governantes e governados; possuidores e despossuídos) reprimem a greve. No regime corporativista, em que há sindicato único, de caráter assistencial; em que não há liberdade sindical; em que há uma justiça do Trabalho dotada de poder normativo, não pode haver lugar para a greve, pois tal regime declara superada a luta de classes pela necessária colaboração entre os fatores da produção no seio da empresa, tida por comunidade de trabalho. O regime de economia coletivista, centralizada e planejada também reprime a greve, já que supõe eliminada a luta de

classe pela afirmação de uma presumida sociedade sem classes. Só o regime democrático convive com a greve, pois compreende que o conflito industrial é inerente à organização social livre e pluralista.

Esta evolução pode ser percebida no Brasil, a partir da Carta outorgada de 10 de novembro de 1937, que pretendia organizar a economia brasileira em bases corporativas, a exemplo da Itália de Mussolini. As características desse regime são bem conhecidas: sindicato único, de caráter assistencial, submetido a rígido controle por parte do Estado e mantido pela contribuição sindical obrigatória, Justiça do Trabalho dotada de competência normativa; por coerência, proibição da greve. O mesmo art. 139, que declarava a greve recurso anti-social, nociva ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional, instituiu a Justiça do Trabalho como órgão do Poder Executivo, à qual era ínsito o poder normativo, pois não se reconhecia o princípio da separação de poderes. Nada de estranhar, portanto, que um setor do Ministério do Trabalho “criasse normas” para dirimir os conflitos coletivos de trabalho.

As Constituições de 1946 e 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 reconheceram o exercício do direito de greve, com vedação, nos textos de 67 e 69, quanto aos serviços públicos e atividades essenciais. A Justiça do Trabalho, a partir de 1946, passou a integrar o Poder Judiciário, porém razões de evidentes conveniências políticas e interesses econômicos preservaram-lhe a competência normativa: a velha organização sindical de caráter corporativo permanecia a serviço dos interesses dominantes e, na legislação ordinária, a greve era praticamente inviabilizada. Era indispensável conservar o poder normativo da Justiça do Trabalho. O Decreto-Lei nº.9.070, de 15 de março de 1946, tido por incompatível com a Lei Maior de 1946 e vigente até 1964, proibia a greve nas atividades fundamentais (em grande número), sendo de escassa significação política a permissão de greve nas chamadas atividades acessórias. A Lei nº.4.330, de 1º de junho de 1964, promulgada pelo regime militar instalado no País dois meses antes, fingia permitir a greve aos empregados das empresas privadas (proibia a greve no setor público): tantas eram as formalidades impostas à deflagração da greve que ela, na prática, era inviabilizada. Dispunha o art.22, inciso III, da Lei nº.4.330: “A greve será reputada ilegal se deflagrada por motivos políticos, partidários, religiosos, sociais, de apoio ou solidariedade, sem quaisquer reivindicações que interessem, direta ou legitimamente, à categoria profissional.”

É necessário compreender que a greve não se esgota nos estritos limites do contrato do trabalho: ela não é lícita apenas quando tem por objetivo a “melhoria das condições de trabalho”. A legislação que restringe a licitude da greve aos movimentos de caráter puramente trabalhista está

fadada ao descumprimento, porque desconhece a realidade histórica, as características e a função social do instituto, a menos que se apele para a força, mas neste caso- repita-se- o tema deixa de ser jurídico. Não é por outra razão que o Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT assevera que “o direito de greve não deve limitar-se aos conflitos de trabalho suscetíveis de finalizar em uma convenção coletiva determinada: os trabalhadores e suas organizações devem poder manifestar, em caso necessário num âmbito mais amplo, seu possível descontentamento sobre questões econômicas e sociais que guardem relação com os interesses de seus membros” (**Recopilación**, verbete 388).

A licitude da greve não depende da existência de um interesse direto dos trabalhadores que a promovem. A greve é meio de luta e, portanto, o direito de greve é um direito instrumental. A greve é um meio para um fim: a superação das desigualdades materiais ou a remoção dos obstáculos que impedem a igualdade substancial (não meramente formal) dos indivíduos e dos grupos a que pertencem. O direito de greve é protegido não como instrumento para a conquista do poder político, porém para a conquista de mais justas posições econômicas e sociais. O interesse dos trabalhadores não precisa ser, portanto, diretamente ligado à reivindicação que motivou a greve. Interesse indireto ou mediato sempre existirá, pois a violação do direito de um grupo constitui ameaça ao direito de outro e a promoção do interesse de um grupo diz respeito a outro, que dele poderá beneficiar-se no futuro. É falsa, portanto, a noção de que só o interesse direto deve ser considerado, ante o princípio de solidariedade que historicamente une os trabalhadores.

12 GREVE NAS ATIVIDADES ESSENCIAIS

De acordo com o disposto no art.9º, § 1º, da Constituição, a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

A legislação infraconstitucional já se desincumbiu do encargo outorgado pela Carta Magna. A Lei nº.7.783, de 28 de junho de 1989, tem como ementa: Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

O art.10 da Lei nº.7.783 expede uma relação aceitável dos serviços ou atividades essenciais, de acordo com a orientação da OIT, que considera essenciais aqueles serviços cuja interrupção pode pôr em perigo a vida, a segurança ou a saúde da pessoa em toda ou parte da população (**Recopilación La Libertad sindical**, 3ª.ed., verbete 387). O parágrafo único do art.11, sob influência desse texto, define como necessidades inadiáveis da

comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou segurança da população.

O pré-aviso de deflagração da greve, nos serviços ou atividades essenciais, é fixado pelo art.13 em setenta e duas horas. Os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, nos termos do art.11, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. E o art.12 aduz que, no caso de inobservância desse dever, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis.

A observação dos fatos permite afirmar que, de modo geral, esses preceitos legais têm sido observados pelos grevistas. Têm ocorrido greves nos serviços de energia elétrica, por exemplo, mas elas não afetam a produção, de sorte que a população não sofre os efeitos da falta de luz e força. É certo que em algumas atividades, como transporte coletivo e produção e distribuição de combustíveis, os preceitos legais têm sido descumpridos em algumas greves. Neste caso, os movimentos têm sido considerados abusivos (de acordo com a norma do art. 14 da Lei nº.7.783).

Como o art.8º da Lei nº.7.783 determina que a Justiça do Trabalho decida sobre a procedência, total ou parcial, ou a improcedência das reivindicações, afirma-se a competência do judiciário trabalhista para declarar a abusividade da greve. Dissídios coletivos são suscitados, às vezes pelos empregadores interessados e às vezes pelo Ministério Público do Trabalho, com o objetivo de declaração da abusividade da greve (são chamados, mesmo, dissídios coletivos de greve). O Precedente Normativo nº 29 do Tribunal Superior do Trabalho declara que compete aos Tribunais do Trabalho decidir sobre o abuso do direito de greve. A Justiça do Trabalho tem exercido amplamente essa atribuição.

Nos casos em que os sindicatos de trabalhadores descumprem a obrigação legal de garantir a execução dos serviços mínimos (os indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade), os Presidentes dos Tribunais Regionais do Trabalho e o Presidente do Tribunal Superior do Trabalho expedem “ordem judicial” (de duvidosa legalidade), mediante a qual determinam que trinta por cento do número de trabalhadores afetados pela greve dêem continuidade à prestação dos serviços (confirmam-se dois Atos da Presidência do TST, nºs. 221, de 13/03/1991 e 243, de 15/03/1991, *in* Valentim Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 19ª.ed., 1995, p.930 e 931). Nem sempre essa ordem tem sido cumprida, o que enseja a aplicação, pelo Tribunal, de uma multa diária, a ser paga pelo sindicato responsável em favor da parte contrária. Não se tem notícia do efetivo cumprimento dessa medida, nos casos em que ela foi adotada.

13 OS ABUSOS NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE

De acordo com o disposto no § 2º do art.9º da Constituição, os abusos cometidos no exercício do direito de greve sujeitam os responsáveis às penas da lei.

A rigor, o preceito é inócuo, pois, no Estado democrático de direito, qualquer abuso de direito sujeita o responsável às penas da lei. Ainda que a Constituição silenciasse sobre o tema, os responsáveis pelos abusos cometidos no exercício do direito de greve se sujeitariam às sanções previstas em lei.

A propósito do tema, duas concepções extremas podem ser esgrimidas: 1ª- já que a greve é, em si, um ato de não-direito, qualquer greve é ilegítima e, em consequência, a participação do trabalhador configura delito, além de falta grave trabalhista; 2ª- toda greve é legítima, porque se coloca acima do direito e, ressalvados os atos atentatórios da lei penal, a participação do trabalhador jamais ensejará abuso de natureza civil ou trabalhista. À luz do sistema jurídico próprio do Estado democrático de direito, nenhuma dessas afirmações pode ser aceita.

A idéia de que a greve traz em si sua própria legitimidade transforma o instituto em uma espécie de divindade: é anti-social. Prerrogativa dessa magnitude deve, em sua realização, responder a uma necessidade: faz-se greve por ser necessário. Ela deve ter uma finalidade, porque, caso contrário, o mundo econômico seria subvertido. Como o poder acarreta responsabilidade, seu exercício sujeita os responsáveis pelos abusos cometidos às sanções penais, civis e trabalhistas.

A tese segundo a qual a greve, por si só, constitui um abuso por causar prejuízo a outrem deve ser afastada *in limine*, porquanto é da essência do movimento causar prejuízo. Sem prejuízo, o empregador (ou a administração) não revelaria sensibilidade às reivindicações dos grevistas.

O prejuízo não se restringe às relações diretas entre empregados e empregadores, porém abarca círculos mais vastos, alcançando também os consumidores ou usuários dos produtos ou serviços produzidos ou prestados pelos empresários.

A própria greve pode ser considerada abuso de direito, tal como deflui do art. 14 da Lei nº.7.783: “Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.” Pode ocorrer abuso do direito de greve, portanto, pelo descumprimento de formalidade imposta por lei (ex.: aviso prévio – arts. 3º, § único, e 13) e bem assim pela negativa do sindicato de firmar acordo para a manutenção dos serviços e atividades essenciais,

cuja paralisação possa causar prejuízo irreparável à empresa ou cuja prestação seja indispensável ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Em consonância com o disposto no art. 9º, § 2º, da Constituição, o art. 15 da Lei nº.7.783 dispõe: “A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal.”

A responsabilidade trabalhista e a penal são de caráter individual, assumidas apenas por pessoas naturais; restringem-se ao autor (autores) do ato. Já a responsabilidade civil pode alcançar os trabalhadores que praticaram o ilícito assim como o sindicato que deflagrou a greve.

A sanção de natureza trabalhista é apurada no âmbito da relação de emprego e consiste em penalidade disciplinar (advertência, suspensão ou despedida por justa causa) imposta pelo empregador, no exercício de seu poder disciplinar, insito ao poder de direção de que investido, por força do disposto no art. 2º da CLT.

A responsabilidade penal será apurada em inquérito, a ser aberto mediante requisição de ofício pelo Ministério Público, ao qual cabe oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito (art.15, parágrafo único, da Lei nº.7.783).

No curso de uma greve, podem ser cometidos delitos, como os seguintes, tipificados no Código Penal: atentado contra a liberdade de trabalho (art.197); violência ou perturbação da ordem após a paralisação do trabalho (art.200); invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola ou sabotagem (art.202); desobediência (art.330); desacato (art.331).

Quanto à responsabilidade civil (extra-contratual ou aquiliana), dispõe o art. 927 do Código Civil: “Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado repará-lo”. Ato ilícito é definido pelo art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ilícito.” E o art.187 acrescenta: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Esclarece o art.188, inciso I, do Código Civil, que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. A participação passiva de um trabalhador em movimento paredista, portanto, não constitui ato ilícito, porque o grevista está no exercício regular de um direito reconhecido (greve). Caso, todavia, ele cause dano a outrem em razão da greve, responderá, civilmente, por danos materiais e morais.

Tanto o grevista (pessoa natural) quanto o sindicato podem responder civilmente por danos materiais e morais causados a outrem em razão da greve. Para que isto ocorra, torna-se necessário que se apure a verificação conjunta dos seguintes requisitos: a) conduta antijurídica; b) dano; c) nexa causal.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Abuso do direito de greve e reparação de danos. **Repertório IOB de Jurisprudência** (parte civil e comercial), 1994.

BELTRAN, Ari Pessidonio. **A autotutela nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1996. 360p.

CHEDID, Antonio Carlos Faccioli. O direito à greve e seu limites à luz da nova Constituição e do direito positivo. **Revista LTr**, São Paulo, v.54, n.7, p.830, jul.1990.

COSTA, Orlando Teixeira da. Direito de greve. In: ROMITA, Arion Sayão (Coord.). **Curso de direito constitucional do trabalho: estudos em homenagem ao Professor Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: LTr, 1991. v.2.

COSTA, Orlando Teixeira da. Do abuso de direito na greve. **Revista LTr**, São Paulo, v. 54, n.4, p.392, abr.1990.

_____. Responsabilidade do sindicato e do trabalhador na greve declarada abusiva. **Síntese Trabalhista**, Porto Alegre, v.19, n.5.

DUARTE NETO, Bento Herculano. **Direito de greve: aspectos genéricos e legislação brasileira**. São Paulo: LTr, 1993.

FAJERSTEIN, Faney. A causa e a greve: um problema de epistemologia jurídica. **Revista LTr**, São Paulo, v.59, n.4, p.495, abr.1995.

FREDIANI, Yone. **Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: LTr, 2001.

HADDOCK LOBO, Robert Eugenio. A greve no Brasil e sua relação com o direito no tempo. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, n.1, p. 63-77, 1993.

JUCÁ, Francisco Pedro. Direito de greve na Constituição brasileira de 1988. **Direito constitucional do Trabalho**, São Paulo: LTr, 1993.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Comentários à lei de greve**. São Paulo: LTr, 1989.

_____. Conseqüências da ilicitude da greve. **Revista LTr**, São Paulo, v.59, n.6, p.727, jun. 1995.

PIMENTEL, Marcelo. Abuso do direito de greve. **Revista LTr**, São Paulo, v.54, n.12, p.1441, dez. 1990.

PINHO PEDREIRA. A greve com ocupação de locais de trabalho. **Revista da Academia Nacional de direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, n.1, p. 93-107, 1993.

ROBOREDO, Maria Lúcia Freire. **Greve, lock-out e uma nova política laboral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 167 p.

ROMITA, Arion Sayão. A greve dos servidores estatutários e em serviços essenciais no Brasil. In: ROMITA, Arion Sayão et al. **A greve no setor público e nos serviços essenciais**. Curitiba: Gênese, p. 111-126, 1997.

SOUZA, Ronald Amorim e. Direito de greve: legitimidade da ordem judicial. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho**, São Paulo, n.1, p.133-136, 1993.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Critérios judiciais para a declaração da abusividade da greve. **Revista LTr**, São Paulo, v.55, n.8, p.904, ago. 1991.

_____. Limitações ao direito de greve. **Revista LTr**, São Paulo, v.53, n.1, p.28, jan. 1989.

_____. Responsabilidade pelo abuso do direito de greve. **Revista da Academia do Direito de Trabalho**, São Paulo, n.1, p.37-44, 1993.

VIDAL NETO, Pedro. O direito de greve: evolução histórica. In: PRADO, Ney (Coord.). **Direito sindical Brasileiro**, São Paulo: LTr, 1998.

ZANUT, Jamil. Greve em atividades essenciais, responsabilidade civil dos sindicatos. **Revista LTr**, São Paulo, v.57, n.1, p.26, jan. 1993.

ANOTAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS*

Estêvão Mallet**

1 INTRODUÇÃO

A aplicação de qualquer norma reclama, como atividade prévia e antecedente, a sua interpretação. É impossível pensar em cumprimento da norma sem antes interpretá-la. Dada a ordem, primeiro passo para a sua observância é compreender o que se estatuiu como comportamento, o que concretamente se ordenou. Por isso assinala Carlos Maximiliano que “a aplicação não prescinde da hermenêutica.”¹ Pode-se mesmo dizer, de forma mais precisa: a aplicação supõe interpretação.

Nada muda, como se percebe sem grande esforço, se a norma a aplicar-se não é a que emerge de disposição legal, mas é o comando resultante de alguma decisão judicial, seja sentença, seja acórdão, seja pronunciamento interlocutório. Como anota Kelsen, a interpretação é necessária à aplicação de toda e qualquer norma jurídica, “na medida em que hajam de ser aplicadas”, inclusive em se tratando “de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc.”² Também o sublinhou Pontes de Miranda, ao escrever: “as sentenças têm de ser interpretadas.”³

Não deixa a interpretação de ser necessária nem quando aparentemente clara e indubitosa a decisão judicial. Pode a tarefa tornar-se mais simples e de mais fácil realização, sujeita a menos controvérsias; não, porém, prescindível. Hoje não mais se leva a sério a máxima *in claris cessat interpretatio*, que Paula Baptista ainda repetiu.⁴ Na verdade, para concluir que o enunciado é claro mostra-se impostergável, antes de qualquer outra coisa, interpretá-lo.⁵ Daí porque até as mais cristalinas decisões judiciais, como as mais claras disposições legais, sujeitam-se

* Artigo redigido para publicação em obra coletiva destinada a homenagear o Min. Pedro Paulo Teixeira Manus.

**Doutor e Livre Docente em Direito do Trabalho, Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo e advogado.

¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**, Rio de Janeiro: Forense, 1991. n. 11, p. 8.

² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra. Armênio Amado, 1962. v. 2, p. 284.

³ PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947. v. 2, p. 326.

⁴ BAPTISTA, Paula. **Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Garnier, 1907. § 3º, p. 373.

⁵ Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: teoria geral**. Coimbra: Coimbra Ed., 1999. v. 2. Acções e factos jurídicos, n. 93, p. 154.

a interpretação. Já se dizia, no Digesto: “*Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est negligenda interpretatio eius,*”⁶ ou seja, ainda que claríssimo o edito do pretor, não se deve descurar da sua interpretação.

Realmente, para executar ou cumprir a sentença é preciso determinar o seu conteúdo. É preciso, pois, interpretá-la, para saber o que cumprir, como cumprir, de que forma cumprir. Estabelecido, em sentença ou em decisão interlocutória, o cumprimento de certa obrigação de fazer, importa apurar se satisfaz a ordem tanto o comportamento “a” como o comportamento “b” ou, apenas, o comportamento “a”. Se a sentença contempla imposição de multa em caso de seu descumprimento, o problema torna-se ainda mais relevante. Pode o executado praticar determinado ato (comportamento “b”), na suposição de estar a cumprir a decisão, quando, ao fazê-lo, não satisfaz o que se decidiu, por haver mal interpretado o julgamento, tornando exigível a cominação imposta.

Bem se evidencia, diante do exposto, a relevância da atividade de interpretação das decisões judiciais. Surpreendentemente, todavia, muito pouca atenção se dispensa ao assunto, seja no direito positivo, seja em doutrina.

2 UM TEMA POUCO ESTUDADO

A interpretação das leis em geral é objeto de antiga, extensa e abrangente análise, contando com bibliografia quase inesgotável. Também a interpretação dos negócios jurídicos não costuma ser descurada. Merece, inclusive, regulamentação normativa expressa, nos mais diferentes ordenamentos jurídicos,⁷ bem como no plano internacional.⁸ Até a interpretação de certos atos processuais das partes chama a atenção do legislador, segundo bem se exemplifica, no direito brasileiro, com a referência ao art. 293, do Código de Processo Civil. Sobre a interpretação das decisões judiciais, ao contrário, há muito pouco ou quase nada. Os mais importantes textos sobre hermenêutica jurídica, quer os estrangeiros, como o clássico estudo de François Geny⁹ ou a abrangente

⁶ A passagem é de Ulpiano e encontra-se no livro 25, título 4 (*De inspiciendo ventre custodiendoque partu*), fragmento 1, § 11.

⁷ Cf. arts. 113, 114, 423, do Código Civil brasileiro, arts. 236º a 238º, do Código Civil português, arts. 1156 a 1164, do *Code Civil* francês, arts. 1362 a 1371, do *Codice Civile* italiano, §§ 133 e 157, do BGB alemão, art. 18, do *Code des obligations* suíço, arts. 1425 a 1432, do *Code Civil* do Québec etc.

⁸ Cf. o Capítulo 4, com 8 artigos, sobre interpretação dos contratos, nos Princípios de UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional de 2004.

⁹ GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris: LGDJ, 1932.

publicação de Sutherland,¹⁰ quer os nacionais, representados pela obra de Carlos Maximiliano,¹¹ não cuidam do tema. Eduardo Espínola, ainda que tenha sublinhado a necessidade de interpretar-se inclusive o direito consuetudinário, nada disse sobre as decisões judiciais.¹² E Paula Baptista, que reuniu em uma só obra o estudo do processo civil e da hermenêutica jurídica,¹³ não atentou para a relevância do assunto. A omissão torna-se ainda mais saliente quando se nota que a simples interpretação das leis processuais merece específica análise por parte dos mais diferentes autores.¹⁴

Há, é certo, algum material no âmbito da *common law*, em que adquire grande relevância a interpretação do precedente judicial.¹⁵ Cuida-se, no entanto, de perspectiva bastante diversa da que é desenvolvida no presente estudo. Não se examina a decisão judicial como ato processual, mas como fonte de direito, especialmente para avaliar se o que justificou certa conclusão em determinado caso pode ou não ser invocado como fundamento para adotar igual decisão em caso diverso, envolvendo pessoas completamente distintas. Busca-se, assim, compreender a *ratio decidendi* do julgado, a fim de apurar se há nele regra passível de generalização ou, ao menos, de extrapolação para outra situação. Em tal cenário, naturalmente, passa a ter papel de enorme relevância, como lembra Ian McLeod, a interpretação dada ao pronunciamento anterior pelo julgador chamado a decidir a nova questão, quando formula “*the rule which will then become binding in the present case.*”¹⁶ No fundo, trata-se de interpretar a decisão como jurisprudência, não como regra concreta editada no processo. Os problemas que se colocam são, portanto, diferentes. Importa, em particular, resolver se a decisão anterior – ou a *ratio decidendi* nela contida – deve ser interpretada de forma ampliativa, para aplicá-la na nova situação, ou, ao contrário, de forma restritiva, de modo a adotar, no

¹⁰SUTHERLAND. *Statutes and Statutory Construction*, Chicago, Callaghan & Company, 1972.

¹¹MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., cf., ainda, LIMA, Mário Franzen de. **Da interpretação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

¹²ESPÍNOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. São Paulo: Francisco Alves, 1917. p. 149.

¹³BAPTISTA, Paula. Op.cit.

¹⁴Cf., por exemplo, COUTURE, Eduardo. **Interpretação das leis processuais**. São Paulo: Max Limonad, 1956, ou o espaço dedicado ao assunto em obras gerais, como CARNELUTTI. **Sistema di diritto processuale civile**.

Padova, CEDAM, 1936, I, n. 35, p. 106 e segs., e CHIOVENDA. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965. p. 131 e segs.

¹⁵TUCCI, José Rogério Cruz e. **Perspectiva histórica do precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo, 2003. p. 167. (Tese)

¹⁶McLEOD, Ian. **Legal method**. Bristol: Palgrave, 2002. p. 135.

caso pendente, solução diversa.¹⁷ É, pois, tema distinto da interpretação da decisão judicial realizada para determinar os seus efeitos e a sua abrangência em relação às partes no processo.

A respeito da interpretação das decisões judiciais, tratadas como atos processuais e examinadas sob o prisma da determinação do seu conteúdo, a doutrina é de fato muito escassa. São poucos os trabalhos específicos, figurando, entre os mais representativos, ao lado de anotações incidentais em manuais e obras de caráter geral, as considerações de Betti, em seu texto sobre a interpretação das leis e dos atos jurídicos,¹⁸ e os estudos de Denti¹⁹ e Nasi²⁰.

3 DIREITO COMPARADO

No plano do direito comparado o que mais se vê, em matéria de interpretação das decisões judiciais, não é tanto o estabelecimento, por norma legal, de critérios hermenêuticos, mas, isso sim, a previsão de procedimento específico, por vezes com a existência de meio recursal ou ação própria, para o exercício de tal atividade.

No direito internacional, por exemplo, o art. 98, do Regulamento da Corte Internacional de Justiça, estabelece:

1. En cas de contestation sur le sens ou la portée d'un arrêt, toute partie peut présenter une demande en interprétation, que l'instance initiale ait été introduite par une requête ou par la notification d'un compromis.
2. Une demande en interprétation d'un arrêt peut être introduite soit par une requête, soit par la notification d'un compromis conclu à cet effet entre les parties; elle indique avec précision le point ou les points contestés quant au sens ou à la portée de l'arrêt. 3. Si la demande en interprétation est introduite par une requête, les thèses de la partie qui la présente y sont énoncées et la partie adverse a le droit de présenter des observations écrites dans un délai fixé par la Cour, ou si elle ne siège pas, par le président. 4. Que la demande en interprétation ait été introduite par une requête ou par la notification d'un compromis, la Cour peut, s'il y a lieu, donner aux parties la possibilité de lui fournir par écrit ou oralement un supplément d'information.

¹⁷Sobre o tema, a partir de interessante perspectiva sociológica, mas com amplas referências a doutrina e vasta indicação de decisões judiciais, cf. HANSFORD, Thomas G. ; SPRIGGS II, James F. **The politics of precedent**. New Jersey: Princeton University Press, p. 16 e segs.

¹⁸BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1949.

¹⁹DENTI, Vittorio. **L'interpretazione della sentenza civile em Studi nelle scienze giuridiche e sociali**. Pavia: Libreria Internazionale A. Garzanti, 1946. XXVIII, p. 1-151.

²⁰NASI. **Interpretazione della sentenza em Enciclopedia del diritto**, Varese: Giuffrè, 1972. XXII, p. 293-309.

Já o art. 79, do Regulamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, em vigor em novembro de 2003, preceitua:

Article 79 (Demande en interprétation d'un arrêt) 1. Toute partie peut demander l'interprétation d'un arrêt dans l'année qui suit le prononcé. 2. La demande est déposée au greffe. Elle indique avec précision le ou les points du dispositif de l'arrêt dont l'interprétation est demandée. 3. La chambre initiale peut décider d'office de l'écarter au motif que nulle raison n'en justifie l'examen. S'il n'est pas possible de réunir la chambre initiale, le président de la Cour constitue ou complète la chambre par tirage au sort. 4. Si la chambre n'écarte pas la demande, le greffier communique celle-ci à toute autre partie concernée, en l'invitant à présenter ses observations écrites éventuelles dans le délai fixé par le président de la chambre. Celui-ci fixe aussi la date de l'audience si la chambre décide d'en tenir une. La chambre statue par un arrêt.

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, prevê a possibilidade de interpretação das decisões tomadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme art. 67, *verbis*: “A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença”. O procedimento para a interpretação encontra-se disciplinado no art. 59, do Regulamento da Corte.²¹

No plano das legislações nacionais, o *Nouveau Code de Procédure Civile* francês prevê, para a interpretação das decisões judiciais não impugnadas por apelação, a propositura de uma “*demande en interprétation*”, regulada pelo art. 461.²² Também em várias leis dos

²¹ Tem a seguinte redação o dispositivo mencionado: “Artículo 59. Demanda de interpretación.

1. La demanda de interpretación a que se refiere el artículo 67 de la Convención podrá promoverse en relación con las sentencias de fondo o de reparaciones y se presentará en la Secretaría de la Corte indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida. 2. El Secretario comunicará la demanda de interpretación a las partes en el caso y les invitará a presentar las alegaciones escritas que estimen pertinentes dentro del plazo fijado por el Presidente. 3. Para el examen de la demanda de interpretación la Corte se reunirá, si es posible, con la composición que tenía al dictar la sentencia respectiva. Sin embargo, en caso de fallecimiento, renuncia, impedimento, excusa o inhabilitación, se sustituirá al juez de que se trate según el artículo 16 de este Reglamento. 4. La demanda de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia. 5. La Corte determinará el procedimiento que se seguirá y resolverá mediante una sentencia.”

²² O dispositivo tem a seguinte redação: “Il appartient à tout juge d'interpréter sa décision si elle n'est pas frappée d'appel. La demande en interprétation est formée par simple requête de l'une des parties ou par requête commune. Le juge se prononce les parties entendues ou appelées.”

Cantões suíços há procedimento próprio para a interpretação das decisões judiciais. O *Code de procédure civile* de Vaud, por exemplo, estatui:

Art. 482. Il y a lieu à interprétation d'un jugement définitif ou d'un arrêt lorsque le dispositif en est équivoque, incomplet, contradictoire ou encore lorsque, par une inadvertance manifeste, le dispositif est en contradiction flagrante avec les motifs. Art. 483. La demande d'interprétation est faite par requête motivée adressée au juge ou au tribunal qui a statué définitivement. Le juge ou le tribunal statue sur le vu des pièces et, s'il y a lieu, après inspection locale, les parties entendues ou dûment citées et nonobstant le défaut de l'une d'elles. Il n'y a pas de relief. 484. La demande d'interprétation ne suspend l'exécution du jugement que si le juge ou le président du tribunal saisi de la demande l'ordonne. Le juge qui ordonne la suspension peut ordonner des sûretés ou des mesures provisionnelles. Art. 485. Il y a recours en réforme contre le jugement statuant sur une demande d'interprétation. Le recours n'a pas d'effet suspensif, sauf décision contraire du président de la Chambre des recours. Le jugement admettant la demande d'interprétation est mentionné en marge de la minute du jugement interprété.

Regras semelhantes encontram-se na *Loi de procédure civile* de Genève,²³ e no *Code de procédure civile* de Fribourg.²⁴

4 MEIOS DE INTERPRETAÇÃO

A interpretação das decisões judiciais se faz por diferentes formas e em diferentes momentos. Mattiolo referiu-se à possibilidade de colocar-se o problema em dois distintos momentos, a saber, “*o in un nuovo giudizio in cui la detta sentenza viene prodotta quale titolo o documento della nuova causa, o nel procedimento di esecuzione forzata della sentenza*”

²³Art. 153, assim redigido: “Il y a lieu à interprétation d'un jugement si le dispositif contient ambiguïté ou obscurité dans les expressions ou dans les dispositions”.

²⁴Trata-se dos arts. 330 a 333, com o seguinte teor: “Art. 330 II. Interprétation 1. Ouverture. Il y a lieu à interprétation d'un jugement lorsque le dispositif en est obscur, incomplet ou équivoque, ou que les éléments du dispositif sont contradictoires entre eux ou avec les motifs. Art. 331 2. Mode de procéder 1. La demande d'interprétation est portée devant le tribunal qui a prononcé le jugement, dans les trente jours dès la notification du jugement. 2. Elle indique les points sur lesquels l'interprétation est demandée. Art. 332 3. Réponse et effets de la demande Les articles 326 et 327 sont applicables par analogie à la réponse et aux effets de la demande d'interprétation. Art. 333 4. Instruction et jugement. 1. Le tribunal statue sur le vu des dossiers ; exceptionnellement il peut ordonner des débats et assigner les parties. 2. S'il admet la demande, le tribunal interprète le jugement sans en changer le fond. 3. La notification du jugement interprété vaut comme nouvelle notification du jugement primitif et fait courir à nouveau les délais de recours contre celui-ci. 4. Le greffe fait mention du jugement admettant la demande d'interprétation en marge de la minute du jugement primitif. 5. Le jugement statuant sur une demande d'interprétation n'est pas susceptible de recours”.

medesima.²⁵ Esqueceu-se de mencionar, no entanto, a sua ocorrência no âmbito do próprio processo em que proferida a decisão a interpretar-se.

De fato, proferida a decisão, havendo alguma dificuldade para compreendê-la, por conta da falta de clareza do seu texto ou por qualquer outro motivo, os embargos de declaração servem como primeiro instrumento para interpretá-la. A situação pode caracterizar obscuridade, a justificar, nos termos do art. 535, inciso I, do CPC, oferecimento do recurso. Também é possível colocar-se o problema por conta de omissão no pronunciamento, que, por exemplo, determina o cumprimento de certa obrigação, mas não indica o termo inicial para tanto. Por fim, havendo determinações contraditórias na decisão, o que fazer? Para encontrar a resposta é preciso interpretá-la. Os embargos de declaração, cabíveis em caso de omissão obscuridade ou contradição, são “o meio próprio para se obter a interpretação da sentença.”²⁶

Nem importa que não se trate exatamente de sentença ou de acórdão o pronunciamento a interpretar-se. Ainda que seja o caso de decisão interlocutória, como o provimento que antecipa a tutela, por exemplo, também podem os embargos de declaração ser utilizados. O legislador, no art. 535, inciso I, do CPC, ao referir-se apenas a sentença ou acórdão, *dixit minus quam voluit*. Já o havia notado Pontes de Miranda, ainda ao tempo do texto legal anterior, ao escrever que “os embargos de declaração são oponíveis a sentenças em geral e a despachos.”²⁷

²⁵MATTIROLO. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. Torino: Fratelli Bocca, 1896. v.4, n. 94, nota 4, p.94.

²⁶PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*. cit., 1949, v. 5, p. 335.

²⁷Comentários ao Código de Processo Civil cit., v. 5, p. 344. Sempre no mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 155, Estêvão Mallet, *Embargos de declaração in Recursos trabalhistas – Estudos em homenagem ao Ministro Vantuil Abdala*, São Paulo, LTr, p. 39. Em jurisprudência: “Decisão interlocutória. Embargos de declaração. 1. Como já decidiu a Corte, os embargos de declaração “são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535, CPC, atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual”(STJ - 3ª T., RESP n. 193.924/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 29.06.99 in DJU de 09.08.99, p. 170), “Processual civil. Decisão interlocutória. Embargos de declaração. Agravo. Cabimento. Precedentes. Recurso provido. - Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535, CPC, atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais.”(STJ – 4ª T., RESP n. 158.032/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 03.03.98 in DJU de 30.03.98, p. 89) e “Processual civil. Decisão que acolhe incidente de impugnação ao valor da causa. Embargos declaratórios. Cabimento, em tese. Interrupção do prazo recursal. Possibilidade. Tempestividade do ulterior agravo de instrumento. I. Em princípio, de acordo com o entendimento mais moderno do STJ, cabem embargos declaratórios contra qualquer decisão judicial, ainda que interlocutória.”(STJ - 4ª T., RESP n. 117.696/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. em 21.09.00 in DJU de 27.11.00,

Fora dos embargos, a interpretação é muitas vezes necessária, ainda no processo em que proferida a decisão, para o exame e julgamento, no juízo *ad quem*, do recurso interposto. Impugnada a sentença, a partir da conclusão de que nela estaria a condenação a fazer “a”, o que à parte afigura-se injustificável, o tribunal deve, antes de prover sobre o pedido de reforma, verificar se de fato foi proferida decisão com o conteúdo questionado. Se não o foi, o recurso não deve ser conhecido no particular. Figure-se a hipótese de, deferidas horas extras, com reflexos em “verbas rescisórias”, expressão utilizada no julgado sem indicação precisa das parcelas, sobrevém recurso pelo reclamado, com pedido de exclusão do pagamento sobre prêmios, recebidos durante a vigência do contrato de trabalho. Ao julgar o recurso, se o tribunal interpreta que a sentença não contempla o reflexo das horas extras nos prêmios, por tal parcela não constituir verba rescisória, não há como acolher o recurso, para, no ponto, modificar a condenação. Não existe condenação no pagamento da verba impugnada. Logo, falta interesse recursal, o que redundaria em não conhecimento da impugnação. Mas à conclusão só se chega após interpretar e precisar o sentido da sentença recorrida.

É bem possível que a dificuldade na interpretação da decisão não seja identificada de imediato ou em curto espaço de tempo após a sua publicação, de modo a permitir que a questão seja discutida em recurso. Na primeira leitura, considerado o texto em termos abstratos, longe das dificuldades da situação concreta, parece ele suficientemente claro. Passado algum tempo, quando então se busca cumprir a decisão, surge a dificuldade. Põe-se em dúvida o exato significado do pronunciamento. Discute-se se a decisão significa “a” ou “b”. Não são mais cabíveis, todavia, os embargos de declaração ou outro recurso, esgotado já o prazo legal. Nem por isso fica afastada a necessidade de interpretação da decisão. Modifica-se apenas o meio pelo qual se vai realizá-la. A atividade passa a constituir questão a resolver no âmbito da execução ou – de acordo com a terminologia da Lei nº 11.232 – da fase de cumprimento da decisão,²⁸ por meio de um “*vero e proprio atto (o attività) processuale*.”²⁹ Em novo pronunciamento judicial,

p. 165). Podem também ser citados os seguintes outros arestos: STJ – 4ª T., RESP n. 173.021/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 06.08.98 *in* DJU de 05.10.98, p. 103, e STJ – 4ª T., RESP n. 163.222/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 30.04.98 *in* DJU de 22.06.98, p. 107.

²⁸O tema foi enfrentando, de passagem, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 71.538, Rel. Min. Amaral Santos (DJU de 24.09.1971). É mais explícito o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “É possível alegar, pela via dos embargos à execução judicial, excesso de execução com base na interpretação da sentença exequenda, sem que isso signifique revolver as questões já decididas no processo de conhecimento.” (STJ – 3ª T., REsp n. 818.614, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 26.10.2006 *in* DJU de 20.11.2006, p. 309)

²⁹NASI, Antonio Nasi. **Interpretazione della sentenza**. cit. p. 299.

cabe ao juízo interpretar a decisão, inclusive ao ensejo de sua liquidação,³⁰ resolvendo a dificuldade surgida, para dizer se nela se contém “a” ou “b”. O exemplo antes dado, sobre reflexos de horas extras em “verbas rescisórias” pode ser de novo utilizado. Ao promover a liquidação da sentença será preciso, em primeiro lugar, delimitar o significado da expressão “verbas rescisórias”, para determinar sobre quais parcelas haverá e sobre quais outras não haverá incidência dos reflexos das horas extras. A solução dada, qualquer que seja, fica sujeita aos meios de revisão próprios do processo em causa. Ao iniciar a execução, interpretada, pelo juízo, a expressão “verbas rescisórias” da forma “a”, para justificar a expedição de mandado, se o executado considera incorreta a conclusão, terá oportunidade de, nos embargos à execução, discutir o ponto. Fundamentará os embargos na desconformidade da execução com o verdadeiro significado da sentença exequenda, a qual, na sua visão, deve ser interpretada da forma “b”. De idêntico modo, ao reclamante, não se conformando com a interpretação que exclui certa parcela da execução, indeferindo o pedido para incluí-la no mandado, é dado impugnar a sentença de liquidação, na forma do art. 884, § 3º, da CLT.

Por fim, também pode a interpretação da decisão judicial constituir objeto de outro processo, seja como objeto principal, seja como questão prejudicial, a ser resolvida para decidir-se sobre o pedido. Como decidiu a Corte de Cassação francesa, “*la compétence d’un tribunal pour interpréter ses propres jugements n’exclut pas une interprétation incidente par un autre tribunal dans une autre instance.*”³¹ No campo trabalhista, exemplo da última hipótese – interpretação como questão prejudicial – corresponde à ação de cumprimento, em que se busca, nas palavras de Carnelutti, o “*accertamento del regolamento collettivo.*”³² Se a interpretação de cláusula normativa da sentença coletiva é, ao contrário, deduzida em ação declaratória, a fim de determinar a existência ou não de obrigação, nos termos do art. 4º, inciso I, do CPC, tem-se típico caso de interpretação como objeto principal do processo.³³

³⁰PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao código de processo civil.** cit., v. 6, p. 141, e José Aparecido dos Santos, Cálculos de liquidação trabalhista, Curitiba, Juruá, 2002, p. 47. Na jurisprudência: “As obscuridades da sentença, não aclaradas por oportuna interposição de embargos de declaração, podem e devem ser superadas, no momento da execução pela interpretação da sentença.”(TJ-RS, 4ª Câmara, Ap. Cív. nº 584000046, Rel. Des. Oscar Gomes Nunes, jul. em 01/01/1980).

³¹Corte de Cassação, 1ª Câmara Civil, julgamento de 18.01.1989, Processo n. 87-13177, Relator M. Ponsard, publicação no Boletim 1989 I nº 22 p. 15.

³²CARNELUTTI. **Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro.** Padova: CEDAM, 1927. n. 85, p. 162 e segs.

³³A propósito, no âmbito da jurisdição administrativa francesa, cf. Serge Guinchard e outros, Droit processuel – Droit commun et droit compare du procès, Paris, Dalloz, 2003, n. 680, p. 1.043.

5 NATUREZA DA CONTROVÉRSIA SOBRE A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Determinar a natureza jurídica do contencioso provado pela interpretação das decisões judiciais é importante, de logo, para delimitar a recorribilidade que o incidente suscita. Se estiver em causa debate de natureza constitucional, mais ampla, por conta da garantia e da estabilidade conferida à coisa julgada, é a recorribilidade permitida, tanto no processo civil como no processo do trabalho, diante do disposto no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição, e art. 896, § 2º, da CLT, respectivamente.

A controvérsia sobre a interpretação das decisões judiciais, surgida como questão posta na execução ou como objeto de processo específico, tal qual em ação de cumprimento ou ação declaratória, não implica necessariamente a existência de contencioso constitucional. Pode até surgir contencioso de tal natureza, mas não se deve supor que a simples discussão a respeito da abrangência da decisão a interpretar implique sempre debate a respeito da autoridade da coisa julgada, ou seja, aplicação ou não do art. 5º, XXXVI, da Constituição. O problema que se coloca é outro, a saber, a determinação do significado da decisão. Logo, eventual contraste do segundo pronunciamento com o que seria o correto significado do pronunciamento interpretado fica no plano infraconstitucional. A ofensa ao art. 5º, XXXVI, no caso, é apenas reflexa e indireta, insuficiente para a caracterização de contencioso constitucional,³⁴ como já decidiu, reiteradas vezes, o Supremo Tribunal Federal, inclusive na seguinte decisão: “Direito constitucional, processual civil e trabalhista. Recurso extraordinário trabalhista. Pressupostos de admissibilidade. Agravo [...] é pacífica a jurisprudência do S.T.F., no sentido de não admitir, em R.E., alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais, como são as que regulam os limites objetivos da coisa julgada [...]”³⁵

³⁴A ofensa à Constituição, para servir de base ao recurso extraordinário, há de ser direta e frontal, e não verificável por via oblíqua. Precedentes do STF (STF – Pleno, RE-186.088/DF, Rel. Min. Néri da Silveira in DJU de 24.02.95, p. 3.696). Para o exame do problema frente ao direito italiano anterior ao vigente Código de Processo Civil, em matéria de cabimento ou não do recurso de cassação, por ofensa a outro julgamento, cf. Guido Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, CEDAM 1937, ns. 81 e segs., p. 233 e segs.

³⁵STF – 1ª T., AI n. 408.513 AgR/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. em 17.12.2002 in DJU de 07.03.2003. Ainda no mesmo sentido: “O Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se em causas de natureza trabalhista, deixou assentado que, em regra, as alegações de ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do apelo extremo. Precedentes.” (STF – 2ª T., AI n. 360.388 AgR/MS, Rel. Min. Celso de Mello in DJU de 05.04.02, p. 50). Trata-se de

É a solução também aplicada, *mutatis mutandis*, na hipótese de discussão sobre a interpretação de norma legal. A interpretação apresentada, quando desacertada, não implica ofensa à regra do art. 5º, inciso II, da Constituição, sob o argumento de resultar dela a imposição de obrigação não prevista em lei. Consoante sublinha Pontes de Miranda, o ato que não viola de frente a Constituição, mas infringe certa lei, “infringe a Constituição. Certamente, há infração da ordem jurídica constitucional, mas falta a imediatidade. Se fôssemos aceitar a indistinção não haveria nenhuma ilegalidade; todas as questões de irregularidade da legislação ou dos atos dos poderes públicos seriam questões constitucionais.”³⁶ Muito a propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Admitir o recurso extraordinário por ofensa reflexa ao princípio da legalidade seria transformar em questões constitucionais todas as controvérsias sobre a interpretação da lei ordinária [...]”³⁷ O mesmo se pode dizer no campo da interpretação das decisões judiciais. Aliás, a Súmula 636, do Supremo Tribunal Federal refere-se, ao afastar o cabimento de recurso extraordinário, por ofensa ao princípio da legalidade, exatamente à necessidade de “rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

A conclusão tem de ser outra, contudo, quando, sob o pretexto de interpretar a decisão, nega-se manifestamente o seu conteúdo, contraria-se o seu texto, modifica-se o seu significado, adotando-se interpretação sem nenhum respaldo ou amparo. Não se pode, sob a alegação de pretender interpretar a decisão, alterar o seu teor. Como registrou certa feita a Corte de Cassação francesa, “*les juges, saisis d’une contestation relative à l’interprétation d’une précédente décision, ne peuvent, sous le prétexte d’en déterminer le sens, apporter une modification quelconque aux dispositions précises de celle-ci.*”³⁸ Também a Corte Européia de Direitos Humanos, ao examinar uma *demande en interprétation d’un arrêt*, como previsto em seu Regulamento, assinalou que, sendo a decisão antes tomada clara quanto aos pontos sobre os quais se pediam esclarecimentos, alterar o dispositivo do julgado.

antiga orientação, como mostram outros arestos: “Arts. 891 e 916 do Código de Processo Civil. *Res iudicata*. Interpretação da sentença. descabimento do apelo extremo” (STF – 2ª T., RE n. 22.393, Rel. Min. Orosimbo Nonato, julg. em 24.04.1953 in DJU de 29.10.1953, p. 13.305) e “Sentença exequênda. Interpretação aceitável, que se lhe deu e que não importa vulneração da letra da lei ou dissídio jurisprudencial. Recurso extraordinário sem cabimento.”(STF - AI n. 38.673/SP, Rel. Min Luiz Gallotti, julg. em 27.10.1966 in DJU de 10.05.1967, p. 1.318).

³⁶PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo I, p. 298.

³⁷STF - 1ª T., Proc. AgAI n. 134.736-9, Rel. Min. Sepulveda Pertence in DJU de 17.02.1995, p. 2.747.

³⁸Corte de Cassação, 1ª Câmara Civil, julgamento de 05.07.1978, Processo n. 77-13410, Relator M. Joubrel, publicado no Boletim 1 n. 258 P. 203.

[...] aboutirait non pas à clarifier “le sens et la portée” de cet arrêt, mais plutôt à le faire modifier sur une question que la Cour a tranchée “avec force obligatoire”..., pretensão que extravasa o âmbito da “interprétation au sens de l'article 57 du règlement A”³⁹. De igual modo, a Corte Internacional de Justiça, também ao examinar o pedido de interpretação de decisão sua, cuidou de sublinhar que “la question de la recevabilité des demandes en interprétation des arrêts de la Cour appelle une attention particulière en raison de la nécessité de ne pas porter atteinte au caractère définitif de ces arrêts et de ne pas en retarder l'exécution.”⁴⁰

³⁹*Allenet de Ribemont c. France (Interprétation)*.

⁴⁰Decisão de 25 de março de 1999, tomada no pedido de interpretação da decisão de 11 de junho de 1998, relativa ao caso sobre a fronteira terrestre e marítima entre Camarões e Nigéria. Segue a mesma linha a Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se vê, por ejemplo, da afirmação lançada na sentença de 30 de novembro de 2007, proferida no caso *La Cantura vs. Peru*, *verbis*: “...una demanda de interpretación de una sentencia no debe utilizarse como un medio de impugnación, sino únicamente debe tener como objeto desentrañar el sentido de un fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutive o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive...no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una demanda de interpretación” (n. 9). Outros precedentes da Corte Interamericana de Derechos Humanos, sempre no mesmo sentido, são: *Loayza Tamayo vs. Peru*, sentença de 8 de março de 1998 (ns. 16 e 18, com indicação situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do apelo extremo. Precedentes.”(STF – 2ª T., AI n. 360.388 AgR/MS, Rel. Min. Celso de Mello in DJU de 05.04.02, p. 50). Trata-se de antiga orientação, como mostram outros arestos: “Arts. 891 e 916 do Código de Processo Civil. *Res iudicata*. Interpretação da sentença. descabimento do apelo extremo” (STF – 2ª T., RE n. 22.393, Rel. Min. Orosimbo Nonato, julg. em 24.04.1953 in DJU de 29.10.1953, p. 13.305) e “Sentença exequenda. Interpretação aceitável, que se lhe deu e que não importa vulneração da letra da lei ou dissídio jurisprudencial. Recurso extraordinário sem cabimento.”(STF - AI n. 38.673/SP, Rel. Min Luiz Gallotti, julg. em 27.10.1966 in DJU de 10.05.1967, p. 1.318). PONTES DE MIRANDA. Op.cit. STF - 1ª T., Proc. AgAI n. 134.736-9, Rel. Min. Sepúlveda Pertence in DJU de 17.02.1995, p. 2.747. Corte de Cassação, 1ª Câmara Civil, julgamento de 05.07.1978, Processo n. 77-13410, Relator M. Joubrel, publicado no Boletim 1 n. 258 P. 203. *Illetet de Ribemont c. France (Interprétation)*. Decisão de 25 de março de 1999, tomada no pedido de interpretação da decisão de 11 de junho de 1998, relativa ao caso sobre a fronteira terrestre e marítima entre Camarões e Nigéria. Segue a mesma linha a Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se vê, por ejemplo, da afirmação lançada na sentença de 30 de novembro de 2007, proferida no caso *La Cantura vs. Peru*, *verbis*: “...una demanda de interpretación de una sentencia no debe utilizarse como un medio de impugnación, sino únicamente debe tener como objeto desentrañar el sentido de un fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutive o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive...no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una demanda de interpretación” (n. 9). Outros precedentes da Corte Interamericana de Derechos Humanos, sempre no mesmo sentido, são: *Loayza Tamayo vs. Peru*, sentença de 8 de março de 1998 (ns. 16 e 18, com, no último tópico indicado, de precedentes da Corte Européia de Derechos Humanos) e *Suárez Rosero vs. Ecuador*, sentença de 29 de maio de 1999 (n. 20).

Nem mesmo quando se pretende obter esclarecimento sobre os motivos da decisão, não sobre o seu significado – por não parecerem, os motivos que foram apresentados, suficientes à conclusão enunciada – cabe pedido de interpretação, como pôde advertir a Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁴¹

O próprio Supremo Tribunal Federal, depois de excluir do contencioso constitucional as discussões sobre interpretação da decisão judicial, como visto acima, teve o cuidado de ressaltar situações excepcionais, em que a decisão interpretativa apresenta-se “manifestamente contrária ao (anteriormente) decidido”.

Em semelhante contexto, quando a interpretação da decisão anterior redundava em violação de seu significado e conteúdo, com preterição do que foi julgado, abrindo espaço para nova e diferente decisão, pode-se configurar ofensa à coisa julgada, bastante para caracterizar o contencioso constitucional e autorizar, inclusive, a interposição de recurso extraordinário⁴² ou, no campo trabalhista, de recurso de revista em execução de sentença. Decide dessa forma o Tribunal Superior do Trabalho na medida em que, ao afastar pedido de rescisão fundado no art. 485, inciso IV, do CPC, em caso de mera interpretação da decisão tomada ao ensejo de sua execução, ressalva a hipótese de “dissonância patente entre as decisões exequenda e rescindenda.”⁴³ Trata-se, é certo, de situação excepcional, cuja ocorrência, todavia, não há como excluir, tanto que já verificada em caso concreto, segundo se infere da seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Tendo a sentença exequenda fixados os parâmetros para futura execução, eventual modificação destes a título de interpretação do título executivo mostra-se atentatória à coisa julgada.”⁴⁴

⁴¹Trata-se da decisão tomada no caso *Loayza Tamayo vs. Peru*, em cujo n. 26 afirma-se “... no es pertinente emitir pronunciamiento sobre cada una de las preguntas formuladas por el Estado en este aspecto, que no plantean dudas sobre la interpretación de la sentencia, sino acerca de los motivos que tuvo la Corte para dictarla.” (Sentença de 3 de junho de 1999).

⁴²Recurso extraordinário. - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, para a fixação dos limites objetivos da coisa julgada, a não ser quando manifestamente contrária ao decidido, é questão que não se alça do plano constitucional do desrespeito ao princípio de observância da coisa julgada, mas se restringe ao plano infraconstitucional, configurando-se, no máximo, ofensa reflexa à Constituição, o que não dá margem ao cabimento do recurso extraordinário...” (STF – 1ª T., RE n. 233.929/MG, Rel. Min. Moreira Alves in DJU de 17.05.02, p. 66).

⁴³OJ-SDI II n. 123.

⁴⁴STJ – 5ª T., AgRg no REsp 864.887/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. em 21.11.2006 in DJU de 05.02.2007 p. 369. Veja-se, ainda: “Fixados, com trânsito em julgado os honorários, não pode o magistrado, na execução da sentença, valer-se de outros critérios, a título de interpretação do julgamento anterior, sob pena de violação aos artigos 467, 468 e 471 do Cód. Pr. Civil.” (STJ – 3ª T., REsp n. 631.321/SP, Rel. Min. Castro Filho, julg. em 26.08.2004 in DJU de 20.09.2004, p. 293).

6 CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS GERAIS E A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Certos critérios hermenêuticos de caráter geral, utilizados nos mais diferentes contextos, têm também pertinência na interpretação das decisões judiciais.

A interpretação das decisões judiciais, como qualquer interpretação, começa pelo exame do texto a interpretar. Esse é o seu ponto de partida.⁴⁵ Por conseguinte, determinados parâmetros, próprios da interpretação das leis, que também principia pelo exame do texto,⁴⁶ são igualmente utilizáveis na interpretação das decisões judiciais.

É correto dizer, por exemplo, que, oferecendo a palavra empregada na sentença ou na decisão dois diferentes significados igualmente aceitáveis, prevalece o que seja usual sobre outro, raramente empregado. Consoante a advertência de Ferrara, “*per regola le parole devono intendersi nel senso usuale comune.*”⁴⁷ Na jurisprudência anglo-saxônica afirmou-se: “*words are generally to be understood in their usual and most known signification.*”⁴⁸ Assim, quando a sentença alude a “valor venal”, é correto entender, como já se decidiu, que se teve em vista o valor de venda do bem, não o valor pelo qual se acha ele registrado, em algum apontamento público, como a planta de valores que serve de base para a cobrança do imposto predial e territorial urbano.⁴⁹ Termos técnicos devem

⁴⁵NASI, Antonio. *Interpretazione della sentenza*. cit., p. 299.

⁴⁶Como adverte Carlos Maximiliano, “o primeiro esforço de quem pretende compreender pensamentos alheios orienta-se no sentido de entender e linguagem empregada” (Hermenêutica e aplicação do direito cit., n. 113, p. 106).

⁴⁷FERRARA. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921. n. 46, p. 213.

⁴⁸Caso De Veaux v. DE VEAUX apud BLACK, Henry Campbell. **Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws**. St. Paul: West Publishing, 1911. § 63, p. 175, nota 108. Também a Suprema Corte dos Estados Unidos da América teve oportunidade de registrar, em decisão de 1979: “*Unless otherwise defined, statutory terms are generally interpreted in accordance with their ordinary meaning.*” (*Perrin v. United States*, 444 U. S. 42).

⁴⁹O acórdão, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, acha-se assim ementado: “A expressão “valor venal”, de acordo com os dicionários de língua portuguesa e com os trabalhos voltados, especificamente, para a catalogação do sentido jurídico do termo, deve ser entendida como valor de venda do bem, preço de mercado, sendo, pois, irrepreensível a decisão que determinou que os alugueiros correspondessem a 1% da importância fixada pelas partes na promessa de compra e venda do imóvel. É de conhecimento geral que o valor utilizado como base de cálculo do IPTU apenas muito raramente reflete o preço real do imóvel, encontrando-se, em geral, defasado, em relação aos valores praticados no mercado imobiliário. Assim, sua utilização, para cálculo da quantia devida a título de contraprestação pela utilização do imóvel pelo promitente comprador seria evidente fonte de injustiça, eis que se estaria premiando, indevidamente, a inadimplência deste, e deixando de ressarcir adequadamente a promitente vendedora.” (Trib. Alçada de MG – 5ª Câm. Cív., Ap Cív. nº 433.395-3, Rel. Juiz Eduardo Mariné da Cunha, julg. em 01.04.2004 in DJ de 23.04.2004).

ser entendidos no sentido que, segundo a boa técnica, lhes é próprio, de acordo com a proposição de Blackstone.⁵⁰ Parte-se da premissa de que foram empregados corretamente. Por conseguinte, se o julgado refere-se, para invocar exemplo encontrado na jurisprudência, a “valor da causa”, ao fixar os honorários de advogado, toma-se em consideração o valor que veio a ser atribuído à causa na petição inicial, sentido técnico da expressão, e não o valor da condenação.⁵¹

Também é possível falar em interpretação sistemática da decisão judicial,⁵² a fim de que as palavras utilizadas em uma passagem do pronunciamento com um claro significado sejam lidas, em outra passagem, com o mesmo significado. Se em um ponto da sentença menciona-se extinção do contrato de trabalho com a nítida referência a dispensa sem justa causa, não cabe pretender interpretar a expressão, que reaparece em outro ponto do julgado, como se indicasse pedido de demissão. Mais ainda, a sentença toda deve ser examinada em seu conjunto, como teve oportunidade de assinalar o Superior Tribunal de Justiça, em aresto com a seguinte ementa: “Processo civil. Liquidação. Interpretação da decisão liquidanda. Análise do respectivo contexto. Art. 610, CPC. Recurso não conhecido. A elaboração de conta em sede de liquidação deve-se fazer em estrita consonância com o decidido na fase cognitiva, para o que se impõe averiguar o sentido lógico da decisão liquidanda, por meio de análise integrada de seu conjunto, afigurando-se despropositado o apego a interpretação literal de período gramatical isolado que conflita com o contexto de referida decisão.”⁵³ É também nessa linha a jurisprudência dos tribunais norte-americanos. A Corte de Apelação da Califórnia, ao defrontar-se com a necessidade de interpretar decisão tomada em caso de família, para resolver se haveria ou não como reexaminar o julgamento, pôs em evidência: “*The true measure of an order...is not an isolated phrase appearing therein, but its effect when considered as a whole.*”⁵⁴

Mas não se deve pensar, por conta do exposto até aqui, que os critérios para a interpretação das decisões judiciais confundam-se ou identifiquem-se perfeitamente com os aplicáveis à interpretação das leis.

⁵⁰Blackstone's commentaries, Philadelphia, William Young Birch, 1803, § 60.

⁵¹Mais uma vez a decisão é do Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “Execução. Título judicial. Excesso. Inocorrência. Interpretação da expressão “valor da causa”. “Não há qualquer excesso na execução de título executivo judicial que faz incidir os 10% sobre o valor da causa, conforme recomendado nos votos que constituem o Julgado, pois, quando se utiliza dessa expressão, refere-se ao valor que foi atribuído a ela e não impugnado, o que nada tem a ver com valor da condenação.” (Trib. Alçada de MG – 5ª Câm. Cív., Apelação Cível nº 387.782-5, Rel. Juiz Francisco Kupidowski, julg. em 27.03.2003 in DJ de 09.04.2003).

⁵²Santos, José Aparecido dos. **Cálculos de liquidação trabalhista**. cit., p. 51/52.

⁵³STJ – 4ª T., REsp. n. 44.465/PE, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 12.04.94 in DJU de 23.05.94 p. 12.616.

⁵⁴Roraback v. Roraback, 38 Cal.App.2d 592, processo n. 6.375, decisão de 24 de abril de 1940.

Não é assim, como reconhece a doutrina.⁵⁵ Há peculiaridades importantes, a serem mais adiante realçadas.

Tampouco se aplicam sem restrições, na interpretação das decisões judiciais, os critérios relativos à interpretação dos negócios jurídicos em geral.⁵⁶ Como bem enfatizado em acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, “a sentença não se confunde com o negócio jurídico, nem...se pode considerar a sentença um simples acto jurídico de natureza privada. A sentença é um acto de autoridade pública, de natureza soberana, porque emanada de tribunal.”⁵⁷ É excessivo dizer, como fez o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que “as decisões judiciais constituem actos jurídicos a que se aplicam, por analogia, as normas que regem os negócios jurídicos.”⁵⁸ Não está em causa interpretação de uma vontade,⁵⁹ a vontade do juiz. O que importa é a decisão tomada. Quando muito se poderia falar em vontade do Estado, plasmada, porém, na própria sentença.⁶⁰ Daí logo se tiram três primeiras observações importantes.

Em primeiro lugar, de pouca valia mostram-se, na interpretação das decisões judiciais, as disposições dos arts. 113, 114 e 423, do Código Civil. Não há, por exemplo, pensar-se na sentença como ato benéfico, a fim de interpretá-la de modo restritivo. Tampouco faz sentido pretender equiparar o réu ao aderente, em contrato de adesão, para interpretar, em seu favor, as disposições ambíguas do julgado.⁶¹

Em segundo lugar, não tem o prolator da decisão autoridade suplementar ou privilegiada para interpretá-la. É erro grave dizer, como já se viu, que “somente o juiz que prolatou a sentença tem o conhecimento da omissão, a fim de preencher o claro existente; somente ele sabe

⁵⁵SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1981. n. 123, p. 228, e PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao código de processo civil**. cit., v.2I, p. 326.

⁵⁶SATTA, Salvatore. Op. cit. ; PONTES DE MIRANDA. Op.cit.

⁵⁷Processo n. 159/1997.C1, Rel. Virgílio Mateus, decisão de 08/05/2007. A equiparação feita por Black à sentença como quase contrato, por não ser possível tratá-la como delito (*A treatise on the law of judgments*, St. Paul, West Publishing, 1891, volume I, § 11, p. 17), é de todo em todo injustificável. Há atos jurídicos que não são contratos ou delitos e tampouco quase contratos.

⁵⁸Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n. 06A4449, Rel. Alves Velho, Ac. de 22.03.2007. Em termos muito próximos, o Supremo Tribunal Administrativo de Portugal também assinalou: “A sentença judicial, como acto jurídico que é, está sujeita a interpretação, valendo nesse domínio, por força do disposto no art. 295º C. Civil, os critérios de interpretação dos negócios jurídicos.” (Processo n. 035319ª, Relator Políbio Henriques, julgamento de 11/10/2006)

⁵⁹NASI, Antonio. **Interpretazione della sentenza**. cit., *passim*.

⁶⁰É nesse sentido que se deve entender a afirmação de Alfredo Buzaid, na seguinte decisão: “O juiz, enquanto razão, não representa o Estado; representa-o, enquanto lhe afirma a vontade. As razões de decidir preparam, em operação lógica, a conclusão a que vai chegar o juiz no ato de declarar a vontade da lei” (STF – 1ª T., RE-ED n. 94.530/BA, Rel. Min. Alfredo Buzaid, julg. em 21.05.82 in DJU de 06.08.82, p. 7.350).

⁶¹PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao código de processo civil**. cit., v. 2, p. 326.

da incoerência de sua decisão, afastando a contradição existente nas proposições.”⁶² A decisão é o que nela se contém, não o que o juiz, como pessoa, gostaria que nela estivesse ou pretendeu nela inserir. Importa mais o elemento objetivo da decisão do que a subjetividade de seu prolator, pois, como anota Satta, *“la volontà del giudice non è altro che il suo giudizio, e questo è un fatto obiettivo che non si può identificare se non con elementi obiettivi, non con la ricostruzione de una volontà.”*⁶³

É fenômeno característico da declaração apartar-se, como lembra Betti, do pensamento, para adquirir *“espressione oggettiva, dotata di vita propria, percepibile e apprezzabile nel mondo sociale.”*⁶⁴ Em consequência – prossegue o autor – *“una volta che con la dichiarazione il pensiero, uscito da se stesso, è distaccato e diventato qualcosa di oggettivo, questo qualcosa, che è la dichiarazione, ha ormai nel mondo sociale un valore a se stante oggettivamente riconoscibile, che non dipende più dal pensiero dell’autore e fa la sua strada per conto proprio secondo le regole che governano ogni comunicazione espressiva fra gli uomini.”*⁶⁵ Mesmo na interpretação da lei, anota Radbruch, deve-se buscar “o sentido objetivamente válido dum preceito ou disposição jurídica”, não o “sentido que foi pensado pelo autor da lei.”⁶⁶ Afinal, arremata ainda Radbruch, “o Estado não nos fala através das declarações pessoais dos autores da lei, mas tão somente através da própria lei.”⁶⁷ Não é diferente no campo dos pronunciamentos judiciais. Como adverte Pontes de Miranda, no exame dos embargos de declaração, colocado o problema da interpretação da decisão, deve-se “mais atender ao declarado que ao querido.”⁶⁸ Colhe-se, na jurisprudência, interessante situação em que fica realçada a importância da distinção, no campo da interpretação da sentença, entre o querido e o declarado. Em ação de indenização, deferiu-se, por sentença proferida ao tempo em que vigorava o Código Civil de 1916, pensão até que os menores, favorecidos pelo pagamento, completassem 21 anos. Com a vigência do novo Código, reduzida a menoridade para 18 anos, pretendeu o devedor exonerar-se mais cedo do pagamento, sob o argumento de que teria o julgador pretendido limitá-lo à menoridade dos favorecidos. O pedido foi rejeitado, acertadamente. Se a intenção era limitar a pensão à menoridade, haveria de explicitar a circunstância, ainda que juntamente com a referência à idade vigente à época. Mencionada, porém, apenas a idade, a intenção

⁶²BAPTISTA, Sonia Márcia Hase de Almeida. **Dos embargos de declaração**. São Paulo: RT, 1993. p. 94.

⁶³SATTA, Salvatore. Op.cit. n. 123, p. 227.

⁶⁴BETTI. **Teoria generale del negozio giuridico**. Torino: UTET, 1943. n. 3, p. 11.

⁶⁵BETTI. Op.cit. n. 3, p. 12.

⁶⁶RADBRUCH. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 160.

⁶⁷RADBRUCH. Op.cit.

⁶⁸PONTES DE MIRANDA. Op.cit. v. 5, p. 335.

do julgador, não exteriorizada na decisão, não pode ser invocada para modificar o que ficou decidido.⁶⁹

Não há razão, portanto, para supor preferível a interpretação dada à decisão por seu próprio prolator e muito menos para imaginar que caiba apenas a ele fazer essa interpretação. É inaceitável a idéia proposta por José Alberto dos Reis, de que o juiz, no exercício da jurisdição quando do exame do pedido de esclarecimento de decisão judicial, na forma do antigo art. 670, do Código de Processo Civil de Portugal, correspondente ao atual art. 669,⁷⁰ possa “ouvir o juiz substituto (prolator da decisão cujo esclarecimento se busca) para, em seguida, decidir.”⁷¹ Igualmente criticável é a previsão do art. 475, do *Code de Procédure Civile* do Québec, que atribui ao próprio prolator da decisão a competência para completá-la em caso de omissão ou corrigi-la em caso de erro, admitindo a transferência da atividade ao tribunal apenas na hipótese de não estar mais o seu prolator no exercício da atividade ou se encontrar ausente ou impedido de agir, solução semelhante à do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que preconiza, no pedido de interpretação, a reunião do órgão, se possível, “*con la composición que tenía al dictar la sentencia respectiva*.”⁷² Insista-se: proferida a decisão, torna-se irrelevante a vontade pessoal de seu prolator. O pronunciamento adquire autonomia e vida própria e fica sujeito a ser interpretado – ou completado, se for o caso – por quem estiver incumbido de aplicá-lo, como já se assentou, com inegável propriedade, no campo dos embargos de declaração.⁷³ Fosse de

⁶⁹O acórdão, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem a seguinte ementa: “Interpretação do dispositivo da sentença que se refere a 21 anos de idade - Vigência do novo Código Civil reduzindo a maioridade civil - Interpretação restritiva em analogia aos casos amparados pela doutrina e jurisprudência estendendo a pensão além da maioridade civil. Ausência de menção do termo “maioridade civil” na sentença concessiva da pensão por prática de ato ilícito. - Pretendendo o devedor de pensão alimentícia decorrente de ato ilícito se exonerar de pensão para menores, ao argumento de que o dispositivo da sentença concessiva da pensão mencionava que esta deveria ser paga até que os menores tenham atingido 21 anos de idade e, com o advento do Novo Código Civil, reduzindo a maioridade para 18 anos, deve prevalecer interpretação restritiva, análoga ao entendimento da doutrina e jurisprudência, que estende o pensionamento em casos de responsabilidade civil por ato ilícito e direito de família além da maioridade civil, até mesmo diante da ausência de qualquer menção do termo “maioridade civil” na sentença concessiva da pensão por prática de ato ilícito” (TJ-MG, 9ª Câm. Cív., Ap. n. 2.000.00.480722-3/000, Rel. Des. Pedro Bernardes, julg. em 07.02.2006 in DJ de 01.04.2006).

⁷⁰“1. Pode qualquer das partes requerer no tribunal que proferiu a sentença: a) O esclarecimento de alguma obscuridade ou ambiguidade que ela contenha...”

⁷¹REIS, José Alberto dos. **Código de processo civil anotado**, Coimbra: Coimbra Ed., 1984. v. 5, p. 155.

⁷²Art. 59, n. 3, do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁷³AROCA, Juan Montero; RAMOS, Manuel Ortells; COLOMER, Juan-Luis Gómez. **Derecho jurisdiccional**. II, 1º, Barcelona: Bosch, 1989, p. 328, VESCOVI, Enrique. **Los recursos judiciales y demás medios impugnativos em Iberoamérica**. Buenos Aires: Depalma, 1988. p. 80; NERYJÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo**

outro modo, ficaria por resolver-se – e não haveria como resolver – o problema da competência para interpretar a decisão judicial cujo prolator aposentou-se ou faleceu.

Por fim, a conduta das partes é de pouco significado na interpretação da decisão. No campo dos negócios jurídicos, sua importância, explicitada em certos ordenamentos jurídicos⁷⁴ e enunciada pela doutrina,⁷⁵ é sem dúvida maior. Realmente, o comportamento das partes durante a execução do contrato e após tem grande valor para definir a abrangência das obrigações e dos direitos recíprocos. Como escreve Carvalho de Mendonça, “a observância do negócio jurídico é um dos meios denunciativos da interpretação autêntica da vontade das partes. Esclarece esta vontade[...]”⁷⁶ No processo, porém, o controle sobre o significado da decisão judicial escapa ao domínio das partes. É atribuição que compete ao juiz, por se tratar de matéria de interesse público. Em consequência, ainda que autor e réu concordem em atribuir à decisão judicial o significado “a”, comportando-se, no processo, de acordo com tal significado, ao juiz é dado interpretá-la no sentido “b”. Falha, também aqui, o critério interpretativo próprio dos negócios jurídicos.

7 ALGUNS OUTROS CRITÉRIOS PARA A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Entre os critérios peculiares da interpretação das decisões judiciais há um que emerge da forma como elas se estruturam e da presunção de coerência interna do texto. Isso permite enunciar o relevante papel hermenêutico, reconhecido e proclamado por doutrina assente⁷⁷ e pela jurisprudência,⁷⁸ da fundamentação. Se nela se esclarece a obscuridade

civil comentado. São Paulo: RT, 1999. p. 1.050. Em jurisprudência: “Afastado o juiz que tenha proferido a sentença, por qualquer dos motivos previstos no art. 132, CPC, desvincula-se ele do feito, sendo competente para julgar os embargos de declaração opostos contra essa sentença o magistrado que assumiu a Vara”(STJ –4ª T., Resp n. 198.767/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 02.12.99 in DJU de 08.03.00, p. 122).

⁷⁴Dispõe o art. 1.362, do Código Civil italiano: “Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto”.

⁷⁵A esse critério já aludiam Aubry e Rau no Cours de droit civil français, Paris, Éditions techniques, s. d. p. (sixième édition), tome quatrième, § 347, p. 484/485. Na doutrina norte-americana, sob a denominação de “practical construction”, cf., por exemplo, Edwin W. Patterson, The interpretation and construction of contracts em Columbia Law Revue, vol. 64, p. 844 e segs.

⁷⁶CARVALHO DE MENDONÇA. **Tratado de Direito comercial brasileiro.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1934. v. 6, parte I, n. 234, p. 213.

⁷⁷VIDAL NETO, Pedro. **Estudo sobre a interpretação e aplicação do direito do trabalho.** São Paulo: 1985, p. 184. (Tese).

⁷⁸“Para interpretar uma sentença, não basta a leitura de seu dispositivo. O dispositivo deve

existente no dispositivo, interpreta-se a decisão de acordo com a fundamentação.⁷⁹ Por isso assinala a doutrina que os motivos da decisão, conquanto não transitem em julgado, “*possono servire al chiarimento e perciò alla estensione o alla limitazione del dispositivo.*”⁸⁰ Como assinalou o juiz Verdross, em acórdão da Corte Européia de Direitos Humanos, proferido em 23 de junho de 1973, “*...le dispositif d’un arrêt doit toujours s’interpréter en relation avec les motifs...un dispositif ne peut s’apprécier indépendamment des motifs qui l’accompagnent*”⁸¹. É compreensível, porque “*an author must be supposed to be consistent with himself; and therefore, if in one place, he has expressed his mind clearly, it ought to be presumed that he is still of the same mind in another place, unless it clearly appears that he has changed.*”⁸²

Em decisões colegiadas, os debates, que integram a fundamentação,

sintegrado (sic) com a fundamentação, que lhe dá o sentido e o alcance.” (STJ – 3ª T., REsp n. 818.614, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 26.10.2006 in DJU de 20.11.2006, p 309). Também assim a decisão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso: “Critério de interpretação da sentença - Leitura do dispositivo em conformidade com o contido na fundamentação e no pedido formulado no processo - Recurso conhecido e provido. A parte conclusiva do acórdão deve ser analisada de acordo com a fundamentação nele contida. Se na fundamentação existia determinação expressa, ela deve ser cumprida mesmo se ausente na parte dispositiva, sobremaneira quando o erro técnico ainda pode ser sanado em instância superior.” (TJ-MT, 2ª Câm. Cív., Proc. n. 24326/2007, Rel. Des. A. Bitar Filho in DJ de 25.10.2007). Na jurisprudência trabalhista: “Execução. Liquidação de sentença. Critérios. A liquidação de sentença, em face de critério constante da fundamentação e omitido no dispositivo, alusivamente a determinada parcela da condenação, não impede e não dispensa a interpretação sistemática do decidido de acordo com os limites da litiscontestação e, também, com os fatos demonstrados pelo conjunto da prova produzida.” (TRT – 4ª Reg., 4ª T., Ac. n. 0087-1999-511-04-40-1, Rel. Juiz Fernando Luiz de Moura Cassal julg. em 13.09.2007 in DJ de 25/09/2007). Na jurisprudência portuguesa há o seguinte precedente do Supremo Tribunal Administrativo, em que sublinhada a importância de considerar-se, na interpretação da decisão, a sua fundamentação: “A interpretação da sentença...exige que se tomem em consideração a fundamentação e a parte decisória” (Processo n. 035319ª, Relator Políbio Henriques, julgamento de 11/10/2006).

⁷⁹SATTA, Salvatore. Op. cit. n. 123, p. 228.

⁸⁰CARNELUTTI. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1930, volume quarto, n. 383, p. 432/433. No mesmo sentido, na doutrina francesa, Colin e Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, Paris, Dalloz, 1953, tome deuxième, n. 791, p. 528. Em jurisprudência, restringindo o teor aparentemente mais amplo do dispositivo, ante o seu caráter dúbio: “Apesar da dubiedade da parte dispositiva da sentença singular, que se refere às arras mais o dobro desse valor, a condenação foi estabelecida pelo juiz a quo, e confirmada pelo acórdão guerreado, na devolução das arras mais o seu equivalente, acrescidos dos consectários legais.” (JC – Ceará, 1ª Câm. Cív., ED n. 2000.0134.1319-9/2, Rel. Des. Ernani Barreira Porto, julg. em 29/10/2007).

⁸¹Affaire Ringeisen C. Autriche - Interpretation. Ainda sobre o ponto, no plano do direito internacional, cf. SANCHEZ, Pablo Antonio Fernandez. **L’*autorité de la chose jugée dans les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme em Judicial protection of human rights at the national and international level.*** Milano: Giuffrè, 1991. v. 2, p. 595.

⁸²MAXWELL apud BLACK, Henry Campbell. **Handbook on the Construction and Interpretation of the Laws.** § 42, p. 119.

também servem como parâmetro interpretativo. Nem eventuais votos vencidos deixam de ter importância. Indicam, quando menos, como não se pretendeu decidir. Havendo dúvida sobre se a decisão deve ser interpretada no sentido “a” ou no sentido “b”, se o voto vencido claramente optava pelo último sentido, o fato de não ter prevalecido é indicativo de que se deve preferir o outro.

Se a fundamentação ou os motivos têm grande peso na interpretação da decisão, o mesmo não se pode dizer da ementa de acórdãos. Não é ela irrelevante. Não é, contudo, muito significativa. Embora deva obrigatoriamente figurar em todo acórdão (CPC, art. 563), destina-se apenas a facilitar a divulgação da jurisprudência. Nem integra a decisão, já que não é submetida a votação. Como disse acertadamente o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em antigo julgado, “ementa não é parte integrante do acórdão.”⁸³ Escasso o seu valor interpretativo, portanto.

Importa assinalar, como outro critério interpretativo, a presunção de não se haver decidido contra a lei.⁸⁴ Busca-se, na interpretação da decisão judicial, solução que esteja mais em harmonia com o direito vigente. Nessa linha, decidiu a Corte de Cassação francesa que, para determinar o termo inicial da correção de aluguel, é correto tomar por base as disposições legais em que se funda a decisão interpretada.⁸⁵ No Brasil, em caso envolvendo discussão sobre honorários advocatícios, o Superior Tribunal de Justiça sublinhou a necessidade de interpretar-se dispositivo pouco claro do julgado de maneira a afastar solução que implicasse ofensa à regra do art. 20, do CPC.⁸⁶ É natural. Se *iura notiv curia*, é também de supor tenha sido a decisão tomada em conformidade com a lei. Desse enunciado extraem-se vários desdobramentos, que servem como parâmetro na interpretação das decisões judiciais.

Em primeiro lugar, cabe evitar entendimento que leve a julgamento *extra, ultra* ou *citra petita*,⁸⁷ o qual seria, no fundo, contrário ao direito

⁸³Trib. de Apelação do Distrito Federal, Câmaras Reunidas, Proc. Re. de Rev. n. 288, Rel. Des. Rocha Lagoa in Revista Forense, v. 94, p. 288.

⁸⁴SATTA, Salvatore. Op.cit., n. 123, p. 228.

⁸⁵2ª Câmara Civil, decisão de 27 de junho de 1990 in Nouveau Code de Procédure Civil, Paris, Dalloz, 2005, p. 280.

⁸⁶Trata-se de acórdão com a seguinte ementa: “Havendo dúvida razoável quanto à correta interpretação do dispositivo da decisão judicial que fixou os honorários advocatícios devidos pela Fazenda Estadual sucumbente na ação anulatória de débito fiscal e nos embargos à execução fiscal, julgados simultaneamente, em hipótese que poderia, efetivamente, levar a entendimentos em sentidos opostos, há que se afastar a tese de violação do art. 20 do CPC, principalmente se também razoável tenha sido a interpretação adotada pelo Tribunal recorrido.” (STJ – 2ª T., REsp n. 707.812, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. em 06.12.2005 in DJU de 01.02.2006, p. 493).

⁸⁷PONTES DE MIRANDA, **Comentários ao Código de Processo Civil** cit., 1947, vol. 2, p. 327, DENTI, Vittorio L **interpretazione della sentenza civile** cit. p. 88, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, São Paulo: Malheiros, 2002, vol. 3, n. 1.230,

posto: *ne eat iudex ultra petita partium*. Procura-se interpretar a decisão, portanto, de modo que fique ela em “*armonica correlazione con la domanda giudiziale*.”⁸⁸ Aplicando tal diretriz, resolveu o Superior Tribunal de Justiça: “Havendo dúvidas na interpretação do dispositivo da sentença, deve-se preferir a que seja mais conforme à fundamentação e aos limites da lide, em conformidade com o pedido formulado no processo. Não há sentido em se interpretar que foi proferida sentença *ultra* ou *extra petita*, se é possível, sem desvirtuar seu conteúdo, interpretá-la em conformidade com os limites do pedido inicial.”⁸⁹

Justifica-se a proposição na medida em que, se a sentença é uma resposta ao pedido, como se costuma dizer em doutrina,⁹⁰ certamente facilita a compreensão da resposta o exame do que foi perguntado. Aliás, a própria fundamentação pode ser esclarecida pelos termos do pedido.⁹¹ Como anota Carnelutti, “*in quanto il testo della sentenza permetta il dubbio, il tenore delle domanda assume efficacia decisiva*.”⁹² A resposta “sim” (correspondente à parte dispositiva da decisão), isoladamente considerada, nada significa. Conjugada com a pergunta feita (pedido deduzido no processo), adquire significado mais preciso. Pode-se mesmo ir além, para utilizar, na interpretação do julgado, todo o debate realizado no processo, como fez o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão com a seguinte ementa: “Embargos à execução. Necessidade de interpretação da sentença, em face de sua ambigüidade. Trabalho hermenêutico que deverá levar em conta a demanda, a parte dispositiva e a discussão judicial travada no processo de conhecimento.”⁹³

Em segundo lugar, tendo em conta o parágrafo único, do art. 460, do CPC, prefere-se interpretação que leve a decisão certa àquela que conduza a resultado impreciso ou deixe a controvérsia por decidir. Nas palavras de Pontes de Miranda, “nunca se interpreta, na dúvida, como

p. 680.

⁸⁸BETTI, Emilio. Op.cit., p. 266. Também assim, na doutrina nacional, SANTOS, José Aparecido dos. **Cálculos de liquidação trabalhista** cit., p. 65.

⁸⁹STJ – 3ª T., REsp n. 818.614, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 26.10.2006 in DJU de 20.11.2006, p 309.

⁹⁰COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Desalma, 1958. n. 184, p. 293.

⁹¹NASI, Antonio. Op.cit., p. 304.

⁹²CARNELUTTI. Op. cit., v. 4, n. 383, p. 431, e, ainda, DENTI, Vittorio. **L'interpretazione della sentenza civile**. p. 88.

⁹³TJ-RS, 6ª Câm. Cív., Ap. Cív. n. 70003139946, Rel. Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julg. em 04.06.2003. Em termos semelhantes: “Consoante entendimento doutrinário, a interpretação dos julgados... exige ir além das palavras utilizadas pelo julgador, para alcançar efetivamente a vontade declarada, que haverá de harmonizar-se com o objeto do processo e com as questões que a seu respeito as partes suscitaram na fase de postulação.” (TJ-ES, 2ª Câm. Cív., Proc. n. 048.00.006619-0, Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, julg. em : 05/06/2007 in DJ de 12/07/2007).

deixando a fórmula ou regra ou decisão *in futurum iudicium*: interpreta-se como 'tendo decidido' ".⁹⁴

Em terceiro lugar, apresentados pedidos cumulados sucessivamente (CPC, art. 289), acolhido o principal, interpreta-se como rejeitado o seguinte, já que não é lícito ao juiz examiná-lo.⁹⁵ Se, ao contrário, é claro e indubitado o acolhimento do pedido formulado sucessivamente, entende-se repellido o pedido principal.

Também se deve partir da premissa de que a decisão, se não dispôs de forma diversa, seguiu a diretriz dominante na jurisprudência. Não que tenham os precedentes força vinculante. Não é isso. O juiz sempre pode, com a restrita exceção da súmula vinculante – nos termos do art. 103-A, da Constituição –, decidir em desacordo com a jurisprudência dominante. A questão é outra, no entanto. Resume-se à idéia de que não se presume solução contrária ao que usualmente prevalece. Afinal, “na dúvida, segue-se a regra geral,”⁹⁶ pois o normal se presume, enquanto o extraordinário se demonstra ou se explicita. Por isso, se nada diz a sentença sobre o termo inicial para apuração da correção monetária, faz muito mais sentido admitir a incidência da Súmula 381, do Tribunal Superior do Trabalho, do que, sem nenhum elemento indicativo do contrário, pretender se tenha buscado aplicar parâmetro diverso. Bem a propósito, decidiu o Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “Liquidação - Execução de título judicial - Omissão quanto ao índice a ser aplicado na correção monetária - Utilização da tabela usada pela contadoria judicial. Não determinando a sentença qual o índice a ser utilizado na atualização monetária na liquidação do débito, deve ser utilizada a tabela normalmente utilizada pela Contadoria Judicial e recomendada pela Corregedoria de Justiça.”⁹⁷ Tome-se, ainda, o caso de sentença proferida por Vara do Trabalho da capital de Estado, em ação civil pública, omissa a respeito da abrangência territorial de sua eficácia. Não se resolvendo a dúvida pelo exame do pedido ou por outros aspectos da causa, como a natureza da controvérsia ou o problema a resolver com o processo, é de supor a aplicação dos parâmetros estabelecidos pela OJ-SDI I n. 130, do Tribunal Superior do Trabalho, para atribuir-lhe eficácia no âmbito do Estado e não eficácia nacional. Parâmetro diverso sempre pode ser adotado. Mas não é presumido.

A Corte Européia dos Direitos do Homem, por sua vez, ao interpretar

⁹⁴PONTES DE MIRANDA. Op. cit., v. 2, p. 327.

⁹⁵“Tratando-se de pedidos formulados em ordem sucessiva (art. 289 do CPC), podem eles ter fundamentos opostos. O segundo pedido somente será objeto de decisão na eventualidade da improcedência do primeiro” (STJ – 4ª T., REsp n. 34.371/SP, rel. Min. Barros Monteiro, julg. em 21.10.97 in DJU de 15.12.97 p. 66.414).

⁹⁶MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., n. 286, p. 234.

⁹⁷Trib. Alçada de MG – 1ª Câm. Cív., Apelação Cível nº 318.892-9, Rel. Juiz Vanessa Verdo-lim Hudson Andrade, julg. em 31.10.2000 in DJ de 18.11.2000.

decisão sua, proferida em julho de 1995, omissa a respeito da incidência de juros de mora em condenação imposta à França, condenação que não veio a ser paga pontualmente, concluiu não caber o acréscimo, exatamente porque *“la pratique consistant à prévoir le versement d'intérêts moratoires en cas de retard de paiement, la Cour ne l'a introduite qu'en janvier 1996”*. Daí tirou a Corte que, adicionar juros de mora à condenação, diante da prática vigente ao tempo em que proferida a decisão, seria modificar o julgamento, solução incabível no caso, a despeito da inadimplência verificada.⁹⁸

É a diretriz indicada acima – presunção de decisão em conformidade com a jurisprudência dominante – que explica a solução contida na Súmula 401, do Tribunal Superior do Trabalho,⁹⁹ muito mais do que o caráter de ordem pública dos descontos. Tanto assim que, se a sentença não explicita a proibição de descontos, mas facilmente se percebe haver sido ela estabelecida, pela indicação de um valor líquido para o reclamante em que não contempladas deduções, não há como, sem desrespeitar o julgado, determinar retenções, ainda que sejam elas impostas por norma de ordem pública.

Outro critério a mencionar decorre do princípio da conservação, inerente *“all'eszenza stessa dell'ordinamento giuridico,”*¹⁰⁰ segundo o qual *“ogni atto giuridico di significato ambiguo deve, nel dubbio, essere intenso nel suo massimo significato utile.”*¹⁰¹ Também a sentença, como ato jurídico que é, fica sujeita a esse princípio, o que já foi realçado pelo Supremo Tribunal Federal: “Não ofende a garantia constitucional da coisa julgada a decisão que, na execução trabalhista, dá interpretação razoável ao acórdão condenatório de modo a emprestar-lhe efeito útil, ao contrário da insanável contradição que resultaria do entendimento sustentado pela agravante.”¹⁰² Logo, entre duas interpretações possíveis da decisão, igualmente adequadas ao seu texto e em conformidade com os demais

⁹⁸ Corte Européia dos Direitos do Homem, caso Hentrich c. France (Interpretation), Processo nº13616/88, decisão de 3 de julho de 1997.

⁹⁹ “Os descontos previdenciários e fiscais devem ser efetuados pelo juízo executório, ainda que a sentença exequenda tenha sido omissa sobre a questão, dado o caráter de ordem pública ostentado pela norma que os disciplina. A ofensa à coisa julgada somente poderá ser caracterizada na hipótese de o título exequendo, expressamente, afastar a dedução dos valores a título de imposto de renda e de contribuição previdenciária”.

¹⁰⁰ GRASSETTI, Cesare. **Conservazione (Principio di) em Enciclopedia del Diritto**. Varese: Giuffrè, 1961. IX, p. 173.

¹⁰¹ GRASSETTI, Cesare. Op. cit., p. 174. De acordo com isso, estatui o Codice Civile italiano: “Art. 1367. Conservazione del contratto. Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno (1424).”

¹⁰² STF – 1ª T., AI-AgR 135.022/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 25.07.91 in DJU de 09.08.1991, p. 10.365. No mesmo sentido, cf. ainda, STJ – 3ª T., REsp n. 5.277/SC, Rel. Min. Nilson Naves in DJU de 26.11.90, p. 13.780.

cânones hermenêuticos, prefere-se aquela de que decorre alguma eficácia, em detrimento da que a priva de eficácia.¹⁰³

Desdobramento do enunciado anterior é a proposição segundo a qual se deve afastar significado de que resulte obrigação inexecutável ou comportamento impraticável.¹⁰⁴ Em termos gerais, “não se interpreta um texto de modo que resulte fato irrealizável.”¹⁰⁵ *ad impossibilia nemo tenetur*. O mesmo vale para as decisões judiciais. Se, em ação proposta por sindicato, a sentença proferida em detrimento do empregador proíbe a extinção de contratos de trabalho de seus empregados, sob cominação de multa, sem fazer referência, porém, apenas a dispensa sem justa causa, não se deve supor exigível a sanção caso tenha havido, em condições perfeitamente normais, mero pedido de demissão. Afinal, não pode o empregador impedir que o próprio empregado tome a iniciativa de extinguir o contrato de trabalho.

Dizer, como faz Pontes de Miranda, que a sentença deve ser interpretada sempre de modo estrito¹⁰⁶ é já conclusão bastante questionável. É certo que não se executa nem se exige o cumprimento do que na sentença não se contém, ainda que, segundo o direito positivo, nela devesse figurar. Se os honorários advocatícios não foram deferidos, não podem ser cobrados.¹⁰⁷ De idêntico modo, se não foi concedida a multa

¹⁰³Referência passageira à adoção do critério do *effet utile*, inclusive na atividade de interpretação das decisões judiciais, encontra-se no voto vencido do juiz Caçado Trindade, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferido no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Peru*, sentença de 30 de novembro de 2007, verbis: “El ejercicio del control de convencionalidad...de un tratado de derechos humanos como la Convención Americana puede en mucho contribuir a asegurar que esta última genere sus efectos propios (*effet utile*) en el derecho interno de los Estados Partes. Es este un punto que no puede pasar desapercibido de la Corte Interamericana, y que integra la aclaración de debería la Corte haber dado al punto 7(a) de la demanda de Interpretación de Sentencia presentada por los peticionarios en el presente caso de los Trabajadores Cesados del Congreso” (n. 45).

¹⁰⁴SANTOS, José Aparecido dos. Op. cit., p. 61.

¹⁰⁵MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit. n. 313-B, p. 259.

¹⁰⁶PONTES DE MIRANDA. Op. cit., v. 2, p. 327. Na jurisprudência, acolhendo a proposição: “Interpretação de decisões exequêndas. Critérios...Há leis que têm de ser interpretadas de modo estrito, e outras não. As sentenças devem, sempre, ser interpretadas de modo estrito. Manuel Mendes de Castro (*Practica Lusitana*, III, 147) entalhou a regra, que é a primeira do método de interpretação das sentenças e merece toda a atenção: *Sententia est stricti iuris et stricto modo intelligi debet...*” (Pontes de Miranda). Na espécie, verifica-se que a condenação atine apenas às diferenças de adicional de horas extras, por ter considerado o reclamante comissionista puro e por haver ausência de remuneração integral dessa parcela, de acordo com os documentos dos autos. Sob pena de ofensa à coisa julgada, não cabe a dedução das horas extras pagas espontaneamente pelo empregador, pois não cuidou a sentença exequênda de condenar o executado ao pagamento dessa parcela, mas, tão-somente, diferenças sobre os adicionais.” (TRT – 23ª Reg., AP n. 0730/2000, Rel. Juiz Roberto Benatar, Ac. n. 1.877/2000, julg. em 15.08.2000).

¹⁰⁷“Liquidação de sentença. Honorários advocatícios. I - Ação de reparação de dano decorrente de ato ilícito. Não tendo havido condenação em honorários advocatícios no proces-

de 40% do FGTS, não se pode executar a parcela, mesmo sendo em tese devida, pelo reconhecimento, por exemplo, da dispensa sem justa causa. Por fim, deferidas horas extras, mas não concedidos reflexos em títulos decorrentes do contrato, não se pode ampliar a condenação quando de sua liquidação, para incluir esses reflexos. Não importa – insista-se – a exigibilidade da parcela segundo o direito positivo. O que se executa não é o que a lei, em tese, atribui à parte, mas o que a sentença concretamente deferiu. Mas do exposto não se tira regra de interpretação necessariamente restritiva de julgados. Melhor é dizer que a sentença deve ser executada ou cumprida conforme os seus termos, “sem ampliações ou restrições,”¹⁰⁸ ou, em outras palavras, que deve ser executada “como soa.”¹⁰⁹ Quando muito, se a sentença remete ao pedido, este último há de ser interpretado segundo o critério do art. 293, do CPC. Mas a restrição resulta, no caso, não da sentença, mas do pedido.¹¹⁰

Nem existe motivo, ademais, para dar-se sempre prevalência à interpretação mais favorável ao executado. A máxima segundo a qual se adota, na dúvida, solução mais benigna ao devedor, válida, talvez, no plano do direito material,¹¹¹ não tem pertinência na hipótese de interpretação de decisões judiciais, ao contrário do que já foi sugerido.¹¹² Se na decisão, por exemplo, determinado número é mencionado em algarismos e por extenso, não havendo outros elementos que indiquem qual o correto, não tem de prevalecer necessariamente o que seja mais benéfico ao executado. Mais acertada é a aplicação do critério preconizado pelo art. 12, da Lei nº 7.357, a fim de se considerar o número indicado por extenso.¹¹³ Qual a razão? É mais fácil errar na grafia do número em algarismos do que ao lançá-lo por extenso. Daí a pertinência da regra, concebida para disciplinar matéria cambiária, também no campo da interpretação das decisões judiciais.

O que se pode sim adotar como critério hermenêutico de decisões

so de conhecimento, impossível incluir-se, quando da liquidação da sentença, a verba honorária no montante indenizatório. II - art. 20 do Código de Processo Civil, inviolado.” (STJ – 4ª T., REsp. n. 2.043/RJ, Rel. Min. Fontes de Alencar, julg. em 06.03.90 in DJU de 09.04.90 p. 2.747).

¹⁰⁸ TRT - 15ª Reg., SE, Ac. nº 011080/95, Rel. Juiz Castro Touron in DJSP de 03.07.95, p. 103.

¹⁰⁹ Trib. Justiça do Rio de Janeiro, 2ª Câmara, Ap n. 90.687, Rel. Des. Euclides Felix de Souza in Alexandre de Paula, Código de Processo Civil anotado, São Paulo, RT, 1977, vol. III, p. 142.

¹¹⁰ A propósito, DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., v.3, n. 1.230, p. 680.

¹¹¹ MAXIMILIANO, Carlos. Op. cit., n. 435, p. 352, e MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. Op. cit., n. 236, p. 213.

¹¹² FRAGA, Afonso. **Theoria e pratica na execução das sentenças**. São Paulo: C. Teixeira, 1922. p. 54/55.

¹¹³ Trata-se da lei que disciplina o cheque e preceitua, no art. 12, ao regular a hipótese de contradição entre os valores inscritos no documento: “Feita a indicação da quantia em algarismos e por extenso, prevalece esta no caso de divergência...”

judiciais, inclusive em matéria trabalhista, é a máxima *in dubio pro libertate*, para que não se imponha restrição à liberdade de outrem se não existe previsão clara no pronunciamento judicial. De acordo com isso o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu: “Se a sentença condenatória, em conformidade com a alta pena imposta, emergente de crime de latrocínio, fixou o regime fechado, porém sem qualquer alusão à Lei nº 8.072 ou à inviabilidade de progressão, não há como, em sede de execução, interpretá-la contra o apenado, nela se vendo o que não foi disposto.”¹¹⁴

Diversamente, a máxima *in dubio pro misero* ou *in dubio pro operario*, sempre lembrada pela doutrina trabalhista,¹¹⁵ nada indica tenha sido acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, muito menos como critério hermenêutico¹¹⁶. No direito positivo nacional não se encontra previsão como a existente em vários outros sistemas jurídicos, em que preconizada a interpretação da lei, nos casos duvidosos, no sentido mais favorável ao trabalhador¹¹⁷. A regra existente no ordenamento brasileiro é outra e corresponde ao art. 8º, da CLT. Não há, pois, campo para invocar a máxima na interpretação das decisões judiciais, mesmo quando proferidas em processos trabalhistas, em litígios entre empregados e empregados¹¹⁸.

¹¹⁴ TJ-RS – 7ª Câmara. Crim., Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, Agravo em execução n. 70009778747, julg. em 11/11/2004. No mesmo sentido: “Sentença condenatória. Dispositivo. Coisa julgada. Interpretação mais favorável ao réu. Exclusão das causas de aumento. Redução da pena. Regime menos gravoso. Decisão mantida.” (TJ – Ceará, Proc. n. 2003.0003.6011-8/0, Rel. Des. José Eduardo Machado de Almeida, julg. em 21.10.2003).

¹¹⁵ Cf., por todos, RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 107 e segs.

¹¹⁶ Nesse sentido, negando valor, como critério hermenêutico, à máxima *in dubio pro operario*, Alípio Silveira, *O fator político-social na interpretação das leis*, São Paulo, Tipografia Paulista, 1946, p. 132 e seguintes.

¹¹⁷ Por exemplo: Constituição da Venezuela, de 2000, art. 89, n. 3: “Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora.”; Lei Federal do Trabalho do México, art. 18: “En la interpretación de las normas de trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2o. y 3o. En caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador.”; Código do Trabalho de El Salvador, Art. 13: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas legales de trabajo, prevalecerá la más favorable al trabajador; entendiéndose por tal, aquella que considerada en su totalidad le otorgue mayores beneficios.”; Código Substantivo do Trabalho da Colômbia, art. 21: “Normas más favorables. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador.”; Lei do Contrato de Trabalho argentina, art. 9º: “En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”.

¹¹⁸ No mesmo sentido, COQUELHO Costa, **Direito processual do trabalho**, Rio de Janeiro, Forense, 1984, n. 385, p. 383.

8 CONCLUSÃO

O problema da interpretação das decisões judiciais, embora revestido de grande importância prática, tem sido pouco considerado pela doutrina e mesmo pelo direito positivo. Os critérios aplicáveis não são idênticos aos que incidem em matéria de interpretação legal ou de atos negociais. Existem peculiaridades, que devem ser consideradas, como, entre outras, a importância da fundamentação na compreensão do dispositivo ou a presunção de julgamento em conformidade com a lei e mesmo com a jurisprudência dominante. Já a máxima *in dubio pro misero* ou *in dubio pro operario* não constitui indicativo de como devem ser interpretadas as decisões em processos trabalhistas.

EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL ANTE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ESPECIAL REFERENCIA A LAS ÚLTIMAS REFORMAS

Marta del Pozo Pérez*

“De lo que tengo miedo es de tu miedo.”
W. Shakespeare

1 SITUACIÓN FÁCTICA ANTERIOR A LA REFORMA

Indudablemente, cuando el Legislador español se plantea diversas reformas de Derecho Procesal Penal, con la finalidad última y común de combatir y prevenir eficazmente la violencia de género,¹ dicha decisión responde a una necesidad real, existente en la sociedad, que hace necesario un cambio legislativo que busque alterar la situación fáctica existente antes de la reforma.

El conjunto de la ciudadanía española experimenta en su vida cotidiana el creciente y grave fenómeno de la violencia de género,² recibe la noticia de cifras demoledoras de muertes, hechos delictivos aterradores

* Doctora en Derecho. Profesora del Área de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca. Profesora de Derecho Procesal Penal del Centro de Formación de la Policía de Ávila. Miembro del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca.

¹ Es de todos conocido que en la nueva legislación española ha salido victorioso el término “violencia de género” a pesar de que la Real Academia Española elaboró un informe aprobado por el Pleno académico el día 13 de mayo de 2004, acerca del aspecto lingüístico de la denominación incluida en el Proyecto de Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, concluyendo en la conveniencia de sustituir dicha expresión por la de *Violencia doméstica o por razón de sexo* en el marco de la citada Ley Orgánica que nos ocupa. Comparto plenamente la apreciación de la Real Academia. Además deseo añadir que no me parece adecuada la expresión “de género”, para referirse a la violencia contra la mujer; entre otras cosas porque como en su día dijo LÁZARO CARRETER las palabras tiene género y las personas sexo. A lo largo de estas páginas utilizaré de modo indistinto el término violencia familiar y violencia doméstica para describir las conductas relacionadas con el maltrato tanto físico como psíquico que se producen en el ámbito de las relaciones intrafamiliares e íntimas de la persona y cuya víctima, en el caso concreto que nos ocupa, es una mujer, sin embargo considero que la denominación más correcta es la de “violencia familiar”, todo ello con fundamento en que dicha acepción resulta más amplia, que la de violencia doméstica. Si consultamos el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua el término “doméstico” se refiere a aquello “perteneciente o relativo a la casa u hogar”, con lo cual la denominación “violencia doméstica” sería de modo estricto aquella que tuviera lugar en el ámbito de la intimidad domiciliar, sin embargo la expresión “violencia familiar” se refiere a la que se produce en el seno de la familia no teniendo porqué desarrollarse en el domicilio, que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es aquel lugar donde se mora de forma fija y permanente.

² Para profundizar en toda esta materia desde el punto de vista procesal puede consultarse DEL POZO PÉREZ, M., *Violencia doméstica y juicio de faltas, Atelier, Barcelona, 2006*.

y escasa eficacia de la judicatura en la persecución de los presuntos autores. Se genera un sentimiento de impunidad en la sociedad que empieza a percibir que los mecanismos procesales no son eficaces ni en la prevención, ni en el tratamiento de la violencia de género, la sensación de inseguridad crece y los ciudadanos exigen a los poderes Ejecutivo y Legislativo que modifiquen las Leyes para intentar dar un vuelco a la grave y triste situación de violencia en el seno de las relaciones familiares cuya víctima principal y más frecuente son las mujeres.³

Sin duda es este clamor popular, en el sentido expresado, el que hace germinar en el Gobierno y el Parlamento españoles la semilla de las reformas procesales penales que ocupan nuestro artículo, pero la actitud ciudadana de presión hacia nuestros gobernantes es fruto de la conjunción de varios y complejos fenómenos fácticos de la realidad española a partir del año 2001. Analizaremos, brevemente, cada uno de ellos con la finalidad de tratar de entender qué realidad impulsa la reforma. Este análisis nos parece fundamental para poder comprender después y criticar, en su caso, el conjunto de la misma.

³ CEREZO GARCÍA-VERDUGO, P., "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.", *La Ley*, número 5871, miércoles, 15 de octubre, de 2003. www.laley.net, indica que: "Las causas que han dado lugar a la violencia familiar han sido fundamentadas en la desigualdad de géneros, propiciada por la ancestral distribución de papeles diferentes a hombres y a mujeres en la comunidad, que ha devenido en una preeminencia social de los primeros y una discriminación de ellas, y que se concretan, en muchos casos, en el consumo de alcohol y drogas, o en situaciones de estrés."

A.- ALTO NÚMERO DE MUERTES DE MUJERES⁴

MUJERES MUERTAS POR VIOLENCIA DE GÉNERO A MANOS DE PAREJA O EXPAREJA, SEGÚN RELACIÓN CON EL AUTOR. "PAREJAS EN CRISIS"

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
	19-jun								
PAREJA O EXPAREJA	54	63	50	54	71	72	58	68	36
Cónyuge	30	31	25	24	31	34	21	31	14
Excónyuge	2	4	2	2	4	5	3	4	3
Compañera Sentimental	13	13	16	19	18	14	11	15	12
Excompañera Sentimental	3	3	1	3	9	6	6	9	4
Novia	3	8	2	4	6	8	12	4	2
Exnovia	3	4	4	2	3	5	5	5	1
En Fase de Ruptura (1)	16	10	16	9	12	12	1	12	4
En Fase de Ruptura + Exparejas	24	21	23	16	28	28	15	30	12
% "En Ruptura" sobre total de muertes	44,44	33,33	46,00	29,63	39,44	38,89	25,86	44,12	33,33

Fuente: 1999 - 2005: Elaboración propia a partir de noticias de prensa y de datos del Ministerio del Interior. A partir de 2006, datos de la Delegación Especial de Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

Nota: Datos permanentemente actualizados

(1) Se incluyen aquellas parejas (cónyuges, compañeros sentimentales o novios) en las que se ha planteado la ruptura de la relación y aquellos matrimonios en los que todavía no han surtido los correspondientes efectos legales.

Por lo tanto, tal y como veremos posteriormente, con las reformas procesales penales el Legislador tratará de disminuir, en lo posible, la altísima cifra de fallecimientos de mujeres víctimas de la violencia doméstica o familiar, para ello, se buscará no solamente proteger a la mujer para que se encuentre más segura, evitando así agresiones, cada vez más graves que desembocan en homicidios o asesinatos, sino también potenciar la denuncia del presunto hecho punible desde el primer episodio de violencia. Esto último permitirá tomar una medida judicial inicial, rápida y contundente contra el presunto autor que evitará la comisión de hechos delictivos más graves, que además se demuestra que van aproximándose en el tiempo.

B.- IMPORTANTES RETRASOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA ESPAÑOLA

Nos referimos a los enormes retrasos en la Administración de Justicia o lo que es lo mismo a la existencia de dilaciones indebidas en el proceso penal español.

Es necesario puntualizar que las citadas dilaciones inciden no solamente en el conjunto del Derecho Procesal Penal, sino de manera decisiva y determinante en la concreta materia que nos ocupa, es decir en los ilícitos de violencia familiar, doméstica o de género.

⁴ Gráfico extraído del Instituto de la Mujer. www.mtas.es.

Para avalar y demostrar la afirmación que acabamos de hacer basta con consultar los interesantes datos que se desprenden de la Memoria Anual de reclamaciones presentadas por los ciudadanos españoles durante el año 2002.

Antes de continuar deseo aclarar que el dato que nos interesa, aunque parezca que es demasiado lejano en el tiempo, es precisamente el de este año, puesto que recordemos que estamos intentando describir la situación anterior a la reforma y que por tanto, precipitará ésta, por ello, y teniendo en cuenta que la Ley española de “juicios rápidos” se promulga a finales del año 2002, a pesar de que no entra en vigor hasta el 2003, el dato determinante en este momento es, precisamente, el que existe antes de su entrada en vigor.

El Consejo General del Poder Judicial- órgano de gobierno de los Jueces en España- indica que una de cada tres reclamaciones presentadas por los ciudadanos se refiere a los retrasos y dilaciones en el desarrollo de los procedimientos penales:⁵

A los alarmantes datos que acabamos de recoger hay que unir que el diagnóstico de situación que realiza la ciudadanía española respecto de la eficacia de la Justicia, al responder el cuestionario recogido en un Barómetro del año 2000⁶ que busca conocer qué imagen posee la justicia en el conjunto de la sociedad; es sencillamente desolador, lo que no hace sino agravar el problema que estamos analizando.

El 82% de los entrevistados considera que “*La Administración de Justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella*”. En cuanto a las posibles causas de tan crónica lentitud la ciudadanía tiene las ideas llamativamente claras, pese a que éste es un tema de no desdeñable complejidad técnica para el ciudadano medio, dos de cada tres de los encuestados atribuyen la causa a la vetustez de los procedimientos que la Justicia tiene que seguir.

El ciudadano, por tanto, exige al Legislador que modifique la legislación procesal penal para acabar con las citadas dilaciones indebidas y conseguir una justicia ágil, rápida y eficaz.

Antes de continuar es necesario indicar que la preocupación porque la Administración de Justicia tenga como dos de sus principios informadores la celeridad y la eficacia es una constante a lo largo de la

⁵ Vid. el siguiente documento, Consejo General del Poder Judicial. Unidad de atención al ciudadano. *Memoria anual reclamaciones año 2002. Memoria de las reclamaciones formuladas por los ciudadanos durante el año 2002 atendidas en Juzgados Decanos, Presidencias de Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia y en la Unidad de Atención al ciudadano del Consejo General del Poder Judicial*. Fuente, www.poderjudicial.es.

⁶ Vid. *La imagen de la Justicia en la sociedad española, Séptimo Barómetro de opinión*, Realizado para el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL por *Demoscopia S.A.*, bajo la dirección de José Juan Toharia.(Noviembre de 2000), p. 163 a 165, fuente www.poderjudicial.es

historia⁷ de nuestro país. Debido a ello se recoge de modo reiterado en los diversos textos constitucionales⁸ que existen en nuestra tradición histórica. Durante el siglo XIX todas y cada una de las diversas Constituciones atribuyen al Rey “cuidar de que en todo el reino se administrare pronta y cumplidamente la Justicia.”⁹

Incluso la propia Exposición de Motivos de la Ley Española de Enjuiciamiento Criminal de 1882, texto magnífico, por cierto, recoge este sentimiento cuando su redactor, Alonso Martínez, tras señalar la justicia tardía como un vicio crónico de nuestro sistema de enjuiciar afirma lo siguiente:

[...] sería temerario negar que aún bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho o más años, y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados; y aún podría añadirse para completar el cuadro que tan escandalosos procesos solían no ha mucho terminar por una absolución de la instancia, sin que nadie indemnizara en este caso a los procesados de las vejaciones sufridas en tan dilatado periodo, y lo que es más, dejándoles por todo el resto de su vida en situación incómoda y deshonrosa, bajo la amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento el día en que por malquerencia se prestaba a declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo.

Por todo lo expuesto, nuestro legislador se encuentra perturbado cuando observa que los procedimientos judiciales en general, pero aún

⁷ Es una tradición indicar que la tramitación de todo proceso penal no puede dilatarse de modo innecesario en el tiempo porque en palabras de GÓMEZ DE LA SERNA, P. ello podría “hacer que la pena perdiera en gran parte su ejemplaridad por la tardanza en el castigo y causar indebidas vejaciones al que gimiendo bajo el peso de una acusación, ya sea inocente, ya culpado, siempre tiene derecho a que no permanezca en incierto su suerte, más que por el tiempo absolutamente indispensable para juzgarlo.”, en *Prolegómenos del Derecho*, Librería Sánchez, Madrid, 1875, página 140.

Además, *vid.* COUTURE, E. J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Buenos Aires, 1945, p. 37 que señaló lo siguiente “en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas del triunfo. Quien no puede esperar se sabe de antemano derrotado.”

⁸ Llama la atención que incluso en obras clásicas de la literatura figuran preocupaciones por la celeridad de la justicia penal, por ejemplo Hamlet en su famoso monólogo pronunciado en el Castillo de Elsinor durante el tercer acto indicaba que las dilaciones de la justicia junto a las injusticias del opresor son una de las razones principales que pueden hacer que uno desemboque en el suicidio como consecuencia de que considere su vida odiosa, llevándole así a la locura.

⁹ *Vid.* Los artículos siguientes: Artículo 171 apartado segundo de la Constitución de Cádiz de 1812, artículo 47 apartado segundo de la de 1837, artículo 45 apartado segundo de la de 1845, artículo 73 apartado quinto de la de 1869 y por último, artículo 54 apartado segundo de la de 1876.

si cabe de manera más acusada y de modo particular los de naturaleza criminal, sufren una ya considerada como alarmante lentitud, con el consiguiente reflejo e incidencia en la lesión de verdaderos derechos fundamentales, por ello considerará imprescindible tratar de adoptar todas aquellas medidas que se reputen necesarias para poner freno a este denominado por algunos “mal endémico”¹⁰ de la Justicia española actual frente al cual, tal y como hemos demostrado en líneas precedentes, la ciudadanía se siente tremendamente preocupada, indefensa, frustrada y sin armas y argumentos con los que luchar para intentar paliar la situación.

Por tanto el desolador panorama de retraso que acabamos de describir es el que lleva a nuestros gobernantes a decidirse por unas modificaciones legislativas que traten de dotar a los procedimientos penales de mayor rapidez y agilidad, lo que se entiende que redundará en una eficacia creciente en la resolución de conflictos jurisdiccionales propios del Derecho Penal.

Pero ahondando en el problema de las dilaciones indebidas y circunscribiéndolo a la materia penal que nos interesa que no es otra que la violencia de género, descubrimos que para este tipo de ilícitos el retraso es aún más preocupante, lo que sorprende al justiciable.

Baste conocer datos como los siguientes: el tiempo medio, de acuerdo a los datos de diciembre de 2001, por lo tanto antes de las reformas, que es lo que nos interesa, que transcurre entre la denuncia por la víctima de la presunta comisión de una falta de violencia doméstica y su resolución por los Juzgados de Instrucción es de 158 días, llegando el porcentaje de absoluciones al 73%. Es decir, desde que una víctima, que en su mayoría será una mujer, se decide a denunciar, hasta que un órgano jurisdiccional resuelve el conflicto pasan más de cinco meses. A lo que hay que añadir que para los juicios de faltas, es decir para las conductas más leves, con las cuáles suelen empezar los episodios de violencia en una pareja, sólo se produce la condena en uno de cada cuatro supuestos.

En el caso de los delitos el lapso medio de tiempo que transcurre entre la presentación de la denuncia y la resolución del caso es de 497 días, es decir, casi un año y medio; sin embargo en este supuesto el porcentaje de absoluciones desciende hasta el 15 por ciento.¹¹

El retraso que acabamos de recoger es alarmante por sí mismo y tal y como hemos visto justificaría, por la presión ciudadana existente, una reforma legislativa para agilizar el proceso penal, pero en este tipo de

¹⁰SOTO NIETO, F., “Juicios rápidos. Salvaguarda de garantías”, *Diario La Ley*, de 20 de enero de 2003, p. 15.

¹¹*Informe sobre el tratamiento de la Violencia doméstica en la Administración de justicia, Volumen I*, encargado por el Consejo General del Poder Judicial al Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza publicado en Diciembre de 2001, pp. 143 y 144.

delitos de violencia de género se produce más consecuencias indeseables que derivan directamente de la dilación.

Los retrasos en la sustanciación de los procesos penales son generalmente aprovechados por los imputados para reiterar las conductas delictivas de maltrato que además se comprueba que cada vez son más graves, violentas y próximas en el tiempo.

Citado con anterioridad el alto porcentaje de absoluciones en la materia que nos ocupa las razones que podríamos apuntar para justificar esta altísima cifra son diversas; probablemente debido al excesivo lapso de tiempo que media entre la denuncia y la celebración del juicio oral la víctima no acude al mismo, con lo cual, nos encontramos con la indeseable consecuencia de que no existe prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

La decisión de no testificar se debe bien al miedo¹² que puede haberle infundido durante ese tiempo el presunto agresor o bien, aunque parezca increíble, pero, lamentablemente, es un supuesto frecuente, porque se ha producido el perdón de la mujer hacia su pareja o ex pareja y por lo tanto ya no le interesa seguir con el proceso penal.

Esta última situación es difícil de entender, parece inconcebible el poder olvidar una agresión, paliza, amenaza, insulto o vejación, pero hay que recordar una vez más que estos tipos delictivos son peculiares por las vinculaciones afectivas que existen entre agresor y agredida. Puede llegar a establecerse entre ambos una espiral autodestructiva de amor-odio realmente difícil de parar. Por lo que no hay que darle tiempo a la víctima para que se olvide, perdone o se reconcilie con su agresor ante la promesa de éste de no volver a hacerlo más.

Como resulta lógico, todo lo que acabamos de exponer lleva, una vez más, a que en la sociedad española se genere una impresión generalizada de aparente impunidad y de indefensión de la ciudadanía ante las conductas relacionadas con la violencia doméstica con víctima mujer; que perciben que los presuntos agresores de violencia de género reciben, en el mejor de los casos, demasiado tarde el castigo.

Es el conjunto de esta situación – según el ciudadano la justicia es lenta, obsoleta, vetusta, no funciona- la segunda razón que impulsa las reformas procesales penales que analizaremos después y que buscan en este caso concreto la consecución del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La modificación legislativa se justifica por el hecho de que dicha

¹²Vid. PÉREZ OLLEROS SÁNCHEZ BORDONA, F. J., “Cuestiones y respuestas sobre la Ley Orgánica de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley*, 13 de junio de 2005.p. 12: “La calidad nuclear de nuestra vida no se mide en kilómetros de carreteras o en cifras de sueldo. La calidad esencial de nuestra vida empieza por no tener miedo.”

garantía constitucional, recogida en el art.24.2 de la CE, exige que el proceso penal sea rápido, tenga una duración razonable y todo ello a fin de que entre otras cosas, por un lado, no se malogren los fines de prevención general y especial de la pena como consecuencia jurídica ante un ilícito, y que por otro, en la práctica no se vea frustrado el derecho a la tutela judicial de la víctima,¹³ que deseará una pronta reparación en lo referente al bien jurídico que le haya sido lesionado

Además habrá que añadir el propio interés del imputado que de encontrarse en una situación de prisión provisional, deseará, todo esto de modo objetivo, la pronta realización del juicio oral.

Para finalizar con este problema que exige una modificación del enjuiciamiento criminal, sería este el momento de invocar el viejo aforismo recogido ya desde antiguo,¹⁴ que aún está plenamente vigente, que indica que *una justicia tardía supone una denegación de justicia*. Por ello, el artículo. 24.2 de la Constitución Española consagra como derecho fundamental el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.¹⁵ El constituyente parte de que la tutela de los derechos puede convertirse en letra muerta si la misma se produce en el seno de un proceso que se dilate indefinidamente en el tiempo.

Además se evita el perdón o arrepentimiento que, recordamos, se consideraba el origen del amplio porcentaje de absoluciones en la materia, todo ello debido a la aceleración del proceso y acortamiento de tiempo y trámites a través de la reforma denominada coloquialmente de “juicios rápidos.”

C.- ESCASAS DENUNCIAS

Por último, hay que reseñar que en estos tipos delictivos relacionados con la violencia de género existe lo que se conoce como una amplia “cifra negra”, con este concepto nos referimos a que se sospecha que se produce una alta cifra delictiva real, pero, sin embargo, el número conocido de delitos es realmente bajo; esto es debido a que existen muy pocas denuncias.

Es decir, la agresiones, vejaciones, insultos, maltratos, palizas, golpes, producidos por las parejas o ex parejas masculinas hacia las mujeres con las que comparten o han compartido su vida son reales y

¹³Vid., GIMENO SENDRA, V., “Filosofía y principios de los “juicios rápidos””, *Diario La Ley* de 2 de diciembre de 2002, num. 5667 p. 2.

¹⁴Vid. MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, I, Madrid, 1856, pp. VIII-IX, y VICENTE CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico-filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1856, p.96.

¹⁵ Siguiendo los pasos del art. 6 CEDH y el 9.3 del PIDCP (derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable).

existen pero no salen a la luz, no traspasan las paredes del domicilio familiar, no se denuncian y por tanto no se investigan ni se castigan.

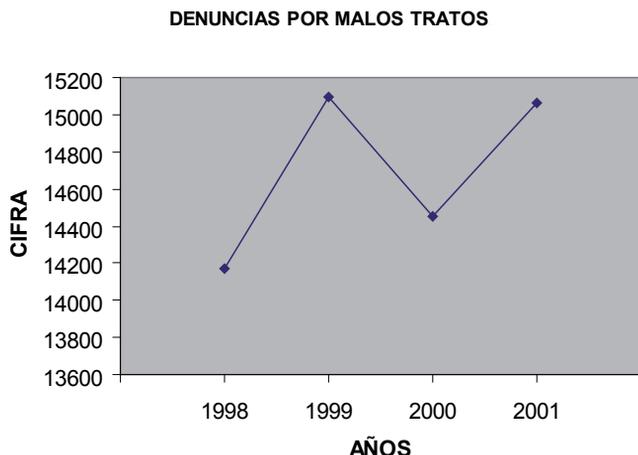
Cunado fallece una mujer a manos de su pareja o ex pareja resulta frecuente escuchar que no se tenía conocimiento de antecedentes de violencia de género esto hablando en términos oficiales, es decir, no existía constancia formal de que se hubiesen producido episodios violentos precedentes, pero, tristemente también es demasiado frecuente el tener que escuchar a familiares, amigos o vecinos de la víctima que relatan como ésta tenía miedo de su presunto asesino o ya había sido agredida con anterioridad sin haberse atrevido a denunciarlo en Comisaría.

Según los datos obtenidos del Instituto de la Mujer Español la media de tiempo que una mujer víctima de violencia de género tarda en denunciar es de 5 años; tenemos que tratar de conseguir que esta situación se modifique; lo ideal sería que la mujer presentase una denuncia ante la primera agresión, pero eso raras veces sucede, cuando la víctima se decide a salir de la espiral de violencia y vejaciones en la que se encuentra ha transcurrido un lapso de tiempo excesivo durante el cual las agresiones de género habrán sido frecuentes y cada vez más graves. Desgraciadamente, nadie sabe cuál es el detonante que impulsa a una mujer a denunciar.

Además, el Instituto de la Mujer pone de manifiesto que la cifra real mujeres maltratadas ascendía en 2002 a más de 2.000.000.¹⁶

¹⁶El citado organismo obtiene este dato mediante la realización a las mujeres de un cuestionario encubierto de maltrato, en el que no había que contestar expresamente a la cuestión de si eran maltratadas o vejadas; sin embargo, la existencia de dicha situación podía deducirse por determinados expertos del resto de respuestas combinadas a determinadas preguntas, se considera así que son víctimas del denominado maltrato técnico, por contra el maltrato declarado será el que corresponde a aquellas féminas que lo declaran abiertamente. La explicación de esta cuestión la realiza la Directora del Instituto de la Mujer en una comparecencia ante la Comisión Mixta de derechos de la mujer, cuando indica lo siguiente: “En cuanto a los tipos de maltrato —y es importante destacar esto—, se ha considerado el maltrato técnico y el declarado. Hay mujeres que confiesan que han sido maltratadas durante el último año, pero de todos es conocido que muchas veces las mujeres no reconocen que son maltratadas y no asumen esa declaración. Era importante conocer todo el espectro de la forma más amplia posible para poder determinar en qué medida existe el maltrato en España. Por ello, también se analizó el llamado maltrato técnico, el que sufren aquellas mujeres que no se consideran a sí mismas como maltratadas pero que son víctimas de determinados comportamientos considerados como indicativo de cierto grado de violencia por personas expertas. Por tanto, existe el maltrato A, el técnico, y el maltrato B, el declarado. Las preguntas que se les hicieron para determinar el maltrato técnico eran del siguiente tenor. ¿Le quita el dinero que usted gana o no le da lo suficiente para mantenerse?, ¿le insulta o amenaza y en ciertas ocasiones le produce miedo?, ¿cuando se enfada llega a empujarla o golpearla?, ¿no tiene en cuenta sus necesidades, le deja el peor sitio o la peor comida?, ¿insiste en tener relaciones sexuales, aunque sepa que usted no tiene ganas? Aquellas mujeres que respondían afirmativamente todas las preguntas o la mayoría de ellas se han considerado dentro del conjunto de mujeres maltratadas técnicamente.”. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales, Comisiones Mixtas, Comisión de los derechos de la Mujer*, 17 de diciembre de 2002, p. 2951.

La cifra citada choca frontalmente con el dato de denuncias. Veamos un gráfico que resume la comparativa de las existentes durante el periodo 1998-2001.¹⁷ En materia de violencia familiar o doméstica, es decir para cualquier clase de ésta más allá de la violencia de género, que recordemos que es la sufrida por la mujer cuando el presunto autor es su pareja o ex pareja.



Observamos que la cifra de denuncias más alta que se produce para el conjunto de estos tipos delictivos es de 15.000, dato que resulta ridículo puesto en relación con las cifras de maltrato real que barajan los expertos; acabamos de indicar que solamente por lo referente a la víctima mujer 2.000.000 de ellas son maltratadas.

El porcentaje de denuncias producido en el año 2001, justo antes de que empiecen a plantearse las reformas que vamos a estudiar no llega a representar ni el 1% de la cifra de mujeres maltratadas, a las que hay que unir los ancianos, hombres o niños. La cifra de denuncias representa la punta del iceberg¹⁸ del maltrato, la gran mayoría está escondido, oculto,

¹⁷ *Estadística de Criminalidad del año 2001*, p. 35.

¹⁸ En este mismo sentido se expresa la señora DELGADO GARCÍA cuando indica lo siguiente: “Yo recuerdo que hace escasamente unos años, cuando hablábamos del número de víctimas, siempre teníamos que hacer referencia a las denuncias, y a partir de ellas, había que intuir lo que había detrás. Se nos decía que se denunciaba sólo un 10 por ciento, con lo cual también decíamos siempre que estábamos ante la punta de un iceberg, y que debajo estaba el gran bloque. Con esta macroencuesta que usted nos ha presentado, y que es continuación de la que se realizó en 1999, podemos ya más o menos ir intuyendo y casi visualizando ese iceberg que antes nos quedaba oculto.”. Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes Generales, Comisiones Mixtas, Comisión de los derechos de la Mujer*, 17 de diciembre de 2002, p. 2960.

subyacente, y si no sale a la luz ni se puede investigar, ni por supuesto sancionar.

Sin duda, todo lo que acabamos de exponer, resulta sumamente revelador y ha servido para que la sociedad en su conjunto y los poderes públicos, con el Gobierno y el Legislativo a la cabeza, y con el consenso de todos los partidos políticos, se decidan a apostar por un plan que reforme de raíz las estructuras penales, procesales, judiciales, jurídicas y sociales que permita también tomar medidas preventivas que ayuden a que los supuestos iniciales de violencia doméstica no desemboquen en fallecimientos.

Nos referimos, por ejemplo, a medidas cautelares integrales que protejan a la víctima de manera eficaz; se trata de conseguir que la víctima de un caso de maltrato de género se sienta tutelada en todos los aspectos de su existencia, tanto protegida en su vida e integridad física y moral, como que sea consciente de que va a recibir protección asistencial y social.

El conjunto de reformas procesales penales que vamos a analizar, y que viene produciéndose desde el año 2002, busca generar un sentimiento de seguridad en la víctima, que se sentirá protegida a través de instrumentos específicos, como la orden de protección; víctima que confiará mucho más en la justicia, que será más rápida, ágil, eficaz y especializada, todo ello llevará a incrementar el número de mujeres que denuncian las presuntas vejaciones y maltratos.

En definitiva, de lo que se trata con estas soluciones legislativas es de que la víctima denuncie en mayor número de casos y lo haga porque pueda romper la extraña y compleja relación de amor-odio y dependencia, tanto afectiva, como financiera, que tiene con su presunto agresor, se pretende incentivar que estos casos salgan a la luz pública.

Por lo tanto, la escasez de denuncias en materia de violencia de género y la altísima cifra negra existente es otro de los detonantes de la realidad que llevará al Legislador español a producir reformas procesales penales para tratar de dar un vuelco a la situación consiguiendo que las víctimas de violencia de género denuncien, en un número mucho mayor, en cuanto reciban la primera agresión.

2 REFORMAS PROCESALES PENALES

Una vez esbozado el desolador panorama existente antes de la reforma procesal penal que vamos a analizar en este epígrafe – recordemos: muchas muertes, inseguridad ciudadana en materia de violencia de género, importantes retrasos, pocas denuncias – pasemos ahora a describir las diversas reformas procesales penales que se producen en España para el tratamiento procesal de la violencia de género.

A.- ENJUICIAMIENTO RÁPIDO. REFORMA POR LEY 38/2002, DE 24 DE OCTUBRE DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

El origen de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, es la Proposición de Ley 122/000199 de 25 de marzo de 2002¹⁹ de Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado; lo más destacable de inicio es que la propuesta es de todos los grupos parlamentarios del Congreso, Grupos Popular, Socialista, Catalán (Convergencia i Unió), Federal de Izquierda Unida, Vasco (EAJ-PNV), de Coalición Canaria y Mixto, reflejando de este modo el tan repetido “espíritu de consenso” de todas y cada una de las fuerzas políticas democráticas,²⁰ aunque después a lo largo de la tramitación parlamentaria se observa que cada una de ellas tiene su propia concepción del enjuiciamiento rápido que emana del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, marco jurídico que determine la necesidad de estas reformas, teniendo en cuenta, además, que van a considerarse una auténtica cuestión de Estado.

Por lo tanto, la reforma persigue el objetivo de “simplificar y agilizar los procedimientos penales, tanto en los casos de delitos como de faltas, mediante la utilización de los juicios rápidos.”²¹

La citada Ley busca conseguir la efectiva implantación del sistema de enjuiciamiento rápido de determinados delitos e inmediato de algunas faltas que, había intentado instaurarse anteriormente pero que había resultado, salvo en lugares muy puntuales, un auténtico fracaso por diversas razones, en las que en este momento no vamos a entrar, pues no es este el objeto de nuestro estudio.

El nuevo sistema busca el objetivo de conseguir el enjuiciamiento en un corto lapso de tiempo²² de determinados tipos delictivos, con la peculiaridad de que los trámites del juicio oral no sufren modificación alguna utilizándose la normas generales del procedimiento abreviado; se decide el legislador a acortar el tiempo de duración de los procesos a través de la concentración de las labores de instrucción que resultaban,

¹⁹Vid *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B: Proposiciones de Ley*, 25 de marzo 2002, número 223-1, p. 1 y ss.

²⁰Tanto es así que la reforma se aprobó por 294 votos a favor y 6 abstenciones del Grupo Federal de Izquierda Unida.

²¹Es uno de los objetivos que figuran en el *II Plan integral de lucha contra la violencia doméstica*, fuente www.mtas.es

²²Se prevé el de las faltas como máximo en unos ocho días, aproximadamente, recordemos que el retraso en violencia de género de las faltas acumulaba 158 días; y el de los delitos en algo menos de un mes, teniendo en cuenta que antes de la reforma el lapso temporal es de 497 días.

en multitud de ocasiones, de duración excesiva llegando a sobrepasar lo considerado como razonable en el tiempo.

Teniendo el Legislador, por tanto, claro que la fase de instrucción debía desarrollarse en el servicio de guardia, pasándose a denominar la misma como diligencias urgentes, había que determinar, en este momento, qué tipos delictivos podían encuadrarse en este tipo de enjuiciamiento con la finalidad de tutelar el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando, por tanto, los ya citados indeseables retrasos existentes.

Sin duda se arbitra la posibilidad de juzgar, por este nuevo cauce procedimental, los hechos presuntamente delictivos cuya investigación resultara sencilla, cumpliéndose así con la exigencia de que se terminase la labor investigadora en el plazo corto de la guardia; en segundo lugar se incluían aquellos ilícitos penales que se hubieran cometido de manera flagrante, los cuales por las propias características de su comisión podían investigarse en escaso periodo de tiempo.

En ambos casos, investigación sencilla y flagrancia, resulta fácilmente identificable el autor; en el primero por su propia caracterización ya que, si es imposible o muy dificultoso encontrar al presunto autor estamos fuera del supuesto de sencillez y en el segundo caso porque la definición legal de flagrancia que determina que al presunto autor se le descubre mientras está llevando a cabo el hecho delictivo, o bien, en el momento inmediatamente posterior a su comisión.

En teoría, puede suceder, y dicha situación es frecuente, que los delitos referidos a la violencia de género puedan entrar en uno de estos campos, bien en la flagrancia, porque no resulta infrecuente que los propios vecinos del autor y víctima o bien ésta misma, llamen a la Policía en el momento mismo de estar produciéndose las agresiones, o acabándose éstas de llevar a cabo; o bien porque, en ocasiones y debido a las denuncias o procedimientos anteriores existentes, la investigación resulta sencilla y además recordemos que en estos tipos delictivos la víctima conoce a su presunto agresor, porque tiene o ha tenido una relación con él, con lo que este requisito, de autor identificado, necesario para el enjuiciamiento rápido, está solucionado desde el inicio.

Por si lo anteriormente indicado no fuera suficiente, el Legislador decide además de modo expreso la inclusión en este nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido de todo un elenco tasado de delitos entre los que se encuentran los de violencia de género, familiar y doméstica; lo mismo sucede en el juicio inmediato de faltas.

Es evidente que dicha opción no es fruto de la casualidad o el azar, el Legislador apuesta por la tramitación inmediata de los tipos de violencia de género para responder, al menos en parte, a la presión social

que le exige que adopte soluciones que modifiquen la situación existente en materia de delitos y faltas de género, que estaban alcanzando unos niveles intolerables.

El legislador considera que estos hechos ilícitos deben ser objeto de una respuesta lo más inmediata posible por parte del ordenamiento jurídico, puesto que el retraso, tal y como hemos indicado, es preocupante y evidente, su número es creciente, dado que cada vez se producen más supuestos de violencia de género, y porque, recordemos, una respuesta eficaz e inmediata del ordenamiento jurídico evita las conductas reincidentes que, en este campo, son muy frecuentes y que además, tienen el condicionante de que, el presunto agresor va aumentando la violencia y la gravedad de sus ataques, por ello se aconseja una respuesta inicial desde la primera agresión y que la misma sea rápida y contundente.

Lógicamente, lo anteriormente expuesto, además de tener su efecto para la prevención general, ya hemos indicado que forja en la sociedad una sensación de que el Legislador está apostando seriamente por la persecución del presunto agresor desde el momento inicial, aumenta la confianza de las víctimas en la justicia, y crea un clima favorable a las denuncias porque se genera un ambiente positivo que transmite al sujeto pasivo del delito la sensación de que su denuncia no cae en el olvido, sino que se va a producir una tramitación muy breve y en unos pocos días se va a obtener una Sentencia.

También, al disminuir el tiempo que transcurre entre la denuncia y la celebración del juicio oral, se da menos margen al denunciante para que, debido a la relación amor-odio entre agresor y víctima, se produzca el arrepentimiento que lleve a la misma o bien, a reiterar la denuncia o bien, a no acudir al juicio oral a testificar o a no ejercitar la acusación particular, lo que, tal y como hemos justificado fomenta las absoluciones.

La inclusión de estos tipos delictivos, en este nuevo modelo de enjuiciamiento, disminuye la sensación de inseguridad que en esta materia existe en la sociedad española en general, y en las víctimas en particular.

Por todo lo expuesto, el Legislador considera que los tipos ilícitos de violencia de género son ideales para su inclusión en el ámbito del nuevo procedimiento de enjuiciamiento rápido de los delitos e inmediato de las faltas creado por Ley 38/2002, de 24 de octubre.

Además se confía en que la reforma operada, en orden a disminuir el tiempo de realización de la justicia, de modo que se acorten los plazos que median entre la comisión de un delito y la Sentencia, produzca un necesario vuelco en esta materia en el control de la seguridad ciudadana, con la consiguiente disminución de este tipo de hechos delictivos de violencia familiar y doméstica y por tanto, de la alta cifra de muertes indicada al inicio del epígrafe anterior.

Por lo tanto, esta es, a grandes rasgos, la reforma denominada de juicios rápidos. En la fase final de conclusiones realizaremos un análisis crítico de la misma, viendo si ha conseguido los objetivos pretendidos, y además si para ello ha sacrificado otros derechos o principios fundamentales que deben estar presentes a lo largo del proceso penal.

B.- LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

La novedosa institución²³ de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica,²⁴ creada por la ley 27/2003, de 31 de julio, proporciona un tratamiento de la violencia familiar o doméstica de un modo pluridisciplinar. Dicho instrumento jurídico pretende dar una respuesta inmediata y conjunta, de carácter protector, cautelar y provisional, a las víctimas de la violencia familiar doméstica y de género en los ámbitos penal, civil y asistencial. Nos encontramos ante una institución que a pesar de estar incluida en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no está llamada a desplegar sus efectos únicamente en el ámbito procesal. La Orden tiene como vocación unificar los distintos instrumentos existentes en la legislación procesal, penal y civil que se dirigen al amparo de las posibles víctimas de la citada violencia.

²³Es una institución desconocida en países del entorno de la UE tales como Francia, Italia o Portugal. Sin embargo existe en Austria desde 1997, con un alcance similar a la Orden española, y en Alemania desde 2001. Para conocer el alcance de la violencia familiar más allá de nuestras fronteras puede consultarse BERBELL, C., "La Violencia doméstica en el mundo.", en *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 243-253.

²⁴Resulta interesante para consultar todo tipo de cuestiones concretas y dudas prácticas respecto a la Orden de Protección el artículo de TENA FRANCO, I., "La Violencia doméstica en el ordenamiento jurídico procesal español: La orden de Protección", en *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 181-220. Formulado por medio de la respuesta a setenta y cinco preguntas.

La Orden de Protección^{25 26} aglutina, en esencia, las reivindicaciones²⁷ doctrinales que exigen un tratamiento de la violencia familiar o doméstica de un modo pluridisciplinar; dicho instrumento jurídico pretende dar una respuesta integral, inmediata y conjunta, a las víctimas de la violencia familiar. A esta situación se une la necesidad real de generar un paquete de medidas legislativas que, una vez adoptadas, llevarán consigo la consecución de resultados óptimos, que cumplieren con el objetivo de garantizar la seguridad de las víctimas, que su aplicación práctica consiguiese este ansiado objetivo, teniendo en cuenta que las últimas reformas legislativas referidas a estos ámbitos, sobre todo la Ley 14/1999 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no habían tenido el efecto pretendido²⁸ que anunciaba su Exposición de Motivos, que deseaba que, la inclusión de la nueva medida protectora para la víctima del artículo 544 bis de la Ley Procesal Penal, permitiría el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, pudiendo adoptarse desde las primeras diligencias de investigación del tipo delictivo. Estas razones llevan a la gestación de esta nueva Ley 27/2003, de 31 de julio.

En su Exposición de Motivos la Ley que nos ocupa indica lo siguiente:

La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos La situación que originan

²⁵ DELGADO MARTÍN, J., en "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, *La Ley Penal*, número 2, año I, febrero de 2004, p. 4, www.laley.net, indica que su antecedente inmediato es la *protection order* extendida en países anglosajones como EEUU o Australia, en ellos "se trata de un mandamiento emitido por un Juez para proteger a una persona frente a otra, con validez en todo el territorio estatal, y que contiene ciertas condiciones que el destinatario tiene la obligación de cumplir, como por ejemplo la prohibición de poseer armas de fuego, o la prohibición de mantener todo contacto directo o indirecto con la víctima."

Las características de la *protection order* pueden consultarse en VELASCO NUÑEZ, E., "La protección a las víctimas del maltrato en España y en el Derecho comparado, en *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 145-147.

²⁶ En la propia Exposición de Motivos de la Ley se expresa que esta iniciativa responde a una inquietud que se ha venido manifestando en diversos documentos e informes de expertos, tanto nacionales (Consejo General del Poder Judicial, Instituto de la Mujer, Fiscalía General del Estado, etc.), como de organismos supranacionales (ONU, Consejo de Europa, instituciones de la UE).

²⁷ La Proposición de Ley es el resultado final de un extenso y amplio camino de trabajos dimanantes del Consejo General del Poder Judicial, Instituto de la Mujer, Fiscalía General del Estado, Ministerio de Justicia y Comunidades Autónomas cuyo fin último busca como objetivo esencial articular un mecanismo eficaz de protección que permita que desde la presentación de la denuncia la víctima sea realmente protegida de modo eficaz.

²⁸ Vid. MAGRO SERVET, V., "La orden de Protección de las víctimas de violencia doméstica.", *Revista Jurídica La Ley*, número 5821, jueves 10 julio de 2003. www.laley.net

estas formas de violencia trasciende el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía. Resulta imprescindible por ello arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos, bien articulados técnicamente, que atajen desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves. Es necesaria, en suma, una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad.

Por lo tanto, la Orden de Protección²⁹ nace con la vocación de unificar los distintos instrumentos ya existentes en la legislación procesal, penal y civil que se dirigen al amparo de las posibles víctimas de la violencia familiar, se trata en definitiva de conseguir una protección global³⁰ no sólo en los mencionados aspectos, sino también, en lo referente a una vertiente asistencial,³¹ lo que significará que una vez que las administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen los instrumentos de protección social, establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos, dichas víctimas podrán ser beneficiarias de ellos; entre estas ayudas destaca la percepción de una cantidad económica mensual de aproximadamente 300 euros durante unos diez meses, a los que se une una ayuda para vivienda.³²

²⁹Según la Comisión de Seguimiento de la implantación de la Orden de Protección, que elabora el *Protocolo para la Implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, los principios básicos a los que va a responder su regulación son: a) Principio de protección de la víctima y de la familia. b) Principio de aplicación general. c) Principio de urgencia. d) Principio de accesibilidad. e) Principio de integralidad f) Principio de utilidad procesal. *Protocolo...*, cit., p. 3.

³⁰La Exposición de Motivos de la Ley indica que la orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. Pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el Juzgado de Instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil.

De "estatuto integral de protección" se califica la orden en DOMÍNGUEZ AGUDO, M., R., "La ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica: "un estatuto integral de protección"", *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, N. 1960, marzo, 2004, pp.20-32.

³¹La Exposición de Motivos de la Ley indica que en la faceta asistencial es precisamente donde se encuentra su elemento más innovador.

³²*Vid* Diario de Noticias La Ley de 30 de julio de 2003.

Nos encontramos, en definitiva, ante un mecanismo de articulación y coordinación de diversas medidas cautelares³³ y protectoras de la víctima, de naturaleza penal, así como de las medidas provisionales civiles, que ya existían en nuestro ordenamiento jurídico, a las que se ha unido en la misma institución una vertiente asistencial y de protección social, que intenta conseguir un estatuto de protección integral,³⁴ tal y como señala el apartado 5 del art. 544 ter de la LECrim, en estos tres ámbitos de actuación, de las posibles víctimas de la violencia doméstica, por lo que goza de una compleja naturaleza en función de las concretas medidas que se adopten en cada orden, con el denominador común de tener como objetivo primordial la protección de la víctima tal y como se indica el artículo 544 ter apartado 1 de la LECrim.

La Orden de Protección únicamente va a aplicarse a los presuntos delitos y faltas de violencia familiar, novedad³⁵ esta última importante dado que, hasta su creación, en el enjuiciamiento de las faltas de estas características no existía posibilidad alguna de tutela de las víctimas a través de instituciones similares puesto que no se arbitraba la posibilidad legal de adoptar medidas protectoras en estos procedimientos para ilícitos menores, quedando restringida su aplicación al enjuiciamiento de hechos

³³DE LAMO RUBIO, J., en "La nueva orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003, de 31 de Julio, *Actualidad Penal*, número 42, semana del 10 al 16 de noviembre de 2003, pp.1052 habla de que estamos ante un mecanismo de coordinación y articulación de diversas medidas cautelares tanto penales como civiles ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico a las que la nueva institución añade una vertiente existencial. Nosotros discrepamos de que todas las medidas que aglutina la orden sean de naturaleza cautelar; no sucede así por ejemplo, con las medidas civiles del artículo 544.7 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

³⁴MONTERRAT COMAS D'ARGEMIR, Vocal del Consejo General del Poder Judicial y Presidenta del Observatorio Contra la Violencia Doméstica indica en la página 3 del *Especial del Diario de Noticias La Ley* de julio de 2003 dedicado íntegramente al problema de la violencia doméstica que . "La total erradicación de esta lacra social (la violencia familiar) no será posible con respuestas aisladas. Es preciso llevar a cabo una acción coordinada, desde los diversos aspectos en los que incide esta problemática, pues sólo de este modo se conseguirán eliminar definitivamente las causas que lo originan. Mientras tanto, el Estado ha de establecer los mecanismos necesarios para garantizar la protección de las víctimas cuando acuden a nuestros Tribunales, es decir, la protección de los derechos fundamentales a la vida, la integridad física, la seguridad y la libertad."

³⁵Vid. en *Cortes generales Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Pleno y Diputación Permanente año 2003*, VII Legislatura núm. 256, martes, 10 de junio de 2003, las palabras pronunciadas en el debate en el Congreso de los Diputados por la Diputada Sra. SAINZ GARCIA, al señalar que "constituye un derecho de la víctima, que el juez debe aplicar no sólo en los delitos, sino también, y esto es muy importante, en las faltas, nada más conocer la denuncia y oír a las partes, por supuesto, en el plazo entre 24 y 72 horas. Activará de forma inmediata, en una misma resolución judicial, medidas cautelares de naturaleza penal y civil, con el fin de evitar ese desamparo que se venía produciendo con las víctimas y dar respuesta a esa situación de riesgo", p. 13231.

delictivos.³⁶

El hecho de atribuir en origen la competencia para su adopción a órganos jurisdiccionales de carácter penal, a pesar de que como hemos expuesto anteriormente puede incluir medidas cautelares penales, provisionales civiles y de contenido asistencial, se explica porque al vincularla al orden jurisdiccional penal se garantiza la rapidez en su adopción, puesto que el órgano jurisdiccional competente de modo principal³⁷ será el Juez de Instrucción en funciones de guardia, ello contribuirá a la prontitud de su adopción y con ello a su eficacia.³⁸

Sin embargo tras la reforma que se realiza por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la

³⁶Me gustaría citar en relación a estas cuestiones la interesante evaluación que realiza el Consejo General del Poder Judicial en su *Acuerdo del Pleno de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica*, en el que por lo referente a la tutela cautelar y de protección y su conveniencia de que se extienda a las faltas indica lo siguiente: "... es clara la imposibilidad legal de adoptar determinadas medidas cautelares cuando la violencia ejercida es constitutiva de falta y no de delito. Indudablemente, esta limitación -derivada del tenor de la vigente legislación y de una inadecuada manera de interpretar el principio constitucional de proporcionalidad- perjudica la eficacia en la lucha contra la violencia doméstica al impedir, en no pocas ocasiones, la adopción de una respuesta judicial contundente y propiciar la reiteración de las conductas violentas, en lugar de servir para cercenar radicalmente la probabilidad de que se produzca un incremento cuantitativo y cualitativo de las agresiones en el seno de la misma familia... De lo anterior cabe deducir que las conductas que en nuestra legislación y en la práctica forense habitual se vienen considerando como de escasa gravedad -las constitutivas de falta- carecen de un adecuado tratamiento legal, por no permitir éste en muchos casos la adopción, con la amplitud requerida, de las medidas precautorias adecuadas, por prever para aquéllas sólo una respuesta penal muy limitada, y por no servir para frenar la progresión cuantitativa y cualitativa de las acciones violentas en el seno familiar, ni coadyuvar a la erradicación de las causas que las originan. En consecuencia, es necesario que la cuestión atinente a las medidas cautelares y de protección de la víctima se aborde actualmente de manera diferente... En este sentido, pues, aparece con toda evidencia la necesidad de transformar radicalmente el panorama de la tutela cautelar de la víctima, evitando que la calificación como falta de una agresión impida dispensar a aquélla la protección que en cada caso necesite..."

³⁷Con carácter residual se prevé por la legislación que el órgano jurisdiccional competente para dictar una orden de protección, con el contenido que considere adecuado y proporcional a las circunstancias fácticas concretas del caso, sea cualquier otro órgano jurisdiccional penal - Juez o Tribunal que conozca de la causa, dice el apartado 11 del art. 544 ter de la LECrim. - que en el transcurso de un procedimiento por un delito o falta observe que se genera una situación de riesgo para alguna de las personas que constituyen el ámbito subjetivo de aplicación de la orden de protección y que se detallan en el artículo 173.2 del Código Penal.

³⁸Algunas voces se han levantado indicando que a pesar de que esta orden de protección es un gran avance para la tutela integral de las víctimas de la violencia doméstica será necesario en el caso de que no se adopte como parte de su contenido la medida cautelar de prisión provisional del presunto agresor que éste se encuentre sometido a control y vigilancia policial siempre que exista un riesgo detectado para la víctima, para garantizar por ejemplo que no va a incumplir órdenes de alejamiento. En este sentido se expresa ALEMANY ROJO, A., en "Aún queda mucho por hacer", *Diario de Noticias La Ley, Especial Violencia doméstica*, julio de 2003, p.7

Violencia de Género, se atribuye la competencia para adoptar dicha orden de protección al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer en aquellos casos que deba instruir, sin perjuicio de las atribuciones que en esta materia posea el Juez de Instrucción en funciones de guardia.

Es decir, en casos en los cuales no exista una necesidad de actuación urgente por parte del servicio de guardia para los supuestos competencia del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer,³⁹ órgano de naturaleza mixta, puesto que aglutinará competencias penales y civiles, será el nuevo Juzgado el encargado de adoptar la orden de protección.

Para que el Juez competente⁴⁰ pueda adoptar una Orden de Protección, por medio de auto, es necesario que se verifiquen dos presupuestos, en primer lugar deben existir “indicios fundados de la comisión de un delito o falta” de los relacionados con la violencia familiar, pero además, y en segundo lugar, debe producirse una situación objetiva de riesgo para la víctima de esos ilícitos, que necesariamente debe ser una de las personas recogidas en el art. 173. 2 del CP, la situación referida ha de generar la necesidad de adoptar alguna de las medidas que prevé la legislación para proteger su vida e integridad física. Con lo cual los dos presupuestos que abren la posibilidad de adopción de una Orden de Protección son:

1.- Necesidad de que exista una imputación judicial por la presunta comisión de un delito o falta de violencia familiar, este es el tradicional principio aplicable como presupuesto de todas las medidas cautelares existentes en la Legislación Procesal Penal española, es decir el “*fumus boni iuris*”, han de existir indicios fundados contra una persona determinada⁴¹ que permitan atribuirle presuntamente la comisión de un delito o falta de violencia familiar.

³⁹Se encarga de la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

⁴⁰Recordamos que puede ser o bien el Juez de Instrucción en funciones de guardia o bien el Juez de Violencia Sobre la Mujer.

⁴¹La necesidad de que estos indicios racionales sean atribuibles a una persona concreta y determinada no aparece en el artículo 544 ter de la ley de Enjuiciamiento Criminal que únicamente indica que “...existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta...”, pero tal y como se configura la aplicación del principio *fumus boni iuris* esta cuestión se da por sobreentendida, resulta lógico considerar que esa presunta comisión debe poder unirse a un sujeto activo concreto, que será la persona del presunto agresor, en contra de la cual se adoptará la orden de protección con las consecuencias que enumeraremos posteriormente.

2.- Existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima ante la presunta comisión de un hecho ilícito, bien delito bien falta, de los relacionados con el ámbito de la violencia ejercida en el núcleo familiar, que haga necesaria la adopción por el órgano jurisdiccional competente de alguna de las diversas medidas en las que consiste la Orden de Protección. Consideramos que, a pesar de la falta de concreción de dicha situación objetivable de riesgo o peligro, debe traducirse ésta en la potencial y probable comisión o reiteración de los presuntos hechos que constituyen el maltrato por parte del presunto agresor, o bien en el ataque contra otros bienes jurídicos diferentes de titularidad de la víctima.⁴²

En este caso no se produce el tradicional esquema que rige en relación a los presupuestos necesarios para la adopción de medidas cautelares en el seno de un proceso penal, que no es otro que el del *periculum in mora* o peligro de fuga del presunto autor de los hechos, referido a una alta probabilidad de que intente eludir la acción de la justicia poniéndose en paradero desconocido. Por el contrario el presupuesto contemplado en la Orden de Protección se refiere a garantizar la protección integral del sujeto pasivo de la presunta violencia ejercida en el ámbito familiar, para lo cual, ante esa situación objetiva de riesgo, puede requerir la adopción de cualquiera de las medidas que prevé la Orden de Protección tanto penales, como civiles y asistenciales; en cada caso concreto deben verificarse qué circunstancias se producen y qué medidas de las especificadas en este artículo 544 ter deben adoptarse por el Juez competente, teniendo en cuenta la proporcionalidad con el supuesto fáctico de las mismas. Se produce así una sustitución del *periculum in mora* por el *periculum in damnum*.⁴³

Sin duda la implantación de esta novedosa institución es un gran

⁴²En este sentido BEJERANO, F., "Aciertos y desaciertos de la orden de protección", *Diario de noticias La Ley, especial violencia doméstica*, julio de 2003, p.4.

Hay que destacar que en la nueva Ley de Prisión Provisional que reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia, con fecha de 24 de octubre de 2003, también se recoge este presupuesto como uno de los posibles a tener en cuenta para la adopción de una medida cautelar de prisión provisional contra el presunto autor de un delito relacionado con el ámbito de la violencia familiar. El artículo 503 indica lo siguiente: 1. La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos: 3.- Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

⁴³Vid. DE LAMO RUBIO, J., "La nueva orden...", cit., p. 1056.

DELGADO MARTÍN, J., "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.", *Encuentros "Violencia doméstica"*, CGPJ, Madrid, 2004, p. 95 habla de "*periculum in libertatis*."

CHARCO GÓMEZ, M. L., en "La orden de Protección para las víctimas de la violencia doméstica: Ley 27/2003, de 31 de julio, en *Los Juicios rápidos: Orden de Protección: Análisis y balance*, Madrid, CGPJ, 2005, p. 190 se refiere al "pronóstico de peligro".

acierto; con lo cual en el terreno judicial pues, de protección de las víctimas, la respuesta judicial es positiva y eficaz y todos debemos felicitarnos por ello. Las mujeres se sienten más y mejor protegidas, en definitiva, más seguras.

C. - LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO⁴⁴

En el contenido de la Ley se establecen medidas de protección integral⁴⁵ cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas. Las medidas referidas a cuestiones procesales se integran en el Título V, que tiene como encabezamiento “Tutela Judicial”;⁴⁶ veamos qué cuestiones concretas contempla la Ley.

Vamos a dedicar ahora unas líneas a la última iniciativa, hasta día de hoy, que se enmarca en este movimiento jurídico, legislativo, policial, judicial y social que busca la lucha contra la violencia doméstica.

⁴⁴En la Exposición de Motivos se indica lo siguiente: “Esta Ley es el instrumento jurídico necesario para acometer el problema en su integridad, a la vez que contribuirá a configurar el cambio para avanzar en el camino de la igualdad entre hombres y mujeres, al configurar estos actos de maltrato y violencia como delictivos, constituyendo así una auténtica violación de derechos fundamentales. . . El ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia, donde principalmente se producen las agresiones. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula. La violencia sobre la mujer se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación. La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas, tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización.”

⁴⁵Entre ellas, además de las procesales, que estudiaremos a fondo, medidas de sensibilización en el ámbito educativo, en el de la publicidad, y en el sanitario, medidas asistenciales, sociales, laborales; reformas del Código Penal; muy polémicas porque agravan las lesiones, las amenazas y las coacciones “si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”. Se modifican por tanto los arts. 148, 171 y 172.

Además las amenazas y coacciones leves si el sujeto pasivo es la esposa, mujer o persona que haya estado o esté ligada al autor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor serán delito en lugar de falta del art. 620. 2 en relación con el art. 173.2 ambos del Código Penal. También en materia penal se recoge una de las recomendaciones del *II Plan Integral de lucha contra la violencia doméstica* y es incluir como pena a estos tipos delictivos de violencia familiar – en este caso en los mismos arts. citados – la privación del derecho a la tenencia y porte de armas para el presunto autor de este tipo de conductas.

⁴⁶Para profundizar en esta cuestión puede consultarse DEL POZO PÉREZ, M. en VV.AA, “Comentarios a la tutela judicial”, *Comentarios breves a la Ley de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género*, pp. 178 a 225; 237 a 249; 278; 312 a 315; 318; 328; 332; 336; 340; 2005, IUSTEL, Madrid.

Lo primero que deseo hacer constar es que la idea de una Ley Integral⁴⁷ que aglutine las diversas medidas - educativas, sociales, penales o procesales entre otras - que tengan como denominador común la lucha contra esta lacra del siglo XXI me parece acertada; no así que se utilice esta Ley para regular principalmente la violencia cuyo sujeto pasivo es la mujer. Esta cuestión ha generado múltiples problemas y gran polémica;⁴⁸ a mi juicio, aunque en un gran porcentaje de los casos sea la mujer la víctima de estos indeseables comportamientos, se debería haber

⁴⁷Esta cuestión se abordó por MAGRO SERVET, V., "Los nuevos juzgados especializados en violencia doméstica", *La Ley*, N. 5317, mayo 2001.

⁴⁸Han corrido ríos de tinta entre los partidarios de lo que denominan "discriminación positiva" hacia la mujer, aplicable a este supuesto, y aquellos que señalan que el proyecto de Ley es inconstitucional por la lesión al derecho a la igualdad del art. 14 de la CE.

Entre los partidarios de esta discriminación positiva puede citarse la opinión de los Magistrados que firman el Voto Particular, al Informe del CGPJ de 21 de junio de 2004 al Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral, pp. 4 y 5: "Así las cosas, el primer interrogante que desde una perspectiva general suscita el Anteproyecto ahora analizado tal como anteriormente hemos indicado es el siguiente: es compatible con nuestro orden constitucional (y en especial el art. 14 de la Constitución) un conjunto de medidas legales cuyo beneficiario es sólo una parte de la población (las mujeres) o, por el contrario, una opción legislativa de tal signo está vedada por el citado precepto constitucional. La respuesta a dicho interrogante, sin perjuicio de las matizaciones que más adelante se realicen, no puede por menos de ser favorable a la constitucionalidad de la opción tomada por el prelegislador."

En contra de esa discriminación positiva pueden consultarse las siguientes palabras recogidas en el *Informe del CGPJ al Anteproyecto de la Ley orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer de fecha 24 de junio de 2004*, concretamente en sus pp. 24 a 28, llega a decirse que más que discriminación positiva a favor de la mujer, "es discriminación negativa en contra del hombre": "...c) Lo inapropiado de la discriminación positiva en lo penal y judicial. En efecto, cuando se trata de la tutela penal y procesal, en la medida en que se tutelan derechos fundamentales, no cabe apreciar como punto de partida esa desigualdad. Ni en lo que se refiere a la protección penal, ni en cuanto a la tutela judicial efectiva. Como se dijo más arriba, no estamos ante una situación de "bienes escasos", limitados, de forma que sólo un grupo favorecido puede acceder a ellos... Y cuando esa acción o más bien ya discriminación positiva se traslada a la creación de órganos judiciales que tutelan sólo los bienes de la mujer, más grave es el desajuste por las siguientes razones: 1ª La tutela judicial no es, en cuanto tal, un bien escaso que no permita, por una supuesta limitada disponibilidad, su reparto y atribución a todos cuanto lo precisen; es decir, la tutela judicial es un bien que no exige se excluya de su ámbito a ningún grupo humano (varones en este caso) para dar debida satisfacción a otro grupo más desfavorecido (mujeres en este caso). Por decirlo sintéticamente: existe posibilidad de tutela judicial para todos sin excluir ni postergar, es decir, sin eliminar ni discriminar a nadie. Como más abajo se expondrá, el traslado a lo judicial de lo que en la ley se tiene como acción positiva se salda con unas consecuencias ilógicas, irrazonables, tanto en lo organizativo como en lo procesal, lo que aconseja un serio replanteamiento de la opción que hace el Anteproyecto. De lo anterior se deduce que en el Anteproyecto la llamada acción positiva no es siquiera un caso de discriminación positiva, sino más bien una discriminación negativa... Y constituye también una discriminación negativa crear órganos judiciales de los que se excluye a los hombres como posibles beneficiarios de sus ventajas, sin que esa exclusión se justifique en modo alguno."

realizado la tutela integral a cualquier víctima, independientemente de su sexo o condición.

1.- EL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER⁴⁹

Se crea un nuevo órgano jurisdiccional,⁵⁰ denominado Juzgado de Violencia sobre la Mujer,⁵¹ en aquellos Partidos Judiciales cuyo volumen de asuntos así lo aconseje; una vez más reproduzco la crítica anterior, la decisión de crear Juzgados especializados⁵² en esta materia me parece un acierto; sin embargo considero que deberían haberse denominado de otra manera; por ejemplo Juzgado de Violencia Familiar o Doméstica y ocuparse de todo tipo de cuestiones relacionadas con la violencia familiar, con independencia del sexo o la condición del sujeto pasivo de la misma; parecería que se crea una Jurisdicción especial para la mujer, cuestión vedada por la CE, que en su art. 117. 5 indica que “el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”, apoyamos la especialización pero no el criterio utilizado para ella, en este mismo sentido se expresa el CGPJ.⁵³

⁴⁹Para profundizar en el estudio de dicho órgano puede consultarse DEL POZO PÉREZ, M., “El Juez de Violencia sobre la Mujer”, LIBRO COLECTIVO *La Comunidad Iberoamericana de Naciones. XI Encuentro de Latinoamericanistas Españoles*, pp. 135 a 153, 2005, Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, Madrid y “El Juez de Violencia sobre la Mujer: Creación y competencia en el orden jurisdiccional penal”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, 2005, pp. 139-171.

⁵⁰Vid. art. 43 de la Ley.

⁵¹Existe un Anexo en la Ley donde se incluye la Planta en lo referente a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. a) Podrán crearse Juzgados de Violencia sobre la Mujer en aquellos Partidos Judiciales en los que la carga de trabajo así lo aconseje. b) En aquellos Partidos Judiciales en los que, en atención al volumen de asuntos, no se considere necesario el desarrollo de la planta judicial, se podrán transformar algunos de los Juzgados de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción en funcionamiento en Juzgados de Violencia sobre la Mujer. c) Asimismo cuando se considere, en función de la carga de trabajo, que no es precisa la creación de un órgano judicial específico, se determinará, de existir varios, qué Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción, asumirá el conocimiento de las materias de violencia sobre la mujer en los términos del artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género con carácter exclusivo junto con el resto de las correspondientes a la jurisdicción penal o civil, según la naturaleza del órgano en cuestión.

⁵²Esta idea de especializar los Juzgados en materia de violencia doméstica ya se recomendaba por el CGPJ en su Acuerdo de fecha de 21 de marzo de 2001.

En la Comunidad Valenciana, por ejemplo, como experiencia pionera que se considera positiva existen ya los Juzgados especializados en materia de violencia doméstica y malos tratos de Alicante, Elche y Orihuela.

⁵³Vid. el ya citado informe del CGPJ al Anteproyecto, pp. 49 a 51.

Cuando veamos el conjunto de competencias que tiene podremos observar que también puede ejercerlas en relación con hijos o menores que se encuentren en relación con la víctima o su presunto agresor; si bien, tal y como detallaremos, se necesita que para que se active dicha competencia sobre esta situación exista una agresión previa a la mujer.

Dicho Juzgado tendrá sede en la capital de partido, en cada uno de ellos habrá uno o más, su jurisdicción se extenderá a todo el ámbito territorial del mismo y tomará su nombre del municipio de su sede.

Además de la posible creación de nuevos órganos jurisdiccionales de Violencia sobre la Mujer también se prevé la posibilidad de que las competencias propias de este nuevo Juzgado sean asumidas por un Juez de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción, en función de la carga de trabajo existente siendo acordado por el CGPJ, previo informe de las Salas de Gobierno; la atribución de competencia pueden ser exclusiva o añadirse al conocimiento de otras materias; es decir, un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, ya en funcionamiento, se transformaría en un Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

Si nos encontramos ante un Partido Judicial que tiene únicamente un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma dichas competencias.

Sin embargo existe cierta confusión⁵⁴ pues no se indica realmente cuántos órganos de nueva planta deben crearse, se ignora cómo y en qué medida va a incidir esta reforma en los Juzgados de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción y sobre todo, y principalmente, en los de Familia ya existentes además de si en éste último caso se va a producir un vaciamiento competencial de los mismos mediante un trasvase de asuntos de manera total e íntegra o con limitaciones.

*El Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, por el que se dispone la creación y constitución de Juzgados de Violencia sobre la Mujer correspondientes a la programación del año 2005,*⁵⁵ indica lo siguiente en su Exposición de Motivos: “En este Real Decreto se procede a la creación

⁵⁴Esta misma preocupación la expresa el CGPJ en el *Informe del CGPJ al Anteproyecto...*, cit., p. 52.

⁵⁵BOE de 17 de marzo de 2005.

Dichos Juzgados entrarán en funcionamiento de acuerdo a la ORDEN JUS/1037/2005, de 19 de abril, (BOE de 21 de abril de 2005) por la que se dispone la fecha de entrada en funcionamiento de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer, el 29 de junio, puesto que en su artículo único indica lo siguiente: “Artículo único. *Entrada en funcionamiento de Juzgados.* El día 29 de junio de 2005 entrarán en funcionamiento los siguientes Juzgados de Violencia sobre la Mujer: Número 1 de Granada, número 1 de Málaga, número 1 de Sevilla, número 1 de Palma de Mallorca, número 1 de Las Palmas de Gran Canaria, número 1 de Santa Cruz de Tenerife, números 1 y 2 de Barcelona, número 1 de Alicante, número 1 de Valencia, números 1 y 2 de Madrid, número 1 de Murcia, número 1 de Vitoria-Gasteiz, número 1 de Donostia-San Sebastián y número 1 de Bilbao. Mário,

y constitución de 16 nuevas unidades judiciales (16 juzgados de violencia sobre la mujer), dentro de la programación correspondiente al año 2005, ajustada a los créditos disponibles y atendiendo a las prioridades expuestas por el Consejo General del Poder Judicial en función del volumen de asuntos. Asimismo, en aquellos partidos judiciales donde no se crean juzgados de violencia sobre la mujer sobre la base de lo dispuesto en el artículo 87 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde no se considere conveniente, en función de la carga de trabajo existente, crear un juzgado de violencia sobre la mujer exclusivo, el conocimiento de los asuntos referidos en el artículo 87 ter de dicha ley orgánica corresponda a uno de los juzgados de instrucción o de primera instancia e instrucción, en su caso, que compatibilizará estas materias con las del resto del orden jurisdiccional penal o penal-civil de su partido judicial.⁵⁶ Por otra parte, en aquellos partidos judiciales en que existe un único juzgado de primera instancia e instrucción, será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos a que se refiere el artículo citado en el párrafo anterior. No obstante, en el momento en que se aprecie un incremento significativo de la carga de trabajo en aquellas circunscripciones que tienen un juzgado que compatibilice las materias, se procederá, dentro de la programación anual correspondiente de desarrollo de la planta judicial, a la creación de un juzgado exclusivo de violencia sobre la mujer. Por lo tanto, lo que se pretende con todas estas medidas es conseguir que en todos los partidos judiciales se preste una atención adecuada a las necesidades existentes en el conocimiento de los asuntos referidos en el artículo 87 ter de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.” Del texto del mismo

⁵⁶El Pleno del CGPJ en un Acuerdo del día 27 de abril de 2005 va a determinar qué Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción, que seguidamente se citan, asumirán con carácter exclusivo el conocimiento de las materias de violencia sobre la mujer en los términos del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, compatibilizándolo con el resto de las materias correspondientes a la jurisdicción penal o civil, según la naturaleza del órgano en cuestión para a continuación enumerar el conjunto de dichos órganos jurisdiccionales. Además se indica que: “2.- los restantes Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción de los partidos judiciales afectados por esta medida que esté conociendo de asuntos relativos a la Violencia de Género conservarán, hasta su conclusión, el conocimiento de los procedimientos de esta clase pendientes ante ellos. 3.- Las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, en el ejercicio de sus atribuciones y previa propuesta de las respectivas Juntas de Jueces, adoptarán, en su caso, los pertinentes Acuerdos de modificación de normas de reparto o de reducción del mismo, cuando así lo aconseje la entrada de asuntos a que hace referencia la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, con respecto a los Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción para los que se ahora se adopta la medida de compatibilización en el conocimiento de esta específica materia y en el conocimiento de las restantes correspondientes a la jurisdicción penal o civil. 4.- La presente medida surtirá efectos desde el día 29 de junio de 2005.”

puede desprenderse que éste sólo es el primer paso⁵⁷ en la creación de los nuevos órganos jurisdiccionales advirtiéndose que si la carga de trabajo del Juzgado que compatibilice estas materias con otras fuese significativa esto generaría una creación de un Juzgado exclusivo de violencia sobre la mujer.

Es necesario destacar que la intención de crear Juzgados que se encarguen del fenómeno de la violencia familiar o doméstica no resulta novedosa, hubo un intento, que resultó rechazado, en el año 2001 con la presentación en el Congreso de los Diputados de un Proposición de ley integral⁵⁸ contra la violencia de género (orgánica), del Grupo Parlamentario Socialista, en esta oportunidad la denominación de los mismos es la de Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares,⁵⁹ del texto del artículo parecería que dichos órganos jurisdiccionales serían de nueva creación (uno o varios por cada provincia y con sede en la capital), encargándose de todas las cuestiones civiles y penales relacionadas con el ámbito familiar en este supuesto concreto en relación a las atribuciones penales no se realiza distinción alguna en función del sexo sino que se extiende el conocimiento de la instrucción a cualquier supuesto de delitos relacionados con dicho tipo de violencia así como al conocimiento y fallo de las faltas que tengan que ver con esta cuestión.

⁵⁷Para demostrar esta afirmación basta indicar que en marzo de 2007 ya hemos alcanzado un número total de 43 Juzgados de Violencia sobre la Mujer de nueva creación; asimismo se prevé que al finalizar este año el la cifra haya ascendido a 83. Fuente: Ministerio de Justicia.

⁵⁸Proposición de Ley 122/000163 integral contra la violencia de género (orgánica), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados , VII Legislatura , serie b: 21 de diciembre de 2001 núm. 183-1 Proposiciones de Ley*, pp. 1 a 21.

⁵⁹Artículo 17 de la Proposición de Ley 122/000163 integral contra la violencia de género (orgánica): "1. En cada provincia, y con sede en su capital, habrá uno o varios Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares. Podrán establecerse Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares cuya jurisdicción se extienda a uno o varios partidos de la misma provincia, conforme a lo que disponga la legislación sobre demarcación y planta judicial. La fijación de la población en que tenga su sede se hará por ley. 2. Los Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares tendrán competencia para resolver todas las cuestiones que se susciten en materia de derecho de la persona y de derecho de familia. Se considerarán comprendidos en este ámbito quienes sean o hayan sido cónyuges o estén o hayan estado ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, o hayan mantenido una relación afectiva de pareja, así como los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de una u otra de dichas personas."

A.- COMPETENCIA OBJETIVA DEL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER⁶⁰

Veamos qué competencias⁶¹ de carácter objetivo, tanto en el orden jurisdiccional penal como en el civil, va a asumir el Juez de Violencia sobre la Mujer:⁶²

Conocerán, en el orden penal,⁶³ de los siguientes supuestos:

⁶⁰ Art. 44 de la Ley además del 57 – referido a la pérdida de competencia objetiva en el orden jurisdiccional civil por parte del Juez de Primera instancia e Instrucción en detrimento del Juez de Violencia sobre la Mujer - y 59 de la misma norma; este último para la competencia territorial.

El Consejo en el citado Informe, p. 62 considera que esta pérdida de competencia objetiva puede lesionar el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley: "...el Consejo aprecia la posible colisión de la medida con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Así debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional tiene declarado desde la STC 47/1983..."

⁶¹ En el art. 17 de la Proposición de Ley 122/000163 integral contra la violencia de género (orgánica) indica la competencia de los Juzgados de Igualdad y Asuntos Familiares, vemos que también aglutinan competencias civiles y penales, pero que en éste último caso no se produce la asignación de competencias por razón del sexo del presunto autor o de la víctima, se relacionan todos los ilícitos relacionados con la violencia familiar: "tendrán competencia para resolver todas las cuestiones que se susciten en materia de derecho de la persona y de derecho de familia. Se considerarán comprendidos en este ámbito quienes sean o hayan sido cónyuges o estén o hayan estado ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, o hayan mantenido una relación afectiva de pareja, así como los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de una u otra de dichas personas..." posteriormente en dicho artículo se detallan los procesos civiles y penales de los cuales conocerían.

⁶² Salvo que tal y como indica el art. 44. 4 de la Ley integral aprecie el Juez que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente. Deseamos criticar el uso de dicha expresión que resulta jurídicamente indeterminada, ¿cómo debe interpretarse la afirmación "de forma notoria"?, ¿en qué momento y en qué estado puede la causa producirse dicha remisión? Ambos interrogantes quedan abiertos tras la lectura de la Ley.

⁶³ Además y fuera de este artículo se prevé que puedan dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley (introducido por la Ley Orgánica 8/2002, complementaria de la Ley 38/2002, referente a los llamados juicios rápidos) en el ámbito de su competencia. Esta competencia no se incluía de manera originaria en el Anteproyecto ni Proyecto de Ley que generan la norma que estamos analizando, una vez más su inclusión es fruto de las críticas ya aludidas y citadas en líneas anteriores realizadas por el CGPJ.

Nos resulta tremendamente sorprendente que a pesar de que el texto de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, de 28 de octubre, indica lo siguiente: "La genuina y más importante aceleración de estos procesos rápidos -aunque no la única- es la que ha de darse en el tiempo que transcurre desde la incoación del proceso penal hasta la celebración del juicio oral sin perjuicio de que también éste, así como la emisión de la sentencia y la tramitación de los eventuales recursos, se realicen con rapidez. A estos efectos, *la pieza clave del nuevo procedimiento consiste en una instrucción concentrada ante el Juzgado de guardia* (la cursiva es mía): toda la fase de instrucción y de preparación del juicio oral ha de ser realizada en brevísimos plazos ante el órgano judicial."; sea ahora competente para la

- a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los Títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia sobre la mujer.
- b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.
- c) De la adopción de las correspondientes ordenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al juez de guardia.
- d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los Títulos I y II del Libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

Podemos aproximarnos a la cifra de asuntos que entrarán en estos Juzgados especializados teniendo en cuenta que existe, tal y como ya hemos apuntado, un problema de *cifra negra de criminalidad* en la materia que nos ocupa, es decir que la cifra real de maltrato es infinitamente superior a la cifra de denuncias pero a pesar de ello y de acuerdo a un Informe del CGPJ⁶⁴ el total de denuncias interpuestas en el primer semestre del año 2004 fue de 47.320 con un porcentaje del 90.2% de víctimas mujeres. Además se percibe un incremento del 24% mensual respecto al dato de 2003, donde el número total anual de denuncias es de 76.732, esta situación de manera general no significaría que existan más casos de maltrato sino que el número de mujeres-víctimas que denuncian va incrementándose porque se sienten más seguras, más protegidas, el

tramitación de diligencias urgentes y celebración de juicios inmediatos de faltas, así como para dictar sentencias de “conformidad premiada” un órgano jurisdiccional: el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que no va a poseer servicio de guardia.

⁶⁴ Informe de la actividad de los órganos judiciales sobre violencia doméstica relativo al primer semestre de 2004 elaborado por el CGPJ en sus pp. 13 a 17, fuente www.poderjudicial.es, pp. 6 y ss.

proceso se sustancia en menos tiempo, el Código Penal es más severo, en definitiva porque todas las últimas reformas han creado un clima favorable a que la mujer tome la decisión de denunciar.⁶⁵ De lo expuesto, podemos deducir que el número de asuntos irá creciendo paulatinamente con lo cual la legislación deberá ser lo suficientemente flexible como para ir creando nuevos Jueces especializados que puedan encargarse de estas tareas.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, de los siguientes asuntos:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

Además de las competencias citadas, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán, de forma exclusiva y excluyente, competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de

⁶⁵Fueron tremendamente polémicas las declaraciones de la Jueza Decana de Barcelona en mayo del año 2004 respecto a dicho incremento de denuncias, en el *Diario El Mundo de 28 de mayo de 2004* podemos leer la siguiente noticia: “La decana de los juzgados de Barcelona, María Sanahuja, ha asegurado que se ha producido un aumento en el número de denuncias realizadas por mujeres presuntamente víctimas de delitos relacionados con la violencia doméstica. Según refleja la Memoria de los Juzgados de Barcelona de 2003, las diligencias por delitos de este tipo de violencia casi se han cuadruplicado respecto a 2002, pasando de 609 a 2.016 en el 2003. Asimismo, también aumentaron las diligencias por delitos de abandono de familia (de 256 a 373) y de agresiones sexuales (de 624 a 696). Para Sanahuja, en los temas de violencia doméstica los jueces “trabajan con una gran presión por parte de los medios de comunicación que, aunque es legítima porque afecta a un grave problema social, no permite hacerlo siempre en las mejores condiciones y a veces provoca una justicia defensiva que no siempre ofrece las mejores soluciones al problema”. Sobre este extremo, Sanahuja ha explicado que al haber tantas denuncias por violencia doméstica provoca que no se pueda proteger -por los policías- a las auténticas víctimas... se debe estudiar si se está produciendo un exceso a la hora de denunciar estos casos. Sin embargo, Sanahuja ha reclamado a los abogados “que disuadan a sus clientes de utilizar los procedimientos penales para obtener mejores resultados en los procesos civiles”. En este sentido, ha señalado que una mujer no puede denunciar por malos tratos a su compañero para obtener una mejor separación y ha afirmado que, además de los abogados, los poderes públicos y los medios de comunicación deben favorecer la resolución de desacuerdos matrimoniales y la no utilización de la justicia penal para estos casos.”

las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.

- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea la víctima de los actos de violencia sobre la mujer.
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de los actos de violencia sobre la mujer.
- d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia sobre la mujer.

Se busca unir en el mismo órgano jurisdiccional las competencias penales y civiles que puedan aparecer por un lado, en un asunto penal por violencia contra la mujer, si además entre el sujeto activo y pasivo del mismo se produce la intención de entablar un proceso civil, por alguna de las cuestiones incluidas en el art. 44 de la Ley. En vez de que un Juez del orden jurisdiccional penal, resuelva el proceso penal y un Juez del orden jurisdiccional civil, las cuestiones civiles, como viene siendo hasta ahora, se aúnan ambas cuestiones en un Juez único que será el de Violencia sobre la Mujer.

Consideramos que la adopción de esta medida responde a una de las mayores preocupaciones que por parte del Observatorio de Violencia Doméstica y de la Comisión de seguimiento del CGPJ acerca de la implantación de la Orden de Protección se habían expresado respecto a la regulación de la orden de protección, nos estamos refiriendo a la necesaria coordinación entre los órdenes jurisdiccionales civil y penal,⁶⁶ que sin duda experimentó una considerable mejora tras la aprobación del Protocolo de Coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de las víctimas de violencia doméstica.

Esta situación que permite a un mismo órgano jurisdiccional ejercer competencias penales y civiles relacionadas con un caso de violencia familiar o doméstica tiene su antecedente en la regulación de la orden de protección; en dicha situación era el Juez de Instrucción en funciones de guardia el que si consideraba oportuno concederla podía extender de manera provisional y cautelar su competencia en la adopción de medidas protectoras propias del proceso civil. Sin embargo, la competencia civil que se atribuye por la Ley integral al Juez de Violencia sobre la Mujer

⁶⁶Necesaria coordinación a la que también se hace referencia en el *II Plan Integral contra la Violencia Doméstica* cuando se indica que entre las “Medidas legislativas y procedimentales. Objetivo: *Establecer un marco legal que permita proteger a las posibles víctimas de los actos violentos y sancionar a quienes cometen tales actos.* 7. Estudiar con el Consejo General del Poder Judicial que la instrucción de las causas por delitos y faltas de violencia doméstica se concentren en un mismo Juzgado y que se garantice una adecuada coordinación con los procedimientos civiles.”

va mucho más allá⁶⁷ de lo que acabamos de apuntar; se generaliza, sin que se produzca de manera puntual o coyuntural. El conjunto de materias es muy amplio y abraza toda una pluralidad de relaciones civiles en el seno familiar. Por no hablar de un posible riesgo de “criminalización de las materias y acciones civiles e incluso de su instrumentalización”, peligro del cual advierte el CGPJ, a nuestro juicio acertadamente, en el Informe al Anteproyecto de Ley.⁶⁸

En nuestra opinión resulta tremendamente desafortunado que de manera hipotética o teórica en una materia civil del art. 44. 2 puedan resultar hasta cuatro tipos de órganos jurisdiccionales distintos competentes, o el Juez de Instrucción, o el de Primera Instancia e Instrucción (si no existe división jurisdiccional), el Juez de Familia (si existe alguno especializado) y por último y con los requisitos que acabamos de ver el Juez de violencia sobre la Mujer. Las reglas de competencia no pueden basarse en el sexo de la víctima como sucede en la Ley integral que estamos analizando, se puede llegar a situaciones absurdas en las que un mismo hecho, con unos mismos sujetos, puede ser competencia de órganos diferentes.

En definitiva, y como ya se ha dicho, se opta, por nuevos jueces que poseen más competencias con una generalización de competencias civiles pero a la vez se restringe el ámbito sólo para mujeres y casos de hijos o menores siempre que también se haya producido un acto violento contra la mujer, de esta forma se genera un preocupante panorama de confusión procesal y competencial, creándose además un riesgo de solapamiento indeseable.

B.- COMPETENCIA TERRITORIAL DEL JUZGADO DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER⁶⁹

En el caso de que se trate de alguno de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la LECrim que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos.

Vemos que el criterio utilizado es totalmente nuevo, en lo referente al orden jurisdiccional penal; se habla de que el fuero se determinará por el

⁶⁷El CGPJ en el *Informe del CGPJ al Anteproyecto...*, cit., p. 59 habla de “salto cualitativo”.

⁶⁸*Informe del CGPJ al Anteproyecto...*, cit., p. 92, “La inserción de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden penal, lleva a “criminalizar” las causas civiles que se les atribuye, así como a potenciar el riesgo de que sean instrumentalizados. Si esto ya se detecta con la vigente Ley 27/2003 sería más prudente evaluar aun más la aplicación de esta ley antes que crear un nuevo sistema paralelo que aumenta ese riesgo.”

⁶⁹Art. 59 de la Ley.

lugar del domicilio de la víctima y no, como resulta de manera tradicional, por el lugar de comisión del presunto hecho punible; se utilizará este criterio tradicional para facilitar la orden de protección o la adopción de las medidas urgentes del art. 13 de la LECrim.

A nuestro juicio este cambio puede producir ciertas posibilidades de elección por parte de la víctima del órgano jurisdiccional que más le convenga, puede alterarse la competencia por su mera voluntad, cuestión que resulta indeseable en el orden jurisdiccional penal.⁷⁰

C.- COMPETENCIA POR CONEXIÓN⁷¹

La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3 y 4 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Dichos criterios de conexión son los que se refieren a los delitos cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución y aquellos cometidos para facilitar la impunidad de otros.

Los criterios de conexión me parecen correctos; permiten que se alcance el tan ansiado y loable objetivo - que hasta ahora, se ha intentado conseguir por medio de normas de reparto entre órganos jurisdiccionales- de que la instrucción de las causas abiertas contra un mismo autor de hechos de violencia familiar se tramitasen por un mismo órgano jurisdiccional para evitar la dispersión de denuncias y diligencias y el “peregrinaje” de la víctima de un Juzgado a otro. Además se facilitará la práctica de diligencias y la posibilidad de consulta de antecedentes a efectos penales y procesales.

Sin embargo, a nuestro juicio, para conseguir cumplir las finalidades aludidas en el párrafo anterior hubiera sido deseable que se añadiese el criterio de conexión quinto del art. 17 de la LECrim.⁷² Que indica que serán

⁷⁰El CGPJ en el Informe citado, pp. 68 a 70, se expresa en ese mismo sentido: “Se produce una alteración sustancial de los criterios de atribución de competencia en materia penal. Como es bien sabido, el fuero preferente, según el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es el del lugar de comisión del delito, por entender que es allí donde se ha producido la ruptura de la convivencia social y es más fácil la persecución del hecho criminal. criterio competencial absolutamente novedoso...Por el contrario el determinar la competencia en función del domicilio de la víctima es alterable por la voluntad de ella. Y si inicialmente tiene como finalidad favorecer la proximidad de la víctima al órgano ello es a costa. de la lejanía entre el órgano y el hecho. Además, un mero cambio de domicilio de la víctima frustraría la finalidad de la norma...”

⁷¹Art. 60 de la Ley.

⁷²En este mismo sentido se expresa el CGPJ en el *Informe del CGPJ al Anteproyecto...*, cit., p. 70: “Con esta previsión, por una parte, pueden quedar fuera de la competencia de los juzgados de Violencia sobre la mujer algunos delitos conexas que indudablemente pueden también producirse en el ámbito de la ley especial y por otro, dejan fuera de forma notoria los supuestos del núm. 5 del mismo artículo 17.”

conexos aquellos delitos imputables a una misma persona, al iniciarse el proceso por cualquiera de ellos, siempre que a juicio del Tribunal tuvieran analogía o relación entre sí y no hubiesen sido sentenciados hasta entonces. A pesar de resultar, no sucede así con el resto de criterios, de aplicación potestativa por parte del Juez, consideramos que debería haberse incluido en esta referencia.

Tal vez los delitos cometidos por la misma persona y análogos entre sí no se vean cubiertos con los criterios que se incluyen en este artículo, pensemos en la violencia que puede ejercer un presunto autor contra su esposa y uno de sus hijos, ¿en éste caso no sería conveniente la utilización de los delitos conexos? En ambos supuestos son competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer, ¿o es que tal vez van a tramitarse de manera conjunta a pesar de la indicación legal, porque para que el Juez de Violencia sobre la Mujer sea competente en el supuesto del hijo el criterio competencial que abre la puerta a la actuación a dicho órgano jurisdiccional es la existencia de esa previa agresión a la esposa (que puede encontrarse sin sentenciar, aún, la Ley Orgánica 1/2004, no lo exige)?

3 BALANCE DE LAS REFORMAS

Hemos dedicado las líneas precedentes a la descripción de la situación de hecho que impulsa las modificaciones procesales penales, recogiendo los objetivos que pretenden conseguir las mismas, así como al propio alcance y contenido de las reformas.

Por ello y con la finalidad última de concluir y completar este artículo debemos añadir, como no podía ser de otro modo, una sección que desde un punto de vista crítico valore las reformas producidas en la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal Española determinando si han conseguido sus objetivos y proponiendo, en su caso, propuestas de *lege ferenda* que puedan, de ser necesario, mejorar la situación existente. Además deberemos analizar los costes de las modificaciones, si es que estos han existido. En definitiva, ¿se han conseguido con las reformas los objetivos pretendidos?

A.- REDUCIR EL NÚMERO DE FALLECIMIENTOS

Recordemos en este momento, el cuadro de comparativo de mujeres muertas desde el año 1999 a diecinueve de junio de 2007

MUJERES MUERTAS POR VIOLENCIA DE GÉNERO A MANOS DE SU PAREJA O EX-PAREJA, SEGÚN RELACIÓN CON EL AUTOR. PAREJAS EN

1999 2000 2001 2002 2003 2004 2005 2006 2007

19-jur

PAREJA O EXPAREJA	54	63	50	54	71	72	58	68	36
Cónyuge	30	31	25	24	31	34	21	31	14
Excónyuge	2	4	2	2	4	5	3	4	3
Compañera Sentimental	13	13	16	19	18	14	11	15	12
Excompañera Sentimental	3	3	1	3	9	6	6	9	4
Novia	3	8	2	4	6	8	12	4	2
Exnovia	3	4	4	2	3	5	5	5	1
En Fase de Ruptura (1)	16	10	16	9	12	12	1	12	4
En Fase de Ruptura + Exparejas	24	21	23	16	28	28	15	30	12
% "En Ruptura" sobre total de muertes	43,3	33,3	46,0	29,6	39,4	38,8	25,8	44,1	33,3

Fuente: 1999 - 2005: Elaboración propia a partir de noticias de prensa y de datos del Ministerio de Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

Nota: Datos permanentemente actualizados

(1) Se incluyen aquellas parejas (cónyuges, compañeros sentimentales o novios) en las que se ha celebrado el matrimonio en los que todavía no han surtido los correspondientes efectos legales.

Si duda alguna los datos que acabamos de recoger resultan escalofriantes, además observamos que durante los años 2003 y 2004 sufren un incremento importante respecto a la cifra del 2002, momento en el que hemos visto que se empiezan a realizar varias de las reformas procesales en la materia que nos ocupa. Ya hemos visto que la ley que reintroduce en nuestra legislación procesal penal los juicios rápidos, y que tiene como finalidad, igual que el resto de las reformas disminuir los fallecimientos se aprueba en octubre de 2002, entrando en vigor en abril de 2003.

Es realmente preocupante que a partir del año 2003 las muertes representan una cifra superior a la que existe en los años anteriores a las modificaciones. Siendo el dato más alto de los existentes el del año 2004,⁷³ teniendo en cuenta que en ese momento además del enjuiciamiento rápido ya teníamos en vigor la orden de protección, que hay que recordar que es aprobada por Ley 27/2003, de 31 de julio.

En 2005, descienden respecto al año anterior pero siguen siendo superiores a los datos de la mayoría de los años que preceden a todo este movimiento legislativo que exige cambios para paliar la situación alarmante de violencia de género existente, especialmente preocupante es además el repunte que experimentan las muertes en el año 2006; por

⁷³No es ésta una cuestión baladí, el número es realmente significativo, pues el maltrato a la mujer ha sido la segunda causa de muerte violenta en España después del triste atentado del 11-M.

si lo que acabamos de apuntar fuera insuficiente, el dato de este año, a mediados de junio, parece indicativo de que vamos camino de tener otra elevadísima cifra de fallecimientos.

Lejos quedan las optimistas declaraciones de la Presidenta del Observatorio para la Violencia Doméstica: *“Ninguna mujer con orden de protección ha fallecido hasta el momento -comentó-. Hay más mujeres protegidas a día de hoy”*.⁷⁴

Sin embargo, y desgraciadamente, transcurridos unos pocos meses desde estas declaraciones, ya eran varias las mujeres fallecidas que tenían a su favor una Orden de Protección.

Todo lo que acabamos de reflejar significa que las reformas procesales que hemos acometido no nos han servido para acabar con los fallecimientos; que siguen siendo iguales o superiores.

Parece que el hombre – afortunadamente la mayoría no son así – que está decidido a matar a su pareja o ex – pareja, lo tiene muy claro, suena triste y parece realmente desgarrador, pero hay que ser valientes y dejarse de paños calientes.

Aquel que ha decidido acabar con la vida de su mujer, en algo que podría definirse con la expresión popular con “la maté porque era mía” (o porque ya no lo era, añadido yo), y poco le importa lo que el Legislador a través del Derecho Penal o el Derecho Procesal pueda hacer con él; señores seamos realistas, en este tipo de delincuentes no sirve, por ineficaz, ni la prevención general, ni la especial.

Una vez que se ha llevado a cabo el homicidio o asesinato – que además suele ser, en ocasiones, especialmente cruel – atropellos, apuñalamientos múltiples, martillazos, golpes, ensañamiento brutal, mujeres quemadas vivas con ácido – al presunto autor no le importa la consecuencia, la da igual que le encierren y tiren la llave, no le interesa que la justicia sea rápida ni lenta, no posee perfil de delincuente habitual, pues en la mayoría de los casos o se suicida o se entrega esperando la consecuencia penal una vez alcanzado su objetivo.

Lo mismo sucede con la orden de protección, a pesar de la buena voluntad del Legislador, a pesar de que los Jueces intentan proteger lo máximo a las víctimas, una vez que una mujer tiene el auto a su favor tiene que confiar por un lado, en que su presunto agresor tenga la buena voluntad de cumplirlo y por otro, en el control policial, lo primero raras veces sucede y lo segundo es materialmente imposible, no podemos vigilar y controlar veinticuatro horas al día a todas las víctimas que tiene a su favor una orden de protección, que son miles. Repito, cuando el presunto homicida lo tiene decidido busca el momento y el resquicio oportuno y si quiere siempre lo encuentra.

⁷⁴Fuente www.elmundo.es de fecha miércoles 11 de febrero de 2004.

¿Cuáles es entonces la solución? Lo desconozco, tal vez con educación, políticas de igualdad desde la escuela, campañas de sensibilización o eliminación de publicidad sexista consigamos que en la generación de nuestros nietos las muertes descendan. Parece evidente que no es una cuestión que pueda tratarse únicamente ni desde el Derecho Penal ni desde el proceso penal.

Por lo tanto, el primer objetivo no se ha conseguido, con las reformas procesales penales no han decidido las muertes de mujeres; casi todo lo contrario, incluso se han incrementado.

B.- DISMINUIR LAS DILACIONES INDEBIDAS

Con la estadística en la mano y los datos objetivos se han reducido considerablemente los tiempos del proceso penal que se tramita a través del procedimiento de juicios rápidos en materia de violencia de género. Ya hemos indicado que en el caso de las faltas, salvo excepciones, tardaremos unos ocho días frente a los 158 y en los delitos, también por regla general, una media de un mes, contra los 487 días anteriores.⁷⁵ Esta reducción además, en la teoría, se traduciría también en una disminución de la inseguridad ciudadana en materia de violencia de género, que analizaremos en el punto siguiente al hablar de las denuncias.

La pregunta es: ¿la celeridad se puede conseguir a cualquier precio?; CALVO SÁNCHEZ,⁷⁶ indica que si se acorta el tiempo que media entre la presunta comisión del hecho ilícito y la respuesta jurisdiccional hará por un lado efectivo el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas –que el Convenio de Roma de 1950 en su artículo 6⁷⁷ denomina como derecho a que la causa sea resuelta en un plazo razonable- y por otro satisfará más eficazmente la finalidad preventiva de la legislación penal, de tal modo que dotará de mayor eficacia a la sanción penal que se imponga una vez declarada la culpabilidad del imputado en el proceso, lo que hará que estemos más cerca de los mandatos del artículo 25 de la Constitución Española al tiempo que realiza con prontitud los legítimos derechos de las víctimas que deben necesariamente que ser compatibilizados con la tutela del interés general. Sin embargo, afirma que todo lo expresado anteriormente se podría haber conseguido sin la necesidad de crear un

⁷⁵Sin embargo, ya se han oído tímidas voces, por parte de alguna Asociación de Mujeres, que denuncian que la excesiva rapidez evita en multitud de ocasiones poder detectar delitos de violencia de género psíquica.

⁷⁶Vid. CALVO SÁNCHEZ, M.C, en “El nuevo juicio de faltas regulado por Ley 38/2002, de reforma parcial de la ley de Enjuiciamiento Criminal (I)”, *Diario La Ley*, de 26 de diciembre de 2002, num. 5682, p.1.

⁷⁷Se incluye también este derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, conocido como el Pacto de Nueva York.

nuevo enjuiciamiento inmediato,⁷⁸ es decir, que alcanzar dichos objetivos no pasa necesariamente para su consecución por la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el sentido antes expuesto, por el contrario lo que podría suceder es que una excesiva e injustificada aceleración pueda atentar gravemente contra el derecho defensa e incluso con otra serie de derechos fundamentales.

En este mismo sentido se expresa GIMENO SENDRA⁷⁹ cuando indica que la dotación a nuestro ordenamiento jurídico de este nuevo sistema de enjuiciamiento que va a aportar a nuestro Derecho la necesaria rapidez y eficacia de la cual debe gozar toda justicia penal no debe implicar merma alguna del acusatorio y del derecho de defensa. La implantación de normas legales que intenten limitar y reducir a la mínima expresión el lapso temporal que media entre la presunta comisión del hecho y la celebración del juicio puede ser que en principio aleje el fantasma de las dilaciones indebidas, pero genera un debate profundo por las posible lesiones al derecho de defensa de la persona que vaya a ser objeto de la acusación. Sucede que en este punto va a producirse una fricción entre ambas cuestiones que hace necesario que se consiga equilibrar la balanza para que sin un excesivo retraso, que haga que el sistema sea más rápido y más eficaz, no se produzca merma de garantías que deben protegerse.

A nuestro juicio este es un equilibrio un tanto complicado, y en ocasiones, la balanza parece inclinarse peligrosamente del lado de la aceleración y la eficacia menoscabándose así el derecho de defensa del imputado que con el acortamiento de los plazos no posee tiempo para preparar su defensa.

Además en los tipos delictivos de violencia de género que estamos analizando se está produciendo, a nuestro juicio, una extraña mutación de la “presunción de inocencia” que no favorece en nada a nuestro garantista sistema de Derecho Procesal Penal, la presión mediática, la pena de banquillo y la multitud de mujeres que han conseguido demostrar que han sido maltratadas influyen en ocasiones en el ánimo social generando una peligrosa “presunción de culpabilidad”, con lo cual y tal y como están las cosas el presunto autor de un hecho de violencia de género casi tiene que demostrar que no ha hecho nada y no goza del derecho fundamental citado, al menos para lo que al conjunto de la sociedad se refiere. Proteger

⁷⁸Vid. CALVO SÁNCHEZ, M. C., “Estudio del procedimiento abreviado en la reforma operada por la proposición de Ley 122/0001999 de reforma parcial de la LECrim.: Texto aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en sesión de 27 de junio de 2002”, *Diario La Ley* de 23 de octubre de 2003, num. 5639, p.2, así como CALVO SÁNCHEZ, M. C., “El nuevo juicio...”, cit., p. 2.

⁷⁹Vid. GIMENO SENDRA, V., “Filosofía y principios de los “juicios rápidos””, *Diario La Ley* de 2 de diciembre de 2002, num. 5667, p. 2.

a las mujeres sí, pero no a este precio, no en detrimento de los derechos fundamentales de los hombres.

En ocasiones, la celeridad pretendida no es buena compañera de la justicia y no hay que confundir “juicio rápido o inmediato” con “enjuiciamiento precipitado”⁸⁰ o instantáneo, vamos hacia la justicia a mil por hora. Como ya se ha indicado por algunos autores, entre otros VÁZQUEZ SOTELO,⁸¹ al estudiar la reforma procesal de 1992, puede transformarse el procedimiento en excesivamente inquisitivo lesionándose el principio acusatorio sobre el que se sustenta nuestro enjuiciamiento penal en la actualidad, pues parecería que tanto acortamiento de los plazos llevaría a que el Juez en el servicio de guardia estuviese deseando y esperado impacientemente la llegada del presunto autor para, sin dilaciones y con todo listo y preparado, proceder a su juicio e incluso a su condena.

Sería el momento de indicar que del espíritu de la reforma se desprende un claro componente represivo del Derecho Procesal dando por sentado que el único fin del proceso es imponer penas y sanciones, dejando de lado la interpretación Constitucional que indica que ahora los objetivos del proceso tienen un valor añadido en la tutela de la víctima o en la reinserción social del presunto delincuente, hay que recordar que no siempre que se produce un proceso penal acaba éste con una condena, para ello es necesario que los acusadores desvirtúen la presunción de inocencia a través de la prueba de cargo realizada con las debidas garantías, con respeto a los derechos fundamentales y desarrollada bajo los principios de oralidad, intermediación, contradicción y publicidad. No nos parece lícito que la inoperancia del ejecutivo para luchar contra la inseguridad ciudadana y la delincuencia de género trate de “maquillarse” a través de una reforma procesal de este calado e importancia.

No puede producirse una reducción de las finalidades del proceso penal a la mera y simple imposición de sanciones. Este es un concepto superado por lo que se refiere a las funciones del proceso penal, que deben ser interpretadas a la luz de la Constitución, es necesario abandonar esa vieja concepción acerca de los fines del enjuiciamiento de los ilícitos. Hay que entender que en un Estado Democrático de Derecho el proceso penal va a configurarse como el único instrumento aceptado, permitido, válido y eficaz para llevar a cabo la función jurisdiccional, es el único método válido para solucionar conflictos de Derecho Penal en los cuales existe un interés público de toda la sociedad en que se restituya la paz social que resulta lesionada por la infracción de las normas del Código Penal.

⁸⁰Vid. ORTEGO PÉREZ, F., “La reforma del procedimiento abreviado y los nuevos “juicios inmediatos o rápidos””, *Diario La Ley* de 24 de abril de 2003, número 5767, p. 7.

⁸¹VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La reforma del proceso penal”, en *Comentarios sobre la reforma procesal*, Forum, Oviedo, 1992, p. 288.

Lo que hay que tomar en consideración es que la rapidez no puede alcanzarse a cualquier precio, y es necesario conjugar los diversos factores para equilibrar la balanza, no puede conseguirse una justicia acelerada o a cien por hora, realizando juicios de modo mecánico -¡más madera!, que dirían los hermanos Marx- sin respetar al mismo tiempo las estructuras fundamentales del proceso penal referentes a sus pilares básicos, por lo que respecta a los principios que lo rigen –por ejemplo ceder protagonismo al principio inquisitivo en vez de al acusatorio- o producir colisión en la protección y tutela de los diversos derechos fundamentales para, por ejemplo, en aras de la consecución de derecho a un proceso desarrollado en un tiempo razonable se lesionen o se dejen en un segundo plano los derechos de defensa y asistencia letrada o el proceso con todas las garantías.

Diffícil situación pues en la que se encuentra el Legislador que recibe presiones de la ciudadanía que le exige que tome las medidas necesarias para acabar con esas dilaciones indebidas y así se ve en la obligación de intentar que la reforma consagre ese derecho a un proceso con una duración razonable, es decir sin retrasos injustificados e injustificables, respetando a un tiempo la vigencia de los demás principios rectores del proceso penal y el resto de derechos fundamentales.

Para concluir, considero que la reforma llevada a cabo resulta algo precipitada, puesto que la gran razón, que late para su justificación y que plasma de modo cristalino en la totalidad de su articulado, es una gran urgencia política, el Legislador parece tener cierta prisa⁸² por satisfacer las demandas ciudadanas que reclaman de modo reiterado e insistente la ansiada y pretendida seguridad en su convivencia diaria y cotidiana. Así se va a producir una sustancial aceleración en todos los juicios que regula esta nueva norma. Aunque la necesidad que se intenta satisfacer sea cierta, no resulta loable ni justificable. Considero que con esta regulación se genera la sensación de que en realidad su objetivo es tratar de satisfacer el difícil incremento de la inseguridad ciudadana creando una especie de mecanismos procesales *ad hoc* para su consecución, aunque para ello haya de generarse una reducción de las garantías constitucionales y de los derechos individuales de los imputados.

Soy de la opinión de que todo esto debía haber sido realizado con una mayor reflexión, de manera más pausada, con un estudio detallado y reposado de las verdaderas necesidades de reforma, tratando de adecuar

⁸²Véase la Exposición de Motivos de la Ley que indica que la agilización de procedimientos y el enjuiciamiento inmediato constituyen un objetivo que no admite demora y debe ser acometido con prontitud a través de una reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal actual, profundizando en la vía abierta por lo que en el lenguaje forense e incluso en el coloquial se conoce como “juicios rápidos”, que en algún caso dará lugar a la justicia realmente inmediata.

la legislación a la verdadera realidad y a las auténticas necesidades prácticas, así como a las exigencias del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hay que ser claros, en este momento lo que realmente importaba al legislador es la velocidad, obtener rápida y prontamente las mayor cantidad de Sentencias posibles, mejorar la estadística, acortar plazos, eliminar trámites, parece que nuestros gobernantes se han contagiado de esa propia necesidad de aceleración cuando reitero que lo aconsejable hubiera sido el detenimiento, la profunda reflexión y no un parcheo legislativo más en la ya vetusta y cien veces reformada Ley de Enjuiciamiento Criminal Española.

Parecería que la enorme fuerza expansiva del denominado “síndrome del 11 de septiembre”⁸³ hace que se genere una onda que produce la extensión de la “psicosis colectiva” frente a la sensación de impunidad y desprotección respecto a la delincuencia, tanto de los peligros terroristas nacionales e internacionales como de los maltratados de género. Hasta el punto que el anterior Presidente del Gobierno prometía en una comparecencia pública en el Senado “barrer las calles de delincuentes”.⁸⁴

En definitiva, como resumen de lo expuesto, el valor seguridad ciudadana cotiza al alza en los tiempos que corren pero a mi juicio partiendo de la base de que fuese éste un instrumento válido, no puede ni mucho menos ser el único, en todo caso debe configurarse como un añadido a las medidas de policía que prevengan y controlen la situación descrita.

C.- INCREMENTAR EL NÚMERO DE DENUNCIAS

Hemos indicado que una de las cuestiones que más preocupa al Legislador en esta materia es el hecho de que a pesar de la altísima cifra de maltrato que se conoce que existe, no consta, de manera oficial, porque apenas existen denuncias en materia de violencia de género.

Por ello, ya nos hemos referido a que las reformas procesales penales, que hemos analizado en esta investigación, tiene como uno de sus objetivos principales potenciar las denuncias, para ello, entre otras cosas, se intenta aumentar la confianza de la víctima en el conjunto del sistema, teniendo una justicia rápida, se intenta proteger su vida y seguridad, así como la de los suyos, con la novedosa institución de la orden de protección e incluso se generan Juzgados especializados que incrementen dichas garantías.

En este momento deseo recordar, por su utilidad, el ya citado dato de las denuncias existentes en el año 2001, antes de las reformas procesales

⁸³Vid. MARCO COS J. M., “Juicios rápidos y policía Judicial”, *Diario Aranzadi* 14 de enero de 2003, p. 1.

⁸⁴sVid. Diario *La Razón* de 21 de febrero de 2002.

que estamos analizando, que es de poco más de 15.000; puntualizando, además, que dicha cifra responde al conjunto de denuncias de todo tipo de hechos delictivos relacionados con la violencia doméstica, más allá de la de género, en este número se incluye la violencia familiar, con independencia de la relación de pareja presente o pasada y ejercida por el hombre sobre la mujer; se recoge el maltrato en su conjunto, el de menores, ancianos, hombres o mujeres.

Adjuntemos ahora el dato de denuncias existente a partir del año 2002, que es cuando comienza el movimiento reformador que estamos analizando:

DENUNCIAS POR MALOS TRATOS PRODUCIDOS POR LA PAREJA O EXPAREJA, SEGÚN RELACIÓN CON EL/LA AUTOR/A

		2002	2003	2004	2005	2006	2007
		Acumulada hasta abril					
	TOTAL	43.313	50.090	57.527	59.758	62.170	19.380
	CÓNYUGE	22.430	22.640	23.263	22.252	22.174	6.657
	EXCÓNYUGE(*)	4.674	5.605	6.289	6.466	6.372	1.934
	COMP. SENTIMENTAL	8.166	11.124	14.633	16.255	17.360	5.556
	EXCOMP. SENTIMENTAL	5.640	7.630	9.648	10.827	11.985	3.903
	NOVIO/A	822	1.132	1.494	1.733	1.958	606
	EXNOVIO/A	1.581	1.959	2.200	2.225	2.321	724
	TOTAL	8.216	8.861	9.518	11.080	10.801	3.410
	CÓNYUGE	3.800	3.526	3.288	3.100	2.889	787
	EXCÓNYUGE(*)	1.531	1.906	1.947	2.730	2.517	809
	COMP. SENTIMENTAL	1.249	1.376	1.688	1.946	1.923	600
	EXCOMP. SENTIMENTAL	1.245	1.597	2.037	2.664	2.851	1.000
	NOVIO/A	127	146	157	216	193	61
	EXNOVIO/A	264	310	401	424	428	153

Si estudiamos la Tabla que acabamos de incluir, vemos que el crecimiento de las denuncias es realmente considerable, además el incremento es cada vez mayor, el último dato absoluto, es decir del año completo, o sea durante el 2006, es de 62.170, siendo la cifra referente, únicamente a violencia de género, lo cual es prácticamente cuatro veces mayor que el dato de 15.000 denuncias de 2001 de toda la violencia familiar o doméstica.

Por lo tanto, el objetivo, cuantitativamente considerado, se ha conseguido, las cifras cantan, es evidente que se incrementa el número de denuncias, los números no mienten.

Ahora bien, este es el momento de analizar, pues estamos en

el término de conclusiones, el porqué de dicho crecimiento; podemos avanzar varias hipótesis, veamos: En primer lugar, podría ser que exista aproximadamente la misma cifra de maltrato, que antes de las reformas, pero que, debido a las citadas modificaciones, se ha potenciado el número de denuncias. Justicia más rápida y eficaz, Juzgados especializados, mejor y mayor protección; se traduce en más confianza y mayor seguridad de la mujer, que por tanto va a denunciar más.

En segundo caso podría suceder que se hubiese incrementado la violencia de género y la consecuencia inmediata es que existen mayor número de denuncias. Algunos explicarían este aumento, tal vez, por el factor imitador, dado que estos tipos delictivos ocupan todos los días las noticias o bien, por el falso mensaje que envía la sociedad a los hombres en el erróneo sentido de indicarles que el maltrato queda prácticamente impune. Ambas situaciones podrían influir en un maltratador, digamos potencial, haciendo que lleve a cabo dichas acciones delictivas.

El tercer supuesto sería convenir, como algunos lo han hecho, que un porcentaje de dichas denuncias es producto de una falsedad; es decir, que un determinado sector de mujeres sin ningún escrúpulo, las menos, entienden que, por finalidades repugnantes y espurias, han de denunciar falsamente a sus parejas para, por ejemplo, evitar la custodia compartida o allanar la separación o el divorcio por ser éstos conocidos por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, que, en teoría, sería más proclive a las féminas, al estar especializado.

En este sentido, fueron tremendamente polémicas las declaraciones de la Jueza Decana de Barcelona, en mayo del año 2004, respecto a dicho incremento de denuncias, podemos leer la siguiente noticia:

La decana de los juzgados de Barcelona, María Sanahuja, ha asegurado que se ha producido un aumento en el número de denuncias realizadas por mujeres presuntamente víctimas de delitos relacionados con la violencia doméstica. Según refleja la Memoria de los Juzgados de Barcelona de 2003, las diligencias por delitos de este tipo de violencia casi se han cuadruplicado respecto a 2002, pasando de 609 a 2.016 en el 2003. Asimismo, también aumentaron las diligencias por delitos de abandono de familia (de 256 a 373) y de agresiones sexuales (de 624 a 696). Para Sanahuja, en los temas de violencia doméstica los jueces “trabajan con una gran presión por parte de los medios de comunicación que, aunque es legítima porque afecta a un grave problema social, no permite hacerlo siempre en las mejores condiciones y a veces provoca una justicia defensiva que no siempre ofrece las mejores soluciones al problema”. Sobre este extremo, Sanahuja ha explicado que al haber tantas denuncias por violencia doméstica provoca que no se pueda proteger -por los policías- a las auténticas víctimas...se debe estudiar si

se está produciendo un exceso a la hora de denunciar estos casos. Sin embargo, Sanahuja ha reclamado a los abogados “que disuadan a sus clientes de utilizar los procedimientos penales para obtener mejores resultados en los procesos civiles”. En este sentido, ha señalado que una mujer no puede denunciar por malos tratos a su compañero para obtener una mejor separación y ha afirmado que, además de los abogados, los poderes públicos y los medios de comunicación deben favorecer la resolución de desacuerdos matrimoniales y la no utilización de la justicia penal para estos casos.⁸⁵

De las tres hipótesis que hemos indicado en las líneas precedentes nosotros nos decantamos por la primera, con matices, por tanto, la situación descrita, de manera general, no significaría que existan más casos de maltrato sino que el número de mujeres-víctimas que denuncian va incrementándose porque se sienten más seguras, más protegidas, el proceso se sustancia en menos tiempo, el Código Penal es más severo, en definitiva porque todas las últimas reformas han creado un clima favorable a que la mujer tome la decisión de denunciar, cumpliendo con uno de los objetivos que pretendía la reforma.

Por tanto, no apoyamos la idea de que del incremento de las denuncias pueda deducirse, de manera inmediata, que la situación de maltrato de género sea creciente; sin embargo, sí consideramos que es posible, que haya alguna mujer desnaturalizada que esté utilizando de manera fraudulenta la denuncia, es decir, la vía penal para allanar otro tipo de cuestiones.

Entiendo que pueden existir denuncias falsas, pero considero que serán pocos casos, es decir, que no se puede identificar la mayor parte del incremento con el citado hecho. En éste, como en otros ámbitos, puede existir picaresca, flaco favor hace este pequeño porcentaje de presuntas delincuentes, dado que la denuncia falsa está tipificada, a las mujeres maltratadas reales, que son millones; considero que la solución, para atajar este fraude procesal tremendamente dañino, sería doble; por un lado, si el Juez o el Ministerio Fiscal tiene sospecha fehaciente de la existencia de este tipo delictivo han de abrirse diligencias a dicha mujer, por otro, si se sospecha que ha sido por un consejo de su Abogado, habrá que adoptar las oportunas medidas contra él.

En definitiva y a nuestro juicio, el mayor porcentaje de incremento de denuncias responde, en gran parte, al clima favorable a la denuncia que se produce, por supuesto, tras las diversas reformas procesales penales; la mujer confía más en el sistema y en la justicia, por ello, además se encuentra más protegida, se decide a acudir en mayor número, normalmente, a Comisaría para hacerlo público.

⁸⁵Vid. Diario El Mundo de 28 de mayo de 2004.

Por tanto, y de lo expuesto, podemos deducir que el número de asuntos irá creciendo paulatinamente con lo cual la legislación deberá ser lo suficientemente flexible como para ir creando nuevos Jueces especializados que puedan encargarse de estas tareas.

A pesar de este avance, aún existen puntos negativos, me explico, las denuncias siguen siendo muy pocas, apenas la punta del iceberg; muchísimas mujeres no se atreven, aún, a sacar a la luz su maltrato. Además, la acción positiva hacia la reforma en materia de violencia de género con la creación del Juzgado especializado, que ya hemos analizado, puede tener el problema de que los hombres desconfíen de la justicia; al Legislador se le olvida que a pesar de que la cifra de muertes en materia de violencia doméstica es en su mayoría femenina, también existe maltrato tanto en hombres, como en menores, como en ancianos. Dichas cifras estoy segura que son también altísimas, muchas veces la mujer es víctima, pero además, en ocasiones, es verdugo.

Por ello consideramos, y así lo hemos expresado antes, que el Legislador tenía que haber creado un órgano jurisdiccional especializado en materia de violencia familiar, doméstica y de género, con independencia del sexo o relación de pareja o ex pareja de agresor y víctima en la que además el presunto autor ha de ser el hombre; así el aumento de la confianza en los jueces se habría producido en todas las víctimas, y el incremento de las denuncias hubiese sido general; siempre se ha indicado que el hombre maltratado, que existe, no denuncia, consideramos que después de la creación del Juzgado de Violencia de Género ese porcentaje será aún menor.

Por ello, se aumenta la confianza de la mujer en la justicia y en el sistema, pero ¿y en el hombre?...Sinceramente, lo dudamos. Proteger a cualquier víctima por igual no significa, ni mucho menos, proteger menos a las mujeres.

4 REFLEXIONES FINALES

Es evidente que la violencia familiar resulta un tema de triste y dolorosa vigencia, hay que tener en cuenta que son cuestiones muy sensibles que generan alarma social y que gozan de una amplia cobertura e impacto mediático, por todo ello ha pasado a ser considerado como un problema tan grave y de tal dimensión que excede de la propia esfera privada de las relaciones íntimas y familiares, pasando a convertirse en un ataque frontal a la esencia de la Democracia y del Estado de Derecho Constitucional. Este grave y creciente fenómeno, resulta sumamente perturbador y ha servido para que la sociedad en su conjunto y los poderes públicos, con el Gobierno y el Legislativo a la cabeza, y con el consenso de

todos los partidos políticos, se decidan a apostar por un plan que reforme de raíz las estructuras penales, procesales, judiciales, jurídicas y sociales

Cierto es, por tanto, que tenemos un problema real, que tristemente persiste en la sociedad española, a pesar de los notables esfuerzos que hemos realizado para atajarlo, nos referimos a la violencia de género, que tiene connotaciones indeseables respecto a las mujeres, con un alto número de fallecimientos. Para intentar disminuir la comisión de este tipo de hechos delictivos y faltas hemos abordado toda una serie de reformas procesales penales, entre otras las analizadas en los párrafos precedentes, es decir, el enjuiciamiento rápido, la Orden de Protección, y la culminación de las mismas con la aprobación por unanimidad parlamentaria de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género que introduce en nuestro organigrama judicial el nuevo Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

El objetivo sociológico-político que ampara la reforma de juicios rápidos, en el sentido de pretender conseguir un incremento de la seguridad ciudadana en la materia de violencia de género se dirige al mismo tiempo a fomentar la sensación, en el conjunto de la población española, de que las mujeres en la sociedad actual están más seguras, finalidad que resulta inadecuada para una reforma procesal penal. A pesar de que las modificaciones legislativas de este calado no deben desconocer la realidad criminológica de género existente en un país, deben dirigirse a la adecuación del proceso penal a los fines constitucionales que le son propios y a la aproximación del mismo al respeto y garantía de los derechos fundamentales, a la Jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y a la adecuación de su estructuras a los principios básicos del Derecho Procesal Penal; sin que sea lícito fomentar la consecución de fines espurios.

Por lo expuesto, en realidad el objetivo esencial de la reforma de juicios rápidos no es tanto la lucha contra las dilaciones indebidas, y el retraso intolerable, que hemos visto que existía, en materia de violencia de género, lo cual sí sería una loable aspiración procesal constitucional, sino la aceleración del proceso penal, aceleración que se lleva a cabo con un desarrollo legislativo que sacrifica importantes derechos fundamentales, puesto que se produce una extraña confusión en el Legislador que le lleva a identificar simplicidad y aceleración con merma de garantías y derechos fundamentales a la vez que muestra un carácter claramente represivo del enjuiciamiento penal.

Por lo tanto, con la reforma de juicios rápidos se busca conseguir una respuesta inicial eficaz, ágil, rápida y contundente ante la primera agresión que evite la reiteración de conductas, que además se comprueba que van agravándose. De este modo aumenta la confianza de la sociedad, con lo que disminuye la sensación de impunidad, a la que aludíamos antes,

ante estos tipos delictivos.

Aunque resulta evidente que la reforma realizada no pudo funcionar en la práctica sin el incremento de medios tecnológicos, materiales y personales unido a una perfecta coordinación entre la Policía Judicial, la Judicatura, el Ministerio Fiscal y los Colegios de Abogados. Es necesario tener en cuenta que las diversas personas que desarrollen su actividad en el entorno de este tipo específico de violencia deberán tener una formación y sensibilidad específica que evite la denominada “victimización secundaria” de la mujer, hemos de trabajar en este sentido para conseguir que la atención sea cuidadosa y especializada. Además es necesario potenciar el compromiso conjunto y la cooperación entre todos los sectores implicados, Jueces y Magistrados, Funcionarios del Ministerio Fiscal, Colegios de Abogados, Fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado y Asociaciones de Víctimas.

Por lo que respecta, en segundo lugar, a la orden de protección el mayor problema reside en cómo garantizar su cumplimiento, teniendo además en cuenta que es necesario distinguir entre las mujeres que realmente están necesitadas de protección y aquellas que utilizan esta novedosa institución con finalidades distintas, de naturaleza espuria. Difícil y complicada tarea la del control del cumplimiento de dichas órdenes por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la ausencia de medios personales y materiales; dificultades que no son menores comparadas con la preocupación, el desasosiego, la ansiedad - y por qué no decirlo - el posible miedo del Juez al acordar o no una orden de protección. Juez que se encuentra en el punto de mira de la sociedad.

En cuanto a la creación del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, habríamos preferido la especialización de Jueces de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción para la totalidad de estas materias de violencia familiar o doméstica y no únicamente en lo referente a la denominada “violencia de género”. Es decir, con víctima mujer y presunto agresor hombre. Hubiese sido tremendamente más deseable, el proteger de manera específica a la víctima sin distinción de sexo

Además nos resulta preocupante que en la regulación de estas materias se utilicen criterios de atribución de competencia poco claros, excesivamente complejos (¿cómo se determina la necesaria violencia de género previa para activar la competencia del nuevo órgano jurisdiccional cuando hablamos de un menor?, ¿cuál es el criterio?) y que rompen con la tradición jurídica en nuestro proceso penal, sin ir más lejos en la determinación de la competencia territorial.⁸⁶

⁸⁷Para profundizar en estas cuestiones *vid.* DEL POZO PÉREZ M., “Algunos recelos en torno a la regulación procesal de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.”, *La Ley*, 2006, pp. 1-10.

En definitiva las reformas que hemos estudiado constituyen una apuesta ambiciosa, que deberá contar con los medios materiales y personales necesarios, permitiendo así que puedan llegar a todos y cada uno de los casos, teniendo en cuenta que tanto las mujeres víctimas a proteger como el volumen de asuntos que van a conocer los nuevos Juzgados tenderán a incrementarse.

En resumen, se trata de que entre todos los implicados transmitamos a las víctimas de este tipo de delitos la sensación de que estamos velando por ellas, avanzando cada día para poder acabar con este terrible y creciente fenómeno delincencial. Generando, de esta forma, un clima que potencie las denuncias porque la víctima se sienta escuchada, comprendida, protegida y en definitiva segura, debido a que perciba el sentimiento de que el sistema funciona y por lo tanto se decida a confiar en él.

Considero que las reformas llevadas a cabo resultan algo precipitadas, puesto que la gran razón, que late para su justificación y que plasma de modo cristalino en la totalidad de su articulado, es una gran urgencia política, el legislador parece tener cierta prisa por satisfacer las demandas ciudadanas que reclaman de modo reiterado e insistente la ansiada y pretendida seguridad en su convivencia diaria y cotidiana que pasa por la disminución de los supuestos de violencia de género.

Es inadmisibles legislar a “golpe de caso concreto”,⁸⁷ el Legislador no puede colocarse en el concreto papel de cada una de las víctimas para crear normas “ad hoc”.

De todas maneras a pesar de todo lo avanzado y lo que hemos conseguido con las reformas nos siguen preocupando cuestiones tan importantes como: la no disminución de fallecimientos o la conveniencia de que se produzca un mayor aumento de las denuncias, la posible “presunción de culpabilidad de los hombres”, la desconfianza de éstos en el sistema o las denuncias falsas; son problemas que deben abordarse desde la reflexión y el sosiego inentando adoptar medidas, de toda índole, para atajarlos. Aún queda mucho trabajo por hacer.

⁸⁷Como muestra el, polémico y criticado por los sindicatos policiales, Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica y de Género Aprobado en la reunión del 10-6-04 por la Comisión de Seguimiento de la Implantación de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica; que ya ha sido modificado par adaptarlo a la Ley Orgánica 1/2004. El día de su presentación, el viernes 11 de junio, Montserrat Comas, Vocal del CGPJ y Presidenta del Observatorio contra la violencia doméstica indicó que: *la idea del Protocolo surgió de Interior a primeros de mayo y estuvo motivada, especialmente, por los casos de violencia doméstica con resultado de muerte de Alzira y Granada donde había órdenes de protección o alejamiento*. Debemos criticar que dos situaciones puntuales de muertes violentas de dos víctimas que tenían a su favor una Orden de Protección lleven a la elaboración de una norma de esta importancia y características, a nuestro juicio de una manera precipitada.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: REGIME JURÍDICO

Alcebiades Tavares Dantas*

1 INTRODUÇÃO

Nos processos de execução trabalhista, e em decorrência das dificuldades em prosseguir com a execução em bens da sociedade, tornou-se uma prática rotineira a imediata a desconsideração da personalidade jurídica com a determinação para o prosseguimento da execução em bens particulares dos sócios, gestores ou mandatários, inclusive com a realização de penhoras *on-line* em contas bancárias, muitas vezes onde são depositados salários ou vencimentos, até mesmo em contas de sócios que já haviam se retirado da sociedade, de sócios que não exerceram cargos de gestão, ou mesmo de sociedades que já encerraram suas atividades.

A orientação adotada não decorre do exame de fraudes contra credores, fraude à execução, fraude na sucessão de empregadores, assim como, muitas vezes, não decorre do exame do modo e da forma como os negócios foram conduzidos, ou da destinação do patrimônio da sociedade, ou mesmo do exame da responsabilidade e participação dos sócios administradores, sócios não administradores, ex-sócios, ou mesmo de administradores não sócios, que não integram o título executivo, ou mesmo exame do que ocorreu com os proprietários de fato.

O posicionamento que vem sendo seguido pode ser questionado de várias formas. Um deles decorre do ensinamento de Wilson de Souza Campos Batalha (1994), para quem, a rigor, “os sócios, não ocorrendo dolo ou culpa, nem atos contrários à lei ou *ultra vires*, não respondem diretamente pelas dívidas da sociedade, mas apenas subsidiariamente inexistindo bens sociais suficientes,” e que,

[...] embora assim sendo, parece claro que a responsabilidade só se efetivará se o responsável for citado e, afinal, condenado, posto que indispensável à execução é que o nome do executado conste no título executivo judicial. A extensão da responsabilidade, por execução, a terceiros que não se mencionem no título executivo, só é possível em hipóteses à fraude á execução, ut art. 593 do Código de Processo Civil. Excluídas essas hipóteses a responsabilidade só poderá estender-se a quem integrar o processo executório e constar no título executivo judicial.

* Desembargador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região.

Prossegue ele dizendo que:

[...] entretanto têm surgido divergências jurisprudenciais notórias, sobretudo no Direito Processual Tributário, acerca da possibilidade de promover-se a execução fiscal contra sócio, gerente ou diretor, cujo nome não conste no título executivo (dívida inscrita), se não forem encontrados bens da sociedade, sendo também hesitante a jurisprudência acerca da extensão da responsabilidade trabalhista a sócios, gerentes ou diretores cujos nomes não tenham sido mencionados no pronunciamento condenatório. Essa extensão só seria possível nas hipóteses de fraude à execução ou de extinção e liquidação de *facto* de pessoas jurídicas para baldar os atos executórios pelo “desaparecimento” do executado.

Também conclui que, “excluídas as hipóteses de fraude à execução e de dissolução e liquidação de *facto* de pessoas jurídicas, não pode estender-se a execução a quem não tenha participado, pessoalmente do processo e cujo nome não conste no título executivo judicial.”

A “*disregard of corporate entity*” caracteriza-se na medida em que se confunde o patrimônio com o desvio de bens, ou na ocorrência de fraude, objetivando a desconsideração da personalidade coibir a consolidação dos malefícios contra credores ou terceiros, mas, por outro lado, algumas vezes, não estamos, a rigor, diante das hipóteses de desconsideração da pessoa jurídica, mas tão somente de simples responsabilização pessoal, objetivando o presente trabalho a estudar o exame do sistema de legalidade existente sobre a matéria e responder se é correto ou não o procedimento anteriormente citado.

O presente trabalho tem por objetivo estudar os aspectos relacionados com esse tema.

2 OBSERVAÇÕES INICIAIS

É possível inicialmente constatar que a execução é realizada contra quem não consta no título executivo, assim como a existência de limitações do próprio processo de execução trabalhista, que impede uma ampla discussão sobre a matéria, uma vez que, pelo executado ou por terceiros, só podem ser usados os Embargos à Execução ou então Embargos de Terceiros, assim mesmo, com as limitações processuais que inadmitem o uso do recurso de revista.

Por outro lado, quanto aos Embargos de Terceiro, a Súmula 184 do extinto Tribunal Federal de Recursos estabelecia que “em execução movida contra sociedade por quotas, o sócio-gerente, citado em nome

próprio, não tem legitimidade para opor embargos de terceiro, visando livrar da constrição judicial seus bens particulares.”

É certo, no entanto, que, opondo embargos de execução, o sócio-gerente poderá alegar qualquer matéria que lhe seja útil, inclusive a inexistência de sua responsabilidade pessoal, mas, por se tratar de execução e, quanto aos Embargos de Execução no Processo do Trabalho, devem ser mencionados os estreitos limites que a lei lhe deu (**Art. 884 da CLT, § 1º- “A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida”**), bem como mencionar os limites de admissibilidade ao Recurso de Revista no processo de execução trabalhista, cuja previsão é tão somente de discussão de violação de texto constitucional, impedindo o exame de violação de lei infraconstitucional ou mesmo conflito jurisprudencial, consoante Enunciado 266 do TST, do seguinte teor: “A admissibilidade do recurso de revista contra acórdão proferido em agravo de petição, na liquidação da sentença ou em processo incidente na execução, inclusive os embargos de terceiro, depende de demonstração inequívoca de violência direta à Constituição Federal.”

Registro também que o procedimento citado na introdução do presente trabalho tem sido adotado como regra e sem observância das peculiaridades de cada caso, ou do sistema de legalidade previsto em lei no que diz respeito ao tipo de sociedade, ou, ainda, sem exame das responsabilidades pessoais, além de, muitas vezes, ser efetivado sem a observância do contraditório, sem prova de abuso de direito por parte de diretores, sócios ou gerentes, ou sem prova de desvio ou excesso de poder, mediante simples pedido e imediato despacho.

Não se observa também o fato de que, no sistema de legalidade em vigor, a pessoa jurídica tem patrimônio autônomo e é distinta dos seus membros, assim como são distintos os patrimônios.

Também não é feita a distinção entre má administração da simples incompetência administrativa do administrador, a primeira prevista na lei do consumidor quando “houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por **má administração,**” que pressupõe a administração ruinosa e na qual são usados meios fraudulentos, envolvendo dilapidação patrimonial que acabam por tornar insolvável a sociedade, enquanto a incompetência administrativa é relativa ao administrador honesto, de boa-fé, porém infeliz nos atos de administração, sendo até mesmo incompetente, mas que não poderá ser responsabilizado com apoio na lei mencionada.

Quanto à incompetência administrativa, Sérgio Campinho (p.65, 2005), cita decisão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 3ª Câmara, Apelação nº 507.880-6, do seguinte teor:

Percalços econômicos financeiros da empresa, tão comuns na atualidade, mesmo que decorrentes da incapacidade administrativa de seus dirigentes, não se consubstanciam, por si sós, em comportamento ilícito e desvio de finalidade da entidade jurídica. Do contrário, seria banir completamente o instituto da pessoa jurídica.

Muitas vezes também não são feitas distinções 1) quanto ao encerramento ou inatividade sem que a sociedade passe por regular procedimento de dissolução e liquidação, hipótese que configura a dissolução irregular e que é configuradora da responsabilidade de todos os sócios (mas que não é, a rigor, a hipótese técnica da desconsideração da personalidade), 2) das hipóteses do regular encerramento das atividades a partir de um processo regular de apuração de ativo e passivo e, 3) quando verificada a insuficiência do ativo, configuradora da falência, circunstância em que a responsabilização dos administradores ou até mesmo dos sócios não fica obstada pela personalidade jurídica da sociedade, mas deve ser remetida ao exame das hipóteses previstas na lei de falência, afastando a desconsideração da personalidade no processo do trabalho.

Uma prática tão amplamente aplicada não parece estar autorizada de forma tão genérica, ou encontrar apoio no artigo 50 do Código Civil, que tem o seguinte teor:

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

E isso porque há na própria norma citada uma exigência legalidade quanto aos requisitos exigidos que autorizariam o magistrado à agir, quais sejam: 1) a de prova de abuso da personalidade jurídica; 2) a caracterização e prova do desvio de finalidade; 3) prova de confusão patrimonial.

Também não parece estar autorizada no artigo 596 do CPC, o qual estabelece que: “[...] os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, **senão nos casos previstos em lei**; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade.”

O § 1º do aludido artigo, por sua vez, estabelece que “cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo nomear bens da sociedade sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.”

Há, portanto, uma exigência de expressa previsão legal autorizadora,

bem como o direito de serem excutidos em primeiro lugar os bens dos sócios.

Também não parece estar autorizada pelo art. 1088 do Código Civil, no que pertine na sociedade anônima, o qual estabelece que “na **sociedade anônima ou companhia**, o capital divide-se em ações, **obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço da emissão das ações que subscrever ou adquirir.**”

Também não está autorizada uma responsabilização genérica de todos os sócios, quanto à **Sociedade em Comandita por ações**, que tem o capital dividido em ações, regendo-se pelas normas relativas às sociedades por ações, e na qual, segundo estabelece o art. 1090 do Código Civil, somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, como **diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade, e, se houver mais de um diretor, serão solidariamente responsáveis.**

Também não parece autorizada, e isso em decorrência do regime legal estabelecido, pelos artigos 663 e 665 do Código Civil, do seguinte teor:

Art. 663- Sempre que o mandatário estipular negócios expressamente em nome do mandante será este o único responsável; ficará, porém, o mandatário pessoalmente obrigado se agir no seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante.

Art. 665- O mandatário que exceder aos poderes do mandato, ou proceder contra eles, será considerado mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos.

Na primeira regra, se o mandatário age em nome da empresa, o responsável é a empresa, enquanto na segunda, que fala na má-gestão, uma vez que recebeu poderes, mas os excedeu e trabalhou além deles, só se opera a responsabilidade solidária após a empresa reconhecer esses atos.

O art. 868 do CC, por sua vez, estabelece que: “O gestor responde pelo caso fortuito quando fizer operações arriscadas ainda que o dono costumasse fazê-las, ou quando preterir interesse deste em proveito de interesse seu.”

Má-gestão de mandatário, ou do gestor, só produz efeitos contra ele quando reconhecida pela empresa, ou pelo judiciário através do meio processual adequado, que não é uma reclamação trabalhista.

O que foi citado acima revela a existência de fundamentos objetivos para definir a má-gestão, mas ainda assim teria que ser declarada em processo próprio.

A Súmula 112 do antigo Tribunal Federal de Recursos já havia pacificado o entendimento de que, na hipótese que é seu objeto, existe um sistema de legalidade: “Em execução fiscal, a responsabilidade pessoal do sócio gerente de sociedade por quotas, decorrente de violação de lei ou excesso de mandato, não atinge a meação de sua mulher.”

Mas, contrariamente aos dispositivos citados, a prática parece encontrar autorização nos seguintes artigos do Código Civil:

1. Art. 981 -*“Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividades econômicas, **E A PARTILHA, ENTRE SI, DOS RESULTADOS.**”*
2. Art. 1023 -*“Se os bens da sociedade não cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, **na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.**”*
3. Art. 1016 -*“Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, **por culpa no desempenho de suas funções.**”*
4. Art. 1024 -*“Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.”*
5. Art. 1025 -*“O sócio admitido em sociedade já constituída, não se exime das dívidas sociais anteriores à administração.”*

Também têm sido penhorados bens de sócios que não são ou foram diretores, outras vezes dos que já haviam saído da sociedade, ou mesmo de acionistas das sociedades anônimas sem sequer atentar para os limites de sua participação acionária, ou mesmo sem observar que os bens dos sócios só respondem nos casos previstos em lei, segundo a dicção do art. 596 do CPC.

Sendodistintasassociedadescomerciais, distintasasresponsabilidades, distintas as conseqüências do encerramento das atividades das empresas, ou as conseqüências da inadimplência, formando a sociedade pessoa jurídica corporativa um condomínio de patrimônio, ao qual a ordem jurídica confere direitos e obrigações diferentes daqueles relativos aos condôminos, como decidiu o STJ, 1ª Turma, no Resp 242721-SC, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJU 17.9.2001, p.112, RSTJ 150/77. Em princípio, não se comunicam as obrigações entre as sociedades e os sócios, assim como não se comunicam os bens, levando a que a constrição dos bens dos sócios não possa ser feita de forma ampla e ilimitada, ou por simples conveniência de um credor ou do processo de execução.

A jornada STJ 59 confirma o entendimento de que existem limites à desconsideração ao se posicionar no sentido que “os sócios-gestores e. os administradores das empresas são responsáveis **subsidiária e ilimitadamente pelos atos ilícitos praticados, de má-gestão ou contrários ao previsto no contrato social ou estatuto**, consoante estabelecem os artigos 990, 1009, 1116, 1117 e 1091, todos do Código Civil,” portanto limitando e excluindo os sócios que não são gestores ou administradores.

Os dispositivos citados em que se apoiou a jornada para editar o enunciado 59 têm a seguinte redação:

Art. 1091 - “Somente o acionista tem qualidade para administrar a sociedade e, **como diretor, responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.**”

Art. 990 - “Os bens dos sócios respondem pelos atos de gestão, **praticados por qualquer dos sócios**, salvo pacto expresso limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.”

Art. 1009 - “A distribuição de lucros ilícitos ou fictícios acarreta responsabilidade solidária dos administradores que a realizem e dos sócios que os receberem, conhecendo ou devendo conhecê-los a ilegitimidade.”

Art. 1116 – “Na incorporação, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que sucede a elas em todos os direitos e obrigações, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.”

Art. 1117 – “A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo.”

Art. 1119 – “A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.”

3 PESSOA JURÍDICA E DESCONSIDERAÇÃO

Ensinam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2003), que “as sociedades estão reguladas pelo CC 982:

- a) sociedades empresárias;
- b) sociedades simples (não empresárias).

A sociedade empresária é a que exerce atividade empresária, isto é, atividade econômica organizada e habitual destinada à produção ou circulação de bens ou serviços, conforme art. 966 *caput*, com o intuito de um outro resultado econômico. A

sociedade simples é a que exerce atividade econômica não comercial ou empresarial, como as de profissão intelectual, e natureza científica, literária ou artística, salvo se a referida atividade constituir-se um elemento da empresa (CC 966, parágrafo Único).

O CC não considera como empresárias as atividades: a) do pequeno empresário, dada à natureza artesanal de sua atividade (v.g. trabalho próprio ou de familiares); b) dos que exercem profissão intelectual, que tenha natureza científica, literária, artística; c) do empresário rural, facultado, entretanto, a ele, que se inscreva no Registro das Empresas, caso em que a atividade negocial passará a ser regida como atividade empresarial; d) sociedade simples, que visa realizar atividades econômicas não empresariais (CC 997), embora subordinem-se ao direito empresarial.”

É a lei que estabelece as prescrições legais para a constituição das sociedades, autoriza o nascimento, estabelece a capacidade e a personalidade e a aptidão para adquirir direitos, contrair obrigações, além da aptidão para exercê-los, sem que se confundam com as pessoas naturais ou com os sócios.

A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio, na forma da lei e dos seus atos constitutivos, consoante o art. 981 do Código Civil, que exige a celebração de contrato das pessoas que se obrigam a contribuir, bem como o art. 985 CC, o qual estabelece que a sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos.

O art. 45 do Código Civil, por sua vez, estabelece que “começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessária, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passa o ato constitutivo,” enquanto o art. 1150 CC, por sua vez, estabelece que “o empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público das Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das pessoas jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.”

É, portanto, a partir do registro, que começa a existência legal da sociedade, terminando após a partilha do acervo remanescente entre os sócios, acaso existente, e quando ultimada a fase de liquidação judicial ou extrajudicial. Consenso entre os sócios pode levar a dissolução, ou por haver a anulação de sua constituição quando ocorre judicialmente. Durante o processo de dissolução, a sociedade dissolvida mantém a sua personalidade jurídica.

Os efeitos da personalização, oriundos da criação reconhecida pelo

direito como pessoa jurídica distinta da dos criadores, levam a que sejam as sociedades capazes de direitos e obrigações, passem a ter existência distinta da dos seus membros e, tendo patrimônio próprio (autonomia patrimonial), o patrimônio social não se confunda com o dos sócios e, ainda, que o seu patrimônio, independentemente do tipo adotado, é que irá responder pelas suas obrigações. A responsabilidade é sempre ilimitada, mas a sociedade só irá responder pelo seu passivo com as possibilidades do seu ativo, mas, dependendo do tipo societário e de circunstâncias específicas, os sócios poderão vir a responder de forma subsidiária e ilimitada pelas dívidas sociais.

Os sócios cotistas de sociedade, por outro lado, muitas vezes não praticam atos de gestão e “não são necessariamente comerciantes. De igual modo o relacionamento entre a sociedade e seus cotistas é de natureza civil, conforme STJ, 1ª T, REsp 242721-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, m.v.j.19.6, DJU 17/9/2001, p.112, RSTJ 150/77, o que impede uma responsabilização generalizada como não se houvesse qualquer disciplina legal sobre a matéria, até mesmo porque, segundo os arts. 186 e 187 CC, respectivamente, somente “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ou “também comete um ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou, pelos bons costumes.”

Clovis Ramalhete, como Consultor Geral da República, em parecer aprovado pelo Presidente da República, posteriormente publicado o extrato doutrinário como artigo intitulado “Sistema de legalidade, na desconsideração da personalidade Jurídica,” Revista Forense, vol. 293, confirma o entendimento que o direito positivo brasileiro reconhece à personalidade jurídica das Sociedades Comerciais, decorrendo daí certos efeitos de direito. Um deles está em a Pessoa Jurídica distinguir-se dos seus sócios. Um outro efeito consiste em que, estando por lei personalizado o patrimônio da Pessoa Jurídica, este por isso destaca-se do patrimônio dos sócios. Nem pessoas nem patrimônios comunicam-se para efeito de direito.

Para ele, tanto a consideração da Pessoa Jurídica deve ser entendida como aplicação casuística e só viável e justificada com base na lei, como a desconsideração.

Ademais, como já mencionado, sempre haverá o benefício da ordem em favor do sócio, eis que primeiro devem ser executados os bens da sociedade, ficando os bens particulares dos sócios condicionados à exaustão do patrimônio social, com execução limitada ao tipo de responsabilidade existente, uma vez que não é possível, ou justo, que

um sócio minoritário e não participante da administração, ou que não tenha nenhuma participação em abusos praticados, ou atos ilícitos, ou desvios sobre os quais não tem controle, responder com seu patrimônio particular.

Clovis Ramalhete, no trabalho citado, também refere à desconsideração dizendo que ela “não chega a desconstituir a personalidade. Apenas não se lhe reconhece eficácia jurídica; **E ISSO, CASO POR CASO,**” assim como afirma que “é difícil, mas não impossível, estabelecer qual seja o apoio jurídico legal que se dê ao ato de afastar a personalização. Ela, porém sempre resulta de um caso concreto,”

Como a sociedade tem existência distinta da dos seus membros, é titular de personalidade e, em nome próprio, titular de direitos e obrigações, torna-se também questionável que o sócio não participante da gestão, ou que não tenha poderes de direção ou possa interferir nos negócios, ou que, sobre eles não tenha nenhum controle, possa responder por um ato ilícito praticado por outrem, até mesmo porque, conforme já mencionado, o art. 186 do Código Civil estabelece que somente aquele que, “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Quando, por sua vez, não foi provado o fim ilícito da administração dos sócios que com a sociedade se confundem, dado o controle acionário que detêm, ou quando não foi provada a exigência dos requisitos estabelecidos nos dispositivos citados no início do presente trabalho, que autorizam a desconsideração, não é possível executar os bens dos sócios.

Fábio Konder Comparato (1978, p.295) assinala que:

[...] um dado, porém é certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica **é sempre feita em função do poder de controle acionário**. É este o elemento fundamental que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes.

Fábio Ulhoa Coelho, *apud* Sérgio Campinho (2005, p.68), defende que a teoria da superação só se mostra pertinente

[...] quando a responsabilidade não pode ser em princípio, diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica. Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há por que cogitar da superação da sua autonomia. E, quando alguém, na qualidade de sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica, provoca danos a terceiros, inclusive consumidores, em virtude de comportamento ilícito, responde

pela indenização correspondente. Nesse caso, no entanto, estará respondendo por obrigação pessoal, decorrente do ilícito em que incorreu.

É que, se a imputação pode ser direta e se a existência da pessoa jurídica não é um obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há como falar ou cogitar da superação da sua autonomia, ou mesmo da existência da própria pessoa jurídica.

Ocorre que a sociedade pode, em certas circunstâncias, ser instrumento de fraude contra credores, ou tornar-se manipulável por sócios ou administradores inescrupulosos, ou mesmo com conhecimento de outros sócios, objetivando a consumação de fraudes ou mesmo abuso de direitos cometidos por meio da personalidade adquirida.

Foi para coibir a prática de atos ilícitos, abusos, confusão patrimonial ilícita ou ilegal, que nasceu a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, não tendo ela nascido tão-somente para satisfazer os credores com o patrimônio dos sócios, tanto que Rubens Requião, que foi o primeiro jurista a tratar do assunto, usa a expressão **“em certos casos desconsiderar ou efeitos da personificação**, para atingir a responsabilidade dos sócios” contudo sem objetivar declarar nula a personificação, mas tão somente torná-la momentaneamente ineficaz, mas observando o sistema de legalidade existente, portanto reconhecendo os limites impostos.

Não se admite nem a personificação absoluta, especialmente quando é ela usada como instrumento de atos ilícitos, fraudes ou abusos, confusão patrimonial, nem a despersonificação de qualquer forma ou modo, até mesmo porque há um regramento legal a ser obedecido.

Sérgio Campinho (2005, p.66) ensina que:

[...] tem aplicabilidade a teoria da desconsideração, por exemplo, quando o sócio transfere bens que, em realidade, pertencem à sociedade “A” tais como aqueles que compõem o estabelecimento empresarial (fundo empresarial), necessários ao exercício de sua empresa, mas que foram formalmente transmitidos para o patrimônio da sociedade “B”, por eles também integrada, com o fito de esvaziar o ativo social da sociedade “A”, pondo “a salvo” certos bens dos credores sociais, embora tais bens permaneçam a ser por ela utilizados no desempenho de sua empresa.

No Brasil, o primeiro regramento sobre a desconsideração da personalidade encontra-se na Lei nº 8.078/90 - o Código de Defesa do Consumidor - que, no seu art. 28, estabelece um rígido sistema de legalidade ao dispor que:

[...] o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, **HOUVE ABUSO DE DIREITO, EXCESSO DE PODER, INFRAÇÃO DE LEI, FATO OU ATO ILÍCITO OU VIOLAÇÃO DOS ESTATUTOS OU CONTRATO SOCIAL**. A desconsideração também será efetivada quando **houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica PROVOCADOS POR MÁ ADMINISTRAÇÃO**.

Como a relação de emprego não é uma relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor não poderia ser aplicado nas execuções do processo do trabalho, a não ser que se faça a aplicação por analogia, observando-se, no entanto, que o aludido dispositivo legal não incluiu a fraude, e, ainda, olhando com reserva a figura de “excesso de poder”, ou com cuidado o que se deve entender por “infração da lei”, em face das inúmeras leis existentes e de estarmos num regime aberto que admite várias formas de interpretação.

Quando alguém, na qualidade de sócio controlador ou representante legal da pessoa jurídica, provoca danos a terceiros, em virtude de comportamento ilícito, responde também pela indenização decorrente do ato ilícito em que incorreu, mas sem que seja possível, de imediato, atribuir aos outros sócios uma responsabilização pessoal porque não agiram com dolo ou culpa, culpa que decorreria de um exame de uma possível omissão e sem que se lhes possa atribuir, de imediato, uma responsabilização por ato comissivo.

4 HIPÓTESES LEGAIS DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE

Além das leis já citadas, encontramos outros exemplos nas leis brasileiras que informam o regime legal da desconsideração e a responsabilização de sócios e administradores; nestes casos não se tratando, a rigor, de desconsideração, mas, sim, de responsabilização direta.

LEI Nº 8.866, DE 11/04/1994

A Lei nº 8.866, de 11/4/1994, oriunda da Medida Provisória nº 449, de 17 de março de 1994, que dispõe sobre depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública, define como tal a pessoa a quem a legislação tributária ou previdenciária imponha a obrigação de reter ou receber de terceiro e recolher aos cofres públicos impostos, taxas, contribuições, inclusive da seguridade social. Considera aperfeiçoado o depósito na data do recebimento, sendo que o art. 7º estabelece que,

quando o depositário foi a pessoa jurídica, a prisão será decretada contra seus diretores, administradores, gerentes ou empregados que movimentem recursos financeiros, isolada ou conjuntamente.

Caracterizada a situação de depositário infiel, o art. 3º exige o ajuizamento de ação civil a fim de exigir o recolhimento do valor do imposto, taxa ou contribuição descontada, com os correspondentes acréscimos legais, enquanto o art. 4º estabelece que, na petição inicial, deverá constar o pedido para recolher ou depositar a importância correspondente ao valor do imposto e a cominação de prisão caso não seja recolhida ou depositada.

O art. 7º, por sua vez, estabelece que, quando o depositário infiel for pessoa jurídica, a prisão referida no § 2º do art. 4º será detratada contra seus diretores, administradores, gerentes ou empregados que movimentam recursos financeiros isolada ou conjuntamente.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O Código Tributário Nacional, por sua vez, traz regras específicas definindo e, ao mesmo tempo, estabelecendo responsabilidades sobre a matéria:

Art. 134- “Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este ***nos ATOS EM QUE INTERVIERAM OU PELAS OMISSÕES POR QUE FOREM RESPONSÁVEIS:***

I, II)-(...)

III- “***os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;***”

IV, V, VI- (...)

VII- “***Os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.***”

Além das restrições citadas, o art. 52 do Código Civil, por sua vez, estabelece uma outra limitação, a que decorre do direito de personalidade, qual seja, a de que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”, enquanto o art. 12 do mesmo diploma legal estabelece que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”, indicando que a penetração, até o substrato da pessoa jurídica e estendendo-se mais além, para bens particulares, tem sempre caráter excepcional, viola o direito da pessoa jurídica individual, confundindo personalidades, patrimônios e o que o direito quis separar, até mesmo porque, quando se formula o pedido que pode ensejar o desprezo pela forma da personalidade, tem-se de prová-lo e justificar, pelo menos

toda vez que seja cabível e exigível falar em ônus da prova, assim como deve ser obedecido o regime legal que disciplina a matéria.

SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

1. O antigo Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que Regula a constituição de sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, segundo Nelson Nery, tacitamente revogado pelo novo Código Civil, no art. 100, estabelecia que:

Art. 10 - Os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, MAS RESPONDEM PARA COM ESTA E PARA COM TERCEIROS SOLIDÁRIA E LIMITADAMENTE PELO EXCESSO DE MANDATO E PELOS ATOS PRATICADOS COM VIOLAÇÃO DO CONTRATO OU DE LEI.

Os requisitos naquela época exigidos, caso se defenda e entenda pela inaplicabilidade do aludido dispositivo em face do entendimento de sua revogação, e isso porque o CC 2037 pode levar a entendimento contrário quando estabelece que, “salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições da lei não revogadas por este Código, referentes a comerciante, ou a sociedades comerciais, bem como as atividades mercantis,” eram os seguintes:

1. Excesso de mandato;
2. Violação do contrato;
3. Violação de lei, a qual não se confunde com o descumprimento de obrigações legais ou com a prática de ato ilícito.

Hoje, pelo CC, no que concerne as sociedades de responsabilidade limitada, são várias as hipóteses:

1. O art. 1.052 estabelece que: **“na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”**

2. O § 1º do art.1055, por sua vez, estabelece que “pela exata estimação de bens conferidos ao capital social respondem solidariamente todos os sócios, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade.”

3. O art. 1058 disciplina hipótese de não integralização de sócio remisso, excluindo-o e devolvendo o que houver pago.

4. O art. 1059 disciplina a hipótese de reposição de lucros ou de quantias retiradas, a qualquer título, quando se distribuírem com prejuízo do capital.

5. O art. 1060 atribui a administração a uma ou mais pessoas designadas no contrato, mas o parágrafo único não atribui a administração ao sócio que posteriormente adquiriu essa qualidade.

Sobre este tipo de sociedade, Sérgio Campinho (2005, p.72) cita decisão do Tribunal de Alçada do Paraná do seguinte teor:

Sociedade por cotas de responsabilidade limitada — desconsideração da personalidade jurídica — aplicação que requer cautela e zelo, sob pena de destruir o instituto da pessoa jurídica e olvidar os incontestáveis direitos da pessoa física — necessidade de que seja apoiada em fatos concretos que demonstrem o desvio de finalidade social da sociedade, com provento ilícito dos sócios.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Pelo artigo 2º, § 2º, a CLT não desconsidera propriamente a personalidade jurídica, mas cria um único empregador e uma solidariedade, legal, decorrente da lei, embora as empresas estejam legalmente separadas, quando a empresa ou várias delas encontram-se sob controle ou administração de outra, considerando o grupo em solidariedade direta, enlaçando as empresas e tornando-as responsáveis independentemente de abuso, ato ilícito ou confusão patrimonial.

A redação do § 2º do art. 2º tão somente estabelece que:

[...] sempre que um ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

No que pertine à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços e a desconsideração da personalidade para evitar a execução contra o tomador de serviços, no processo RO nº 00549.2006.005.14.00-3, recorrente o Estado de Rondônia, recorridos Carlos Boudreau Garcês dos Santos, Firmino Gilberto Banus e Condor Vigilância e Segurança Ltda, o Estado de Rondônia pediu a desconsideração da personalidade jurídica da empresa aduzindo que, caso a empresa não tenha patrimônio para honrar suas dívidas trabalhistas, deve-se atingir o patrimônio dos sócios. Amparou o pedido no disposto nos artigos 135 do Código Tributário Nacional (**Art. 135- “São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto: I- as pessoas referidas no artigo anterior;**

II- os mandatários, prepostos e empregados; III- os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado”), 28 da Lei nº 8.078/90 e 18 da Lei nº 8.864/94, mas entendeu o TST que o novo Código Civil no art. 50, estabeleceu previsão normativa expressa sobre a teoria da desconsideração da personalidade, apontando as hipóteses, quais sejam: abuso da personalidade jurídica desvio de finalidade e confusão patrimonial, assim como entendeu que a desconsideração é medida excepcional que só deve ser imposta quando existirem provas robustas ou fortes indícios de constituição fraudulenta da sociedade, da intenção de obstruir eventual credor, assim como se houver, por parte de seus dirigentes, prática de ato ilícito, abuso de poder ou violação de normas.

No processo TST AIRR-2723/2003-021-02-40, DJ 01/11/2006, Relator Ministro Aloysio Correa da Veiga, foi estabelecido que a desconsideração da personalidade jurídica envolve relação de solidariedade, não se tratando, pois da subsidiariedade, da qual decorrem as obrigações dos sócios pelas dívidas trabalhistas, se a empresa não as satisfizer.

Entendeu, ainda, que é “imperiosa a aplicação da teoria da despersonalização da pessoa jurídica (*disregard of legal entity*), sob pena de inviabilizar a satisfação do crédito trabalhista, de natureza alimentar,” bem como entendeu que “o descumprimento de direitos trabalhistas caracteriza a violação de lei. A responsabilidade do recorrente decorre da sua qualidade de Diretor Presidente, seja como acionista, seja como mero subscritor de ações posteriormente não integralizadas, o que dada a gravidade das circunstâncias que envolveram a interdição e o encerramento das atividades da empresa empregadora, faz por levantar forte suspeita de irregularidades também nas manobras relativas às alterações do quadro societário. Entendeu, ainda, que o recorrente era parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

No processo AIRR-1577/1996-012-03-40, em que é agravante José Batista Ferreira e agravados Cid Alves, Pinto Júnior e Aurora Participação e Administração S/A e outro, o Tribunal Superior do Trabalho, examinando decisão do Tribunal Regional do Trabalho que **desconsiderou a personalidade jurídica ante o insucesso no praceamento de bens** e que o acionista controlador **não agiu com probidade e diligência**, bem como que **a sociedade foi mal administrada**, não encontrando bens passíveis de penhora, **ainda que se trate de sociedade anônima**, bem como entendeu que houve venda de bens com o intuito de burlar a execução, decidiu que não havia ofensa aos incisos LIV e LV do art. 5º da CF.

SOCIEDADES ANÔNIMAS

O art. 1088 do Código Civil, no que pertine à sociedade anônima, como anteriormente já foi mencionado, estabelece que “na **sociedade**

anônima ou companhia, o capital divide-se em ações, ***obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço da emissão das ações que subscrever ou adquirir,***” portanto estabelecendo que os sócios obrigam-se apenas pela integralização das ações subscritas.

Quanto ao administrador, o art. 158 da Lei nº 6.404/76 dispõe que “o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão: responde, porém, civilmente pelos prejuízos que causar, quando proceder: I Dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II Com violação de lei ou do estatuto.

O § 2º do mesmo dispositivo, por sua vez, estabelece que “os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não-cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.”

Já o art.117 da mesma lei dispõe que “o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder”, enquanto o § 1º estabelece quais “são as modalidades de exercício abusivo de poder.”

- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
- b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalhem na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia geral;
- f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem,

- ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não eqüitativas;
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade;
 - h) subscrever ações, para os fins do disposto no art.170, com a realização de bens estranhos ao objeto social da companhia.

No caso da alínea “e” do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

SOCIEDADE EM COMUM, OU IRREGULARES, OU SOCIEDADES DE FATO

As sociedades em comum, também chamadas de sociedades irregulares, ou sociedades de fato, ou sociedade sem registro, têm natureza de sociedade porque nelas se identifica a *affectio societatis*, mas não são pessoas jurídicas uma vez que estas adquirem personalidade jurídica quando da inscrição dos seus atos constitutivos no registro próprio, conforme estabelecido no artigo 45 do Código Civil.

Os sócios, nesta hipótese, respondem na forma estabelecida no art. 990 do Código Civil, do seguinte teor: “Art. 990 - Todos os sócios respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, SALVO PACTO EXPRESSO LIMITATIVO DE PODERES, QUE SOMENTE TERÁ EFICÁCIA CONTRA TERCEIRO QUE O CONHEÇA OU DEVA CONHECER.”

5 LEI QUE REGULA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL, A EXTRAJUDICIAL E A FALÊNCIA DO EMPRESÁRIO E DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA

A Lei nº.11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, estabelece no art.75 que a falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa, enquanto o art.77 estabelece que:

[...] a decretação da falência **determina o vencimento antecipado das dívidas do devedor E DOS SÓCIOS ILIMITADA E SOLIDARIAMENTE RESPONSÁVEIS**, com o abatimento proporcional dos juros, e converte todos os créditos em moeda estrangeira para a moeda do país, pelo

câmbio do dia da decisão judicial, para todos os efeitos desta lei.

O artigo 81, por sua vez, estabelece que:

[...] a decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

Determina também o § 1º do aludido dispositivo que:

[...] o disposto no *caput* deste artigo aplica-se AO SÓCIO QUE TENHA SE RETIRADO VOLUNTARIAMENTE, OU QUE TENHA SIDO EXCLUÍDO DA SOCIEDADE, HÁ MENOS DE 2 (DOIS) ANOS, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até a data da decretação da falência.

O art. 82, por sua vez, estabelece que:

[...] a responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil.

O art. 99, por outro lado, prevê a prisão preventiva do falido ou dos seus administradores quando requerida com fundamento em provas, da prática de crime definido na lei. Já o art. 103 determina que, “desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor.”

O capítulo VII regula as disposições penais, que vão, em resumo, de fraude contra credores, a violação de sigilo, favorecimento de credores, desvio, ocultação ou apropriação de bens, omissão de documentos.

6 CONCLUSÃO

A desconsideração da personalidade jurídica visa salvaguardar interesses de terceiros contra fraudes e atos ilícitos praticados utilizando indevidamente a personalidade da sociedade, mas sua aplicação exige do magistrado zelo, parcimônia e observância do regime legal em vigor, que

não admite uma prática generalizada ou tão somente para atender aos objetivos do processo de execução.

Somente verificando, mediante prova cabal e incontroversa, a existência de fraude ou abuso de direito, ou o desvio de finalidade da pessoa jurídica, é que é admitida sua aplicação como forma de reprimir o uso indevido.

Simples indícios e presunções de atos abusivos ou fraudulentos, ou ainda a simples incapacidade econômica da pessoa jurídica, não autorizam a aplicação do instituto.

Por outro lado, a disciplina atual do processo de execução trabalhista, inclusive a disciplina do recurso de revista no processo de execução, no que pertine ao assunto tratado, impede a defesa adequada dos que são atingidos com o procedimento referido, obrigando o uso de outras ações, entre as quais se encontram o Mandado de Segurança e a Ação Rescisória, com evidente contribuição para demora na solução dos litígios e acúmulo de serviços.

REFERÊNCIAS

BATALHA, Wilson de Souza Campos. Desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista: responsabilidade dos sócios em execução trabalhista contra sociedade. **Revista Ltr**, v.8, n.11, nov.1994.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. São Paulo: Renovar, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa apud CAMPINHO, Sérgio. **O direito da empresa**. São Paulo: Renovar, 2005. p.68.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle nas sociedades anônimas**. São Paulo: RT, 1978.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado e anotado**. São Paulo: RT, 2003.

RAMALHETE, Clóvis. Sistema de legalidade, na “desconsideração da personalidade jurídica”. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, p. 293.

OS VENTOS GLOBAIS E AS MUDANÇAS DO DIREITO DO TRABALHO

James Magno Araújo Farias*

1 INTRODUÇÃO

Em ensaio quase decenal intitulado “*Os Náufragos do Mar Global de Dinheiro*”, Tarso Genro¹ reportou um caso típico do atual mundo globalizado. Nele encontra-se a vida de dois trabalhadores, Mary Jo e Salamet, em dois mundos opostos. Nele, Mary Jo é uma trabalhadora americana de Chicago, em contraponto a Salamet, que trabalha puxando um Riquixá em Jacarta, na Indonésia. A americana paga um fundo de pensão, sem saber que investe na Indonésia através dele, enquanto Salamet não sabe que a crise econômica que abateu o país tem relação com as decisões do fundo de pensão. Genro lembra que Mary Jo é uma “CLT” americana, protegida pela regulação, pela norma, pela previsão e pelo contrato coletivo, enquanto Salamet só tem seu riquixá, sua força de trabalho e a “*liberdade*” de prestar serviços.

De fato este mundo concentra menos trabalhadores protegidos do que os precarizados e, infelizmente, tem sido observado um aumento no número de trabalhadores sem proteção. Os motivos são os mais variados, confusos ou contundentes.

Hoje, não importa mais qual é o regime de governo, pois quando as bolsas caem agora caem junto os ditadores, por ineficiência econômica. Isso se aplica exemplarmente ao caso da própria Indonésia. O ditador Suharto, anticomunista, tomou o poder na década de 60, na esteira da Guerra Fria e apoiado pelos EUA. Ele próprio não resistiu à quebradeira mundial no final de década de 90, que também atingiu seu país, causando prejuízos às classes dominantes e investidores estrangeiros e não teve alternativa senão deixar o poder imediatamente.

Vê-se que o ensaio de Tarso Genro continua atual.

2 A NOVA MORFOLOGIA DO TRABALHO

A flexibilidade neoliberal prega uma separação entre a economia e a realidade social, com a instituição de um verdadeiro mundo “darwiniano,” de luta de todos contra todos, em todos os níveis de hierarquia, conforme

* Desembargador Federal do TRT da 16ª Região. Professor do Departamento de Direito da UFMA. Especialista em Economia do Trabalho pela UFMA. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFPE.

¹ Ensaio publicado em 28 de fevereiro de 1999, no jornal o Estado de São Paulo.

lembrava Pierre Bourdieu, a ‘flexploração.’²

Os efeitos disso levam a uma “nova morfologia do social,” com a metamorfose de classes, a multiplicação de novas formas de organização grupal, mudanças nas relações familiares, maior descontrole do consumo, pluralidade e conflitos de normas jurídicas(estatais ou não) num mesmo espaço-tempo, multiculturalismo em face de migrações.

Tais efeitos levam a uma nova instabilidade estrutural e uma crescente perda do controle social pelo Estado, com a formação de um sendo comum direcionado pela mídia e uma alienação coletiva que filtra suas frustrações na violência individual ou micro grupal.

O antigo conceito de soberania perdeu seu sentido, quando o Estado não teve mais como conter ataques especulativos à sua moeda e economia.

Norberto Bobbio³ lembrava que o mercado mundial criou multinacionais com poder de decisão que não está sujeito a ninguém e nenhum controle. Embora não sejam soberanas, por não terem território e população, estas empresas não têm superior algum.

O Estado também sofre modificações importantes, pois ao perder o controle, a coordenação e a administração da ilegalidade, perdendo espaço para a corrupção, sendo que as frações de classe dominante se enfrentam e disputam esse controle, quebrando o que parecia então uniforme e unificado.

Tarso Genro diz que a “chamada perda da centralidade do mundo do trabalho” não significa o término do Trabalho como categoria central de reprodução social capitalista, nem do Direito do Trabalho que controla 90% da população economicamente ativa.

O que há hoje é uma crescente redução da importância político-estratégica da classe operária, aquela que inspirou o marxismo e a social democracia.

Essas mudanças descaracterizam o sujeito coletivo e o Estado renuncia à sua capacidade regulatória, pois que intervém não é mais o Estado, mas sim o capital financeiro, através das bolsas de valores e normas ditadas pelos bancos centrais.

Reginaldo Melhado⁴ diz que “o futuro do Direito do Trabalho é, assim, uma obstinada caminhada de largos passos em direção ao seu passado [...] É como se a música do passado nos envolvesse a todos na mais inebriante nostalgia.”

Diz Genro, que na verdade, independentemente da nossa

² BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 138.

³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Brasília: UNB, 1997.

⁴ MELHADO, Reginaldo apud Revista da Anamatra – Assoc. Nacional dos Magistrados do Trabalho. v. 1999. p. 23.

aprovação, o velho Direito do Trabalho incidirá cada vez menos nas relações de Trabalho nas regiões ou setores da economia mais modernos e desenvolvidos, ou seja, no espaço do qual emergem as autoridades as fontes materiais do Direito.

A exploração incentivada pela globalização neoliberal o processo de fragmentação do mundo do trabalho que avilta brutalmente o preço da força de trabalho, relegará para um plano secundário os principais princípios protetivos que “atrapalham a marcha da economia de mercado” da era globalitária, sendo óbvio resistir a isso, por um direito e um princípio ético.

Tarso Genro defende que um novo Direito do Trabalho e sua nova tutela devem emergir ao lado do atual Direito do Trabalho, porque a defesa conservadora dos seus princípios ajuda a tensionar para que comece a emergir gradativamente um novo sistema protetivo, cujo alcance e conteúdo ainda não estão definidos. Genro sugere uma pauta jurídica e conceitual para um novo Direito do Trabalho, consistente em tutelas que deverão conviver por certo tempo com as tutelas tradicionais, não se opondo ao direito de resistência. Propõe uma tutela laboral para remuneração dos serviços sem qualificação, cujo valor mínimo deve ser pautado pelo Estado (limpeza, atividades manuais, cozinha, domésticos, etc.); uma tutela laboral especial para incitar a utilização do tempo livre ou ocupação da mão de obra excedente em serviços comunitários ou de interesse social, visando estimular uma rede de solidariedade, de proteção da natureza e de defesa da qualidade de vida e, ainda uma tutela laboral coletiva de porte constitucional, que vise socializar os postos de trabalho, com reorganização, gradação e redução da jornada laboral nos setores diretamente atingidos pela revolução da microeletrônica, da informática e da telemática; uma tutela constitucional de reinserção produtiva dos “sem trabalho” ou “sem emprego” combinando a ação pública com novos tipos de empresas: empresas privadas de interesse público, empresas estatais sob controle social, empresas públicas (ou instituições) não estatais sob controle da sociedade.

Tarso Genro conclui que abordar esta pauta ou outra análoga a partir de uma ótica humanista e insurgente é uma nova tarefa. Um projeto que recupere a capacidade constituinte do Direito do Trabalho como Direito Tutelar de Caráter Público é uma parte importante da complexa disputa que deve ser travada contra o capitalismo neoliberal, lutando para que a norma jurídica não seja uma serva do movimento econômico, mas sim, um instrumento de humanização do mundo.

3 A TERCEIRA VIA

Anthony Giddens identificou uma mudança de postura já na década de 90, com uma renovação social-democrata tanto nos EUA, com as

duas eleições de Bill Clinton, quanto na Europa, com a vitória do Partido Trabalhista inglês de Tony Blair, do Partido Socialista francês de Lionel Jospin ou com o Primeiro-Ministro holandês Win Kok. Estaria sendo implantado o Novo Trabalhismo – The New Labour. Giddens propõe uma Terceira via, algo além da direita ou esquerda, mas uma proposta para reconstruir o Estado que os neoliberais querem encolher e que os social-democratas historicamente sempre querem expandir. Para ele o programa da terceira via está fundado no novo Estado democrático (o Estado sem inimigos), o centro radical, sociedade civil ativa, a família democrática, a nova economia mista, igualdade como inclusão, *Welfare* positivo, o Estado do investimento social, a nação cosmopolita e a Democracia cosmopolita.⁵

Maurício Rands argumenta que no caso do Reino Unido, onde a política trabalhista está sendo completamente redefinida após Tony Blair, várias iniciativas já foram adotadas no sentido oposto ao da desregulamentação proposta pelos liberais, onde tanto o salário mínimo como o reconhecimento obrigatório dos sindicatos, significam a admissão de que o Direito do Trabalho e o Estado continuam a ter um importante papel na regulamentação de um mercado de trabalho que não pode ser deixado sob o poder unilateral de apenas uma das partes. Deste modo, conclui-se que nem o emprego acabou nos países de mais intensa inovação tecnológica, nem eles se abstiveram de manter uma legislação protetiva dos empregados e seus sindicatos. Rands ainda informa que na contramão da precarização e redução de garantias, a Alemanha em 1999, baixou de 10 para 5 o número de empregados a partir do qual o empregador fica sujeito às leis de proteção contra a despedida injusta. Em 1997, na Suécia, os empregadores voltaram a ficar sujeitos à regra de antiguidade (*last-in, first-out*) nas dispensas por motivos econômicos ou tecnológicos. Nos EUA, em 1988, as empresas de mais de 100 trabalhadores ficaram obrigadas a dar um aviso prévio de 60 dias aos empregados em despedidas coletivas. Na França e na Espanha, respectivamente em 1990 e 1994, foram estabelecidas mais restrições à admissibilidade dos contratos temporários.⁶

Nos países desenvolvidos, uma grande parte dos direitos sociais e econômicos já está integrada na legislação positiva, ao passo que nos países subdesenvolvidos esses direitos até existem legalmente, mas ficam aguardando o momento em que as condições socioeconômicas permitam sua aplicação.

⁵ GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o momento político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 2001. p.167.

⁶ RANDS, Maurício. **Desregulamentação e desemprego**: observando o panorama internacional. Recife. Mimeografado. p. 11-12.

Adverte Karl Loewenstein que:

Pero aun allí donde los derechos sociales tienen que esperar hasta que se hayan dado los necesario requisitos, cumplen un objetivo: para los detentadores del poder son el estímulo que les impulsará a su realización y para los destinatarios del poder significará la esperanza de que un día puedan ser lavadas a cabo.⁷

Pierre Bourdieu, ao analisar com profundidade a mundialização dos mercados financeiros e a mobilidade sem precedentes dos capitais, chega à conclusão de que as próprias empresas defrontam-se com uma ameaça permanente de “perder a confiança dos mercados” e por isso, no intuito de obter rentabilidade em curto prazo, instauram o “reino absoluto da flexibilidade,” com recrutamentos por intermédio de contratos de duração determinada, com a instauração na própria empresa de concorrência entre filiais autônomas e da “individualização” da relação salarial, com objetivos individuais, avaliações individuais, promoção por mérito individual etc., consistindo no que intitula de estratégias de “responsabilização,” onde um mero assalariado sente-se responsável por sua loja, seus produtos, suas vendas, revelando técnicas de submissão racional do empregado, abolindo as referências e solidariedades coletivas.⁸

4 CONCLUSÃO

Após todas as experiências que a humanidade passou e que pode testemunhar do alto deste novo Século XXI, nota-se como mudaram as aspirações trabalhistas através dos tempos. No início havia o desejo de liberdade do escravo, de maior autonomia do servo da gleba, de melhores terras do parceiro rural, das discussões embrionárias por melhores salários, havia a mescla do Direito do Trabalho com o Direito Civil nas relações individuais distantes do interesse do Estado.

Longe também já vai o tempo em que as discussões trabalhistas geradas pela Revolução Industrial passaram a ser a redução das jornadas de quinze horas diárias, garantir salários mínimos, afastar as crianças de ambientes insalubres e perigosos, proteger as trabalhadoras gestantes; verificava-se nitidamente a evolução dos direitos trabalhistas para o grau de direitos humanos de segunda geração. Mas isso já é passado.

O que nos resta no futuro?

⁷ LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de la Constitucion. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964. p. 401.

⁸ BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998. p. 139.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Brasília: UNB, 1997.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o momento político atual e o futuro da social-democracia. Rio de Janeiro: Record, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

MELHADO, Reginaldo apud Revista da Anamatra – Assoc. Nacional dos Magistrados do Trabalho. v. 1999.

RANDS, Maurício. **Desregulamentação e desemprego**: observando o panorama internacional. Recife. Mimeografado.

A CONVENÇÃO Nº 132 DA OIT E A FALTA DE SEU MANEJO PELOS APLICADORES DO DIREITO

Olga Aida Joaquim Gomieri*

Obedecidas as formalidades legais, após publicação pela imprensa oficial do Decreto nº. 3.197/99,¹ em 05.10.1999, a Convenção nº 132, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil, incorporou-se ao ordenamento jurídico nacional, trazendo modificações legislativas pequenas mas, em determinados pontos, expressivas, no capítulo celetário destinado às férias anuais.

Com relação à duração das férias, nenhum reparo significativo se perpetrou, haja vista o caráter mais benéfico da legislação vigente: cuidou a Convenção de estabelecer, em seu artigo 3º, item III,² que a duração das férias anuais deveria observar o prazo mínimo de três semanas, lapso temporal inferior àquele já estabelecido pelo artigo 130,³ da Consolidação.

Tal caráter benéfico, por óbvio, inviabiliza a aplicação da norma internacional no que pertine à exclusão dos feriados existentes no curso das férias (item I, do artigo 6º,⁴ da Convenção), uma vez que, para que se

* Desembargadora Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

¹ **DECRETO nº 3.197, DE 05/10/99 (D.O.U. 06/10/99)** "O PRESIDENTE DA REPÚBLICA no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição, Considerando que a Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Férias Anuais Remuneradas (revista em 1970) foi concluída em Genebra, em 24/06/70; Considerando que o Congresso Nacional aprovou o Ato multilateral em epígrafe por meio do Decreto Legislativo 47, de 23/09/81; Considerando que o Ato em tela entrou em vigor internacional em 30/06/73; Considerando que o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação da referida Convenção em 23/09/98, passando a mesma a vigorar, para o Brasil, em 23/09/99; DECRETA: Artigo 1º - A Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Férias Anuais Remuneradas (revista em 1970), concluída em Genebra, em 24/06/70, apensa por cópia a este Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém. Artigo 2º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 05/10/99. Fernando Henrique Cardoso

² **Artigo 3º - Convenção 132 da OIT** - (...); 3. A duração das férias não deverá em caso algum ser inferior a 3 (três) semanas de trabalho, por 1 (um) ano de serviço;

³ **Artigo 130 - CLT** - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I - 30 (trinta) dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de 5 (cinco) vezes;

II - 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido de 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas;

III - 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas;

IV - 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas.

§ 1º. É vedado descontar, do período de férias, as faltas do empregado ao serviço.

§ 2º. O período das férias será computado, para todos os efeitos, como tempo de serviço.

⁴ **Artigo 6º - Convenção 132 da OIT** - 1. Os dias feriados oficiais ou costumeiros, quer se situem ou não dentro do período de férias anuais, não serão computados como parte do período mínimo de férias anuais remuneradas previsto no parágrafo 3 do Artigo 3 acima;

atingisse o período de 30 dias corridos, seria necessária a ocorrência de nove feriados durante a fruição, hipótese ainda inexistente no calendário nacional.

Nestes termos, a única inovação relativa à duração das férias teria consistido na unificação do período mínimo de trinta dias para todas as categorias profissionais (exceção aos marítimos, por força do artigo 2º,⁵ da Convenção), o que significou tratamento igualitário também para os domésticos, com a consequente desconsideração dos termos do artigo 3º,⁶ da Lei nº.5.859/72.

Tampouco quanto à prática de faltas injustificadas se pode conceber a existência de inovação ou conflito, por haver sintonia entre o mencionado artigo 130, da CLT, que reduz proporcionalmente a duração das férias em função das ausências injustificadas do trabalhador, e os artigos 4º⁷ e 5º,⁸ da Convenção nº 132, da OIT.

Nesse sentido, a concessão do período mínimo (no caso brasileiro, de trinta dias) faz-se obrigatória apenas para o trabalhador que efetivamente cumpriu suas obrigações durante o ano (não seria razoável dispensar tratamento equivalente ao empregado assíduo e ao empregado desidioso).

Quanto ao direito do trabalhador contratado sob o regime de tempo parcial, nenhuma alteração se perpetrou, seja porque compatíveis os dispositivos (considerando-se que o direito à totalidade das férias se encontra vinculado ao cumprimento de um período mínimo, completamente

⁵ **Artigo 2º - Convenção 132 da OIT** - 1. A presente Convenção aplicar-se-á a todas as pessoas empregadas, à exceção dos marítimos;

⁶ **Artigo 3º - Lei nº 5.859/72** - O empregado doméstico terá direito a férias anuais remuneradas de 20 (vinte) dias úteis, após cada período de 12 (doze) meses de trabalho, prestado à mesma pessoa ou família.

⁷ **Artigo 4º - Convenção 132 da OIT** - 1. Toda pessoa que tenha completado, no curso de 1 (um) ano determinado, um período de serviço de duração inferior ao período necessário à obtenção de direito à totalidade das férias prescritas no Artigo terceiro acima terá direito, nesse ano, a férias de duração proporcionalmente reduzidas; 2. Para os fins deste Artigo o termo «ano» significa ano civil ou qualquer outro período de igual duração fixado pela autoridade ou órgão apropriado do país interessado.

⁸ **Artigo 5º - Convenção 132 da OIT** - 1. Um período mínimo de serviço poderá ser exigido para a obtenção de direito a um período de férias remuneradas anuais; 2. Cabe à autoridade competente e ao órgão apropriado do país interessado fixar a duração mínima de tal período de serviço, que não deverá em caso algum ultrapassar 6 (seis) meses; 3. O modo de calcular o período de serviço para determinar o direito a férias será fixado pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país; 4. Nas condições a serem determinadas pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país, as faltas ao trabalho por motivos independentes da vontade individual da pessoa empregada interessada tais como faltas devidas a doenças, a acidente, ou a licença para gestante, não poderão ser computadas como parte das férias remuneradas anuais mínimas previstas no parágrafo 3 do Artigo 3 da presente Convenção.

harmônicos os artigos 4º e 5º, da Convenção e o artigo 130-A,⁹ da CLT), seja porque o artigo 130-A foi acrescentado à CLT pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 24.08.2001 (posteriormente à publicação do decreto presidencial, portanto, o que provocaria, de qualquer forma, a derrogação do dispositivo internacional - critério da cronologia).

Quanto ao fracionamento das férias, previsto pelo artigo 8º,¹⁰ da Convenção nº 132, da OIT, estabeleceu-se que um dos períodos, salvo acordo individual ou coletivo, deverá contar com no mínimo duas semanas ininterruptas, alterando-se, desta maneira, o lapso temporal previsto no § 1º, do artigo 134,¹¹ da CLT. E, por inexistir estipulação quanto ao número de frações para o descanso em férias, subsiste a limitação a dois períodos (§ 1º, do artigo 134, da CLT).

Além disso, quanto ao segundo período de fruição, elasteceu-se o prazo do artigo 134, da CLT, devendo este ser concedido no prazo de 18 meses subseqüentes à data em que o empregado houver adquirido o direito; ou seja, se o período ininterrupto de duas semanas deve ser concedido nos doze meses subseqüentes ao período aquisitivo (item I, do artigo 9º,¹² da Convenção), o restante da fração poderá ser concedido até

⁹ **Artigo 130-A - CLT** - Na modalidade do regime de tempo parcial, após cada período de doze meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I - dezoito dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte e duas horas, até vinte e cinco horas;

II - dezesseis dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte horas, até vinte e duas horas;

III - quatorze dias, para a duração do trabalho semanal superior a quinze horas, até vinte horas;

IV - doze dias, para a duração do trabalho semanal superior a dez horas, até quinze horas;

V - dez dias, para a duração do trabalho semanal superior a cinco horas, até dez horas;

VI - oito dias, para a duração do trabalho semanal igual ou inferior a cinco horas.

Parágrafo único. O empregado contratado sob o regime de tempo parcial que tiver mais de sete faltas injustificadas ao longo do período aquisitivo terá o seu período de férias reduzido à metade.

¹⁰ **Artigo 8º - Convenção 132, da OIT** - 1. O fracionamento do período de férias anuais remuneradas pode ser autorizado pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país; 2. Salvo estipulação em contrário contida em acordo que vincule o empregador e a pessoa empregada em questão, e desde que a duração do serviço desta pessoa lhe dê direito a tal período de férias, uma das frações do referido período deverá corresponder pelo menos a duas semanas de trabalho ininterruptos.

¹¹ **Artigo 134 - CLT** -. As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.

§ 1º. Somente em casos excepcionais serão as férias concedidas em dois períodos, um dos quais não poderá ser inferior a **10 (dez) dias** corridos.

¹² **Artigo 9º - Convenção 132 da OIT** - 1. A parte ininterrupta do período de férias anuais remuneradas mencionada no parágrafo 2 do Artigo 8 da presente Convenção deverá ser outorgada e gozada dentro de no máximo 1 (um) ano, e o resto do período de férias anuais remuneradas dentro dos próximos 18 (dezoito) meses, no máximo, a contar do término do

seis meses depois do término deste.

Ressalve-se, por importante que, segundo o item II de referido dispositivo, poderá a outorga do segundo período, se excedente a 14 dias, ser postergada, extrapolando tal prazo, sempre que tal adiamento conte com o consentimento do empregado. Redefinem-se, assim, os prazos cujo descumprimento autoriza a imposição da multa prevista pelo artigo 137,¹³ da CLT, apenamento que fica abolido na hipótese de haver interesse do empregado em postergar o segundo período superior a duas semanas.

Parece-me, outrossim, que essa condescendência de tratamento quanto ao segundo período pode levar a jurisprudência a padronizar essa liberalidade, estendendo-a também ao primeiro período, sempre que restar provado que tal elastecimento tenha ocorrido por inequívoco interesse do empregado.

Outro ponto a salientar é a subsistência dos dispositivos tendentes a orientar o empregador na concessão das férias (parágrafos do artigo 136,¹⁴ da CLT): considera-se inadequado o posicionamento segundo o qual a norma internacional teria transformado o poder potestativo do empregador de estabelecer o período de concessão de férias (*caput* de referido artigo), em ato negocial, uma vez que o artigo 10¹⁵ da Convenção resguardou a determinação do empregador, limitando-se a instituir a necessidade de consulta, o que faz prevalecer, ainda, as necessidades da empresa sobre a possibilidade de repouso e diversão do empregado. Sem esquecer que o tratamento ideal será sempre aquele que consiga conciliar os interesses de ambas as partes.

Quanto ao período aquisitivo, não representou o novo ordenamento jurídico qualquer avanço, uma vez que a legislação nacional já reconhecia

ano em que foi adquirido o direito de gozo de férias; 2. Qualquer parte do período de férias anuais que exceder o mínimo previsto poderá ser postergada com o consentimento da pessoa empregada em questão, por um período limitado além daquele fixado no parágrafo 1 deste Artigo;

¹³**Artigo 137 - CLT** - Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o artigo 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração.

¹⁴**Artigo 136 - CLT** - A época da concessão das férias será a que melhor consulte os interesses do empregador.

§ 1º. Os membros de uma família, que trabalharem no mesmo estabelecimento ou empresa, terão direito a gozar férias no mesmo período, se assim o desejarem e se disto não resultar prejuízo para o serviço.

§ 2º. O empregado estudante menor de 18 (dezoito) anos terá direito a fazer coincidir suas férias com as férias escolares.

¹⁵**Artigo 10 - Convenção 132 da OIT** - 1. A ocasião em que as férias serão gozadas será determinada pelo empregador, após consulta à pessoa empregada interessada em questão ou seus representantes, a menos que seja fixada por regulamento, acordo coletivo, sentença arbitral ou qualquer outra maneira conforme a prática nacional; 2. Para fixar a ocasião do período de gozo das férias serão levadas em conta as necessidades do trabalho e as possibilidades de repouso e diversão ao alcance da pessoa empregada.

a aquisição do direito às férias desde o primeiro mês do contrato laboral (a partir do 15º dia trabalhado).

Importância especial há de ser atribuída à ligação existente entre as férias proporcionais e o motivo da rescisão contratual havida **antes do cumprimento de um ano de prestação de serviços.**

Em que pesem respeitáveis posicionamentos no sentido de que teria ocorrido unificação de tratamento,¹⁶ garantindo-se o direito à proporcionalidade para o empregado dispensado por justa causa e para o demissionário, compactuo da tese defendida pelo Excelentíssimo Juiz Manoel Carlos Toledo Filho, que em seu artigo “O direito a férias e as Convenções 132 e 146 da OIT,” publicado pela Revista Síntese Trabalhista nº 150, em dezembro de 2001, aduz que a remuneração reduzida do período de férias não é devida ao empregado dispensado por justa causa, uma vez que “a ninguém é dado tirar proveito de sua própria torpeza.”

Não se olvide a reiterada jurisprudência no sentido de que a justa causa somente pode ser aplicada em casos extremos, o que reforça a necessidade de subsistência de mecanismos de retaliação do direito contra o empregado faltoso.

Nestes termos, nenhuma modificação se perpetrou quanto aos artigos 146¹⁷ e 147,¹⁸ da CLT.

Tampouco se pode falar em alterações quanto à remuneração do período de férias, uma vez que a legislação brasileira é mais favorável que o dispositivo internacional. Desse modo, quanto ao pagamento antecipado,

¹⁶Cite-se o brilhante artigo do Excelentíssimo Juiz Homero Batista Mateus, “A discreta vigência da Convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas”, publicado pela Revista LTr, Suplemento Trabalhista 111/01, no qual aduz “A novidade legislativa consiste em unificar o tratamento: todos os empregados farão jus às férias proporcionais quando da cessação do contrato de trabalho, a partir da vigência da Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho. Desnecessário grande esforço para se concluir que o ato faltoso nada tem a ver com as férias: enquanto o primeiro tolhe o direito a indenizações legais pela rescisão contratual, as segundas representam mera compensação pelo esforço físico continuado ao longo de alguns meses, sendo altamente salutar, para a produtividade e para a higidez física, que o empregado recobre suas energias e libere suas toxinas, ainda que não se trate exatamente de um operário padrão. Busca-se evitar a associação entre o direito às férias e o caráter punitivo do poder diretivo patronal”.

¹⁷**Artigo 146 - CLT** - Na cessação do contrato de trabalho, qualquer que seja a sua causa, será devida ao empregado a remuneração simples ou em dobro, conforme o caso, correspondente ao período de férias cujo direito tenha adquirido.

Parágrafo único. Na cessação do contrato de trabalho, após 12 (doze) meses de serviço, o empregado, desde que não haja sido demitido por justa causa, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de acordo com o artigo 130, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês de serviço ou fração superior a 14 (quatorze) dias.

¹⁸**Artigo 147 - CLT** - O empregado que for despedido sem justa causa, ou cujo contrato de trabalho se extinguir em prazo predeterminado, antes de completar 12 (doze) meses de serviço, terá direito à remuneração relativa ao período incompleto de férias, de conformidade com o disposto no artigo anterior.

como já existente norma de ordem pública prevista pelo artigo 145,¹⁹ da CLT, tal afasta a possibilidade de acordo entre patrão e empregado para que tal pagamento possa ser feito após a concessão de férias, como mencionado no item 2, do artigo 7º,²⁰ da Convenção.

Indispensável mencionar, por fim, que a Convenção nº 132, da OIT, no item II do artigo 6º,²¹ inova ao estabelecer que não serão computados no período de férias os dias de incapacidade para o trabalho resultantes de doença ou de acidentes.

Desse inciso pode-se extrair duas ilações:

1. Se o empregado for acometido por doença ou se sofrer acidente **durante a fruição das férias**, o período de licença médica será excluído de seu cômputo e não poderá ser considerado como parte do período mínimo de férias anuais remuneradas;

2. Se sofrer doença ou acidente **fora** do período de fruição de férias, o interregno de afastamento não será computado para diminuir ou cancelar parte do período mínimo mencionado. Mas veja-se que existe determinação de que tal condição seja prevista pela autoridade competente ou órgão apropriado. Carece, pois, de regulamentação em cada país.

CONCLUSÃO

1. O prazo de trinta dias corridos para a duração das férias, mais favorável, inviabiliza a aplicação da norma internacional no que pertine à exclusão dos feriados existentes no curso das férias;

2. Ocorre a **unificação do período mínimo de trinta dias** para

¹⁹ **Artigo 145 - CLT** - O pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o abono referido no artigo 143 serão efetuados até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período.

Parágrafo único. O empregado dará quitação do pagamento, com indicação do início e do término das férias.

²⁰ **Artigo 7º - Convenção 132 da OIT - 1.** Qualquer pessoa que entre em gozo do período de férias previsto na presente Convenção deverá receber, em relação ao período global, pelo menos a sua remuneração média ou normal (incluindo-se a quantia equivalente a qualquer parte dessa remuneração em espécie, e que não seja de natureza permanente, ou seja, concedida quer o indivíduo esteja em gozo de férias ou não), calculada de acordo com a forma a ser determinada pela autoridade competente ou órgão responsável de cada país; **2.** As quantias devidas em decorrência do parágrafo 1 acima deverão ser pagas à pessoa em questão antes do período de férias, salvo estipulação em contrário contida em acordo que vincule a referida pessoa e seu empregador.

²¹ **Artigo 6º - Convenção 132 da OIT - (...)** 2. Em condições a serem determinadas pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país, os períodos de incapacidade para o trabalho resultantes de doença ou de acidentes não poderão ser computados como parte do período mínimo de férias anuais remuneradas previsto no parágrafo 3, do Artigo 3 da presente Convenção.

todas as categorias profissionais (exceção aos marítimos, por força do artigo 2º da Convenção), com a conseqüente desconsideração dos termos do artigo 3º, da Lei nº.5.859/72.

3. O período mínimo sofre redução proporcional nas hipóteses de prática de faltas injustificadas e de contrato sob o regime de tempo parcial.

4. Subsiste a possibilidade de fracionamento das férias, ressalvando-se a **impossibilidade de que um dos períodos seja inferior a duas semanas ininterruptas**.

5. A concessão de férias deve ocorrer até 12 meses contados a partir da aquisição do direito para o primeiro período, e até 18 meses para o restante da fração.

6. Se superior a 14 dias o segundo período, há possibilidade de que sua concessão seja postergada mediante consentimento do empregado.

7. Redefinem-se os prazos cujo descumprimento autoriza a imposição da multa prevista pelo artigo 137, da CLT, apenamento que fica abolido na hipótese de **haver interesse do empregado em postergar o segundo período superior a duas semanas**.

8. O estabelecimento do período de concessão de férias, consideradas as necessidades da empresa, as possibilidades de repouso e diversão e a consulta ao empregado, continua a se inserir dentre os poderes potestativos do empregador.

9. Permanece a vinculação entre o direito às férias proporcionais e o motivo da rescisão contratual havida antes do cumprimento de um ano de prestação de serviços.

10. A inovação quanto ao não-cômputo, para efeitos de fruição nos períodos de férias, dos dias de incapacidade para o trabalho resultantes de doença ou de acidente, carece de regulamentação pela autoridade competente.

Finalizando, não há como deixar de observar que, **mesmo passados quase três anos da data de entrada em vigor**, no Brasil, da Convenção nº 132, da OIT, ainda não se tem notícia, em sede de recurso em nossos Tribunais, de qualquer apelo referente às férias, que faça menção expressa a essa Convenção.

O que se percebe é que, tanto os apelos como as respectivas decisões, continuam a se pautar pelas normas celetistas que antes regiam a matéria, sem qualquer alusão ao novo ordenamento.

É que a Convenção nº 132, da OIT, talvez por ter sido acolhida no Brasil após decorridos quase 30 (trinta) anos de sua conclusão em Genebra, nos chegando com bastante atraso e quando nosso país já possuía legislação bem formulada a respeito de férias, a qual, em sua maior parte, é mais benéfica ao trabalhador do que a norma

internacional, não causou qualquer impacto, gerando, até, uma certa estranheza.

Isso explicaria, a meu ver, o fato incontestável de ser ela mais uma daquelas leis que não “emplacaram,” permanecendo no olvido dos aplicadores do Direito.²²

REFERÊNCIAS

FERRARI, Irany. Férias não usufruídas no prazo legal - artigo 137, da CLT - (aplicação rígida para todos os empregados?). **Suplemento Trabalhista LTr**, n. 20, p. 113-114, 2001.

MEDEIROS, Alexandre Alliprandino; LAET, Flávio Antônio Camargo. As novidades no sistema jurídico das férias individuais - Convenção nº 132 da OIT. **Revista Síntese Trabalhista**, n.146, p.139-151, ago. 2001.

NICÁCIO, Antonio. Convenção nº 132 da OIT. **Suplemento Trabalhista LTr**, n.150, p. 819-822, 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. Convenção da OIT, sobre férias. **Suplemento Trabalhista LTr**, n.178, p. 931-934,1999.

SILVA, Homero Batista Mateus da. A discreta vigência da Convenção 132 da OIT sobre férias anuais remuneradas. **Suplemento Trabalhista LTr**, n.111, p. 525-533, 2001.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. O direito a férias e as Convenções nº 132 e nº 146 da OIT. **Revista Síntese Trabalhista**, n.150, p.34-40, dez. 2001.

VALÉRIO, João Norberto Vargas. Férias anuais remuneradas e a Convenção nº 132 da OIT. **Revista LTr**, p.1051-1055, set. 2001.

²²Nesse mesmo sentido, as opiniões dos ilustres juristas José Luiz Ferreira Prunes e Estevão Mallet, que proferiram palestras no II Congresso de Direito Material e Processual do Trabalho, em junho/2001, em Campinas, SP, tendo esta articulista atuado como Coordenadora desse Painel, que se intitulou Alterações no capítulo das férias, da CLT, pela Convenção nº 132 da OIT.

PENHORA SOBRE SALÁRIOS, PROVENTOS DA APOSENTADORIA E POUPANÇA: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A UTILIDADE DA JURISDIÇÃO

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

“Não se escapou, aqui, de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que não se inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.”

Luis Roberto Barroso

1 INTRODUÇÃO

Nosso direito sempre reconheceu a importância e relevância do salário, tanto assim que lhe conferiu a garantia da impenhorabilidade, quando confrontado com outro crédito de natureza diversa da alimentícia.

A questão ora enfrentada se reveste de maior complexidade, pois pretende analisar se esta garantia subsiste de forma absoluta, mesmo quando se trata de proceder ao pagamento de outro salário, verba que ostenta a mesma natureza. É o caso concreto, que vem se multiplicando nas Cortes Trabalhistas, do empregador que, depois de desfazer seu negócio, ou de encerrar suas atividades empresariais, passa a trabalhar como empregado, ou se aposenta. Entretanto, fica devendo verbas salariais ao seu ex-empregado, que bate às portas da Justiça para executar a dívida e receber o que é seu.

Neste caso, poderíamos sustentar que remanesce a impenhorabilidade absoluta e integral de um salário (do ex-empregador), conferindo-lhe total garantia, ao mesmo tempo em que todas as garantias são negadas ao outro salário (do ex-empregado)?

2 O DIREITO DO AVESSE

Um dos pilares de sustentação do Direito do Trabalho está calcado no conceito de que se o empregador detém o poder diretivo do empreendimento, deve exercê-lo em sua integralidade não só no que se refere aos bônus, mas também quanto aos ônus, não podendo transferir o encargo respectivo para o empregado. Se em alguns países,

* Juíza do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas e Doutora em Direito do Trabalho, nível de pós-graduação pela USP - Universidade de São Paulo.

principalmente europeus, a idéia de gestão compartilhada é considerada viável, no Brasil isso não acontece. Todo empregador é muito cioso de seu poder exclusivo de dirigir a atividade empresarial e, via de regra, não aceita que haja qualquer participação dos empregados. Por esse motivo, o direito do trabalho também deve ser vigilante para impedir que sejam imputados aos empregados os efeitos decorrentes do insucesso patronal nos negócios.

Num ambiente de conjuntura econômica instável, marcada por um índice considerável de mortalidade das pequenas e médias empresas, o que preocupa é a tentativa de jogar nas costas do empregado, os efeitos econômicos da má condução empresarial do empregador.

Não é incomum a situação daquele que abriu um negócio, se deu mal e despediu os empregados sem lhes pagar os direitos devidos, passando a trabalhar como empregado e recebendo salários, ou mesmo os proventos de aposentadoria em caso de jubilação.

Durante o período em que a empresa funcionou auferiu os benefícios da força de trabalho dos empregados, que não dispunham de nenhuma participação em seu poder diretivo. Porém, quando sobreveio o infortúnio, despediu-os sem lhes pagar a devida contraprestação pelo trabalho (salários e direitos trabalhistas de natureza alimentar), pretendendo transferir-lhes as conseqüências da má performance patronal na gerência dos recursos empresariais.

Ajuizada a ação trabalhista e com um título judicial em mãos, os empregados encontram dificuldades para receber o que lhes pertence, oportunidade em que descobrem que seu antigo empregador está trabalhando e recebendo salários, aposentado e auferindo os respectivos proventos ou até mesmo amealhando recursos em poupança.

A questão que se coloca é: pelo ordenamento legal em vigor, o ex-empregado tem, ou não, o direito de executar uma decisão que reconheceu a existência de créditos trabalhistas de natureza alimentar em seu favor, para tanto penhorando os salários, proventos de aposentadoria ou poupança do seu devedor (ex-empregador), que se beneficiou dos frutos de seu trabalho?

Ao tratar da impenhorabilidade, o artigo 649 do CPC já sinalizava de forma significativa a exceção quanto ao pagamento de prestação alimentícia (inciso IV do artigo 649 do CPC), assim reconhecendo que o crédito de natureza alimentar detinha condição especial, de modo que este benefício não pode ser concedido apenas a uma das partes, em detrimento de outra, quando os interesses contrapostos se referem a verbas de mesma natureza, tanto em relação a um, quanto a outro.

A recente alteração promovida pela Lei nº.1.382/2006 explicitou de forma ainda mais clara esta questão, estabelecendo expressamente

que, não só em relação aos salários, mas também quanto aos proventos de aposentadorias e pensões, e quantias destinadas “ao sustento do devedor e sua família,” a impenhorabilidade deixa de subsistir em caso de “penhora para pagamento de prestação alimentícia” (inciso IV e parágrafo 2º do artigo 649 do CPC), sinalizando que, em cumprimento à disposição legal expressa, ambos os interesses estão resguardados e assim devem ser satisfeitos. Ademais, importante registrar que a exceção legal não se refere apenas à “pensão alimentícia,” pois não foi esse o conceito agasalhado pela lei, mas sim “prestação alimentícia,” que detém conotação mais abrangente, assim incluindo os créditos trabalhistas, que ostentam inequívoca natureza alimentar, pois é com eles que o trabalhador consegue prover a sua subsistência, de modo que a tese da impenhorabilidade absoluta dos salários do ex-empregador, em desfavor dos salários do ex-empregado, se revela insustentável pelo ordenamento processual em vigor.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Ao discorrer sobre a idéia mestra, que norteou as alterações implementadas no processo civil na última década do século 20, Dinamarco¹ destaca, com percuciência, que a garantia constitucional de acesso à justiça não pode ser interpretada como simples ingresso em Juízo, pois “seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhe também um tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juizes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo,” sob pena do próprio sistema se tornar estéril, assim frustrando o direito de ação que detém garantia constitucional, abrindo caminho para a desagregação social, cujo resultado cabe ao direito evitar.

Ademais, ensina que o exercício da jurisdição também tem o escopo de “educar as pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus,” pois quando a justiça funciona mal “transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela,” o que leva ao descrédito das instituições. Neste sentido, quando um trabalhador detém uma decisão judicial, que reconhece a existência de créditos em seu favor, e não consegue executá-la para receber o que é seu, tal não configura apenas um apequenamento de seu direito individual à jurisdição, mas compromete o próprio sistema jurídico, que se mostra ineficiente e incapaz de solucionar o conflito existente, estigma que pode levá-lo ao descrédito e asfixia, causando um

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 134 p.

dano a toda sociedade, que sente o colapso de uma de suas artérias mais importantes de oxigenação.

Daí a necessidade de se evitar a “eternização dos conflitos e o prolongamento das angústias dos litigantes,” garantindo o necessário equilíbrio entre duas forças antagônicas: “de um lado a celeridade processual, que tem por objetivo proporcionar a pacificação tão logo quanto possível; de outro a ponderação no trato da causa e das razões dos litigantes, endereçada à melhor qualidade dos julgamentos.”

Ao inserir o inciso LXXVIII, no artigo 5º da CF/88, a Emenda Constitucional 45/04 ressaltou que estas duas forças não atuam em separado, mas como vasos comunicantes de um mesmo movimento, de modo que uma não existe, se a outra não for observada.

Assim, se o ex-empregador tem direito aos seus salários, também deve responder pelo período em que se beneficiou da força de trabalho e pagar o débito que tem em relação ao seu ex-empregado, pois se trata de crédito que ostenta a mesma natureza (salarial). Ademais, é sempre saudável fazer valer as diretrizes fundantes da ciência do direito- *neminem laedere e suum cuique tribuere*- ressaltando seu papel pedagógico e formador do comportamento social, sinalizando ao devedor que o sistema jurídico não admite que alguém possa beneficiar-se do trabalho despendido por outro ser humano, deixar de entregar a necessária contraprestação que lhe pertence, e ficar tudo por isso mesmo, sem sofrer nenhuma conseqüência.

Nesta linha de raciocínio, mais insustentável ainda é admitir que alguém possa manter uma reserva que lhe sobra (poupança), deixar de pagar verbas de natureza alimentar a outrem, que delas necessita para atender as suas necessidades básicas de subsistência, de modo que o disposto no inciso X, do artigo 649 do CPC, quanto à impenhorabilidade das cadernetas de poupança até 40 salários-mínimos, não pode ser aplicado quando se trata de crédito trabalhista.

Erigido como fundamental pela Constituição Federal em vigor, o direito do trabalho, inclusive em sua vertente processual, se encontra cada vez mais permeável ao movimento de constitucionalização, que vem revolucionando a ciência jurídica contemporânea. Como bem ressalta Dinamarco, o “direito processual constitucional exterioriza-se mediante a tutela constitucional do processo,” consistente na observância de um conjunto de princípios e garantias postos pela Constituição, como a isonomia e o devido processo legal, entre outros.

Neste passo, como reconhecer que está sendo observado o *devido processo legal* se a parte, vencedora numa ação, fica com uma sentença em mãos sem poder executá-la? Onde está o *enforcement* da jurisdição? Trocando em miúdos, para que serve a jurisdição, se é para terminar

assim? Para que serve o estado democrático de direito, se os que devem continuar a dever, e os que têm a receber nunca recebem?

Trata-se de reconhecer que as garantias constitucionais não são belas palavras, agradáveis de ouvir, mas bens da vida, cuja eficácia deve ser devidamente observada.

Com efeito, se a lei passa a ser vista apenas como algo etéreo, que não precisa ser cumprido e ali está apenas “para constar,” como sustentar institucionalmente um país?

Como concluir que foram respeitados os princípios da legalidade e isonomia, se a impenhorabilidade absoluta vem beneficiar apenas os salários do ex-empregador, deixando as verbas salariais do ex-empregado sem qualquer garantia?

Trata-se, na verdade, de conferir concretude aos princípios reitores da vida em sociedade. A razoável duração do processo, estabelecida no inciso LXXVIII, do artigo 5º da CF/88, permite que o vencedor de um processo e detentor de um título judicial permaneça anos a fio sem receber seu crédito?

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, permite que o Estado assista impassível alguém usufruir dos benefícios proporcionados pelo trabalho de outrem e deixe de remunerá-lo por isso?

O devido processo legal, agasalhado no inciso LIV do artigo 5º da CF/88, permite que um processo pare na execução e assim permaneça sem a adequada solução, quando o devedor tem a possibilidade de solver seu débito, mesmo que isso ocorra de forma mais gradual, através do depósito de um percentual de sua renda mensal?

Por que a garantia prevista no inciso X do artigo 7º da CF/88 deve beneficiar apenas o salário do “ex empregador” e não o salário do “ex empregado?”

Ora, não é sustentável a interpretação que impeça o resultado útil da jurisdição!

Como ramo do direito público, a validade do direito processual está definitivamente atrelada a sua “capacidade de decidir imperativamente e impor decisões,” m esquecer que é preciso obter o “máximo possível de garantia social com o mínimo de sacrifício pessoal, como ressalta Dinamarco.

Neste mesmo sentido caminha Nelson Nery Junior,² ao discorrer sobre a conceituação do devido processo legal, explicando que este princípio “caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais

² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 63 p.

amplo e genérico”, ou seja, a” possibilidade efetiva de a parte ter acesso à Justiça,” o que inclui o efetivo recebimento dos direitos judicialmente reconhecidos.

Assim sendo, de que valeria ter direito à isonomia, ao contraditório, a publicidade, à motivação das decisões, se tudo isso acabar numa folha de papel, sem que o bem da vida seja entregue ao credor?

4 A SOLUÇÃO DADA PELO SISTEMA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A solução passa pela utilização do princípio da proporcionalidade, a fim de preservar as garantias constitucionais e gerar importantes reflexos no balizamento das condutas sociais. Com efeito, ao proceder a penhora de um percentual-geralmente 30%- dos salários do ex-empregador, para garantir o pagamento dos salários que deve ao ex-empregado, o Estado está conferindo utilidade e eficácia ao exercício da jurisdição, assim garantindo a credibilidade das instituições, ao mesmo tempo em que sinaliza ao devedor que deve honrar seus compromissos, nem que para isso tenha que se privar de algo, pois é preciso reconhecer que as necessidades do outro, pelo recebimento de um crédito de natureza alimentar, são tão importantes quanto as suas, assim resgatando o sentido da alteridade, base de edificação do ordenamento jurídico.

Ora, a impenhorabilidade salarial absoluta, prevista no inciso IV do artigo 649 do CPC, só pode ser reconhecida quando houver conflito de interesses entre um crédito de natureza civil e uma verba salarial, caso em que o juiz se limita a subsunção do fato à regra.

Entretanto, quando o conflito envolve interesses salariais das duas partes, o caso é diferente, levando o julgador a socorrer-se dos princípios constitucionais como bússolas de orientação, pois é preciso proceder à interpretação do direito posto no inciso supra referido, não como norma isolada, mas em consonância com o parágrafo 2º do mesmo artigo 649 do CPC, a fim de obter a justa solução da lide.

E o que está posto pelo direito?

Está posto que as verbas de natureza salarial detêm privilégio sobre as demais.

Se assim é, como resolver um conflito entre duas pretensões, quando ambas detêm a mesma natureza e estão igualmente protegidas pelo direito posto?

Acaso o sistema respalda uma solução que confere garantias apenas ao salário do devedor (ex-empregador trabalhista), e a nega ao salário do credor (ex empregado)?

Ou seja, um seria “mais salário” do que o outro?

Este é o *punctum litis* da controvérsia, cuja solução tem que ser buscada pela adequada e ponderada interpretação do ordenamento jurídico vigente.

Assim, comecemos pelas categorias tradicionais de hermenêutica.

a) Análise gramatical

Um texto legal não pode ser aplicado pela metade, de modo que não há sustentação para a aplicação pura e simples do inciso IV, do artigo 649 do CPC, sem considerar o constante do parágrafo 2º do mesmo artigo. Neste passo, a conclusão de que o salário do ex empregador se reveste de impenhorabilidade absoluta, em detrimento das verbas salariais devidas ao ex-empregado, não encontra amparo nem mesmo na simples análise gramatical, do texto expresso na lei processual.

b) Análise sistemática e teleológica

Ao tratar da execução de um débito de natureza civil, a norma processual sinalizou claramente que, neste contexto, a verba salarial é privilegiada e assim deve ser resguardada. Assim, se à vista de um primeiro exame superficial se pudesse alegar que o disposto no artigo 649 do CPC respaldaria a tese patronal, uma análise mais acurada e criteriosa do direito posto revela exatamente o contrário, ou seja, a regra processual sinalizou claramente que as verbas salariais ostentam garantias especiais. Porém, em nenhum momento estabeleceu que essas garantias seriam conferidas apenas aos salários do ex-empregador, e negadas aos salários do ex-empregado. Ambos constituem verbas da mesma natureza-salarial-e um não pode ser considerado mais importante do que o outro, porque o sistema legal em vigor assim não dispôs.

Ademais, como sustentar que o salário do ex-empregador é intocável, se ele próprio não reconheceu este direito aos salários que deve ao ex-empregado? Como dar ao ex-empregador uma garantia que ele sonheou ao ex-empregado, e concluir que isto foi fixado pelo ordenamento, quando em nenhum momento o direito posto assim estabeleceu?

Conforme bem ponderou Carlos Maximiliano,³ não “basta a elaboração lógica dos materiais jurídicos que se encontram num processo, para atingir o ideal de justiça, baseada nos preceitos codificados. Força é compreender bem os fatos e ser inspirado pelo nobre interesse pelos destinos humanos; compenetrar-se dos sofrimentos e aspirações das partes,” fazendo valer o Direito como instrumento que possibilita a coexistência humana.

³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 101 p.

Num sistema em que ao Estado cabe o monopólio da força e da jurisdição, como sustentar que alguém, apesar de ser detentor de um título judicial executivo, formado por verbas de natureza salarial, nada receba porque, ao contrário do que ocorreu em relação aos seus, os salários daquele que lhe deve são mais importantes e devem permanecer intocáveis. Ou seja, como sustentar que os salários do ex- empregador, “são mais salários” que os salários do ex-empregado?

É inequívoco que tal posicionamento se revela inadmissível num Estado de Direito, pautado pela idéia matriz de dar a cada um o que é seu, pois provoca graves fissuras no edifício jurídico, cuja base de sustentação reconhece expressamente a isonomia e o trabalho, como valores fundantes da república brasileira.

Então, como buscar a solução, se as regras tradicionais de interpretação deságuam num impasse?

A solução passa pela utilização de novas ferramentas de hermenêutica, a fim de dar a cada um o que é seu, quando ambas as partes ostentam a titularidade de verbas salariais que se contrapõem.

A solução passa pelo desenvolvimento de uma nova dogmática, que requer a utilização de categorias próprias de interpretação, que deve estar em conformidade com os princípios postos pela Constituição, notadamente os que possibilitam que, entre duas alternativas possíveis, deverá ser escolhida aquela que confere maior efetividade à jurisdição.

Em caso de colisão de direitos fundamentais, como ocorre em relação às garantias que protegem os salários, tanto do credor, como do devedor, como fontes de subsistência, a solução passa pela compressão, reduzindo-se o âmbito normativo das garantias de uns, em relação aos outros, nos limites do necessário, sendo que a medida do que comprimir, ou não, é dada pela técnica da ponderação de bens.

Ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, Suzana de Toledo Barros⁴ ressalta que, como está previsto expressamente em algumas constituições, como a alemã “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência” (artigo 19.2), sendo que Constituição Portuguesa também estabelece que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias tem de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (artigo 18.3). A mesma expressão está contida no artigo 53.1 da Constituição da Espanha, ao prever que somente através de “lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades.”

⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. 100 p.

Esclarece, com remissão ao pensamento de Vieira de Andrade, que há dois tipos de teoria para explicar o conceito do que significa a expressão “núcleo essencial.” Para as teorias **absolutas** o conteúdo essencial seria um núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada direito, resguardando seu âmago, que não poderia ser afetado, sob pena do direito deixar de existir. Para as teorias **relativas**, cujo maior expoente é Hesse, o conteúdo essencial de um direito só poderia ser determinado “à luz do direito restringido,” isto é, tendo-se em conta o caso concreto, pois é em razão das circunstâncias fáticas, que seria possível apurar a extensão e os limites deste núcleo, cuja “membrana delimitadora” seria “elástica”, de modo que o “tamanho do conteúdo essencial só poderia ser mensurado em face de um conflito específico, ou seja, quando estivessem em jogo valores comprimindo-se reciprocamente,” pois a “restrição é legítima quando indispensável e na medida do necessário para a proteção de um direito fundamental.”

Conclui que uma teoria não elimina outra, pois para evitar o relativismo constante, “é necessário julgar as razões das restrições a partir de um dado previamente fixo (conteúdo essencial), embora se deva valorizar uma solução que, prestigiando a concordância prática entre os vários bens concorrentes, possa definir limites mais elásticos aos direitos (mais além ou mais aquém daquilo que teoricamente se poderia prever como limite absoluto) dada a situação apresentada.”

Tal diretriz metodológica se apresenta viável, ante a ausência de uma ordem hierarquizada entre os valores constitucionalmente consagrados, de modo que em caso de colisão, a redução do âmbito normativo de cada um, se dará na medida do necessário, para garantir que ambos possam coexistir, balizados pela técnica da ponderação, e adequação de meios e fins. Neste contexto, se por um lado existe a garantia que a lei concedeu aos salários do devedor, por se tratar de um meio de subsistência, por outro lado é preciso reconhecer que esse mesmo direito está assegurado aos salários do credor, que também detém o direito constitucional de acesso a uma jurisdição revestida de utilidade, para que o trâmite processual detenha razoável duração.

São esses os interesses em conflito, nascidos da mesma matriz constitucional, assim reivindicados pelas duas partes, cuja solução passa pelo sacrifício de um, na justa medida que possa acarretar a preservação do direito do outro, tendo em vista que ambos possuem uma região de “intersecção.” Neste caminhar, instituir a penhora sobre parte dos salários ou proventos de aposentadoria do devedor - geralmente em 30%-, atende aos escopos legais, pois ao mesmo tempo em que lhe preserva um percentual razoável (70%), garante ao credor o recebimento de sua dívida, embora num prazo mais dilatado, assim preservando também a eficácia da jurisdição.

Destarte, falacioso o argumento dos que alegam que é preciso observar o princípio da legalidade e reconhecer a impenhorabilidade apenas em benefício do devedor, porque não foi isso que a lei estabeleceu.

Pelo contrário, até mesmo o código de Processo Civil ressaltou a natureza especial e superior das verbas salariais em face de dívidas de outra natureza, assim respaldando o raciocínio de ponderação supra referido, que preserva os salários tanto do credor, quanto do devedor, na justa medida necessária para garantir o cumprimento de uma decisão judicial.

Ressalte-se que a lei expressamente excepcionou da impenhorabilidade absoluta as prestações alimentícias, assim apontando que o crédito do trabalhador, que ostenta essa natureza, detém condição preferencial em relação aos demais, de modo a corroborar como correto o procedimento referido, adotado para garantir o recebimento do crédito trabalhista do ex-empregado.

Com efeito, como sustentar que o princípio da legalidade deve ser observado apenas em relação aos salários do ex-empregador, mas flagrantemente descumprido em relação aos salários do ex-empregado?

Por que a reserva legal só vale para um, e não vale para o outro, se ambos os valores em conflito se referem a salários, e o acesso à jurisdição útil, bem como a razoável duração do processo, constituem direitos fundamentais, que a Constituição Federal garante também ao credor trabalhista?

É exatamente por isso que, ao invés de ser conferido de forma absoluta, beneficiando apenas uma das partes (o devedor trabalhista), o princípio da legalidade deve ser reconhecido em benefício de ambas e, aplicado sob o balizamento da proporcionalidade, reconhecido em favor também do credor trabalhista, procedendo-se a penhora de um percentual que seja razoável para possibilitar a subsistência do devedor, mas que também possa destinar uma parcela para quitar a dívida que tem para com seu ex-empregado, numa técnica de ponderação de bens, que visa preservar a utilidade da jurisdição.

É preciso ressaltar que a necessidade de conferir efetividade a uma decisão judicial também está inserida no devido processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da CF/88, já que a garantia do *iter* processual não teria sentido se não se pudesse garantir, também, a efetividade do resultado que ele proporciona, sob pena de se condenar todo o sistema a uma situação de esterilidade e inoperância, a “meia-garantia,” apenas dos meios e não dos fins, o que seria um contra-senso, além de desarrazoada a conclusão de que tal garantia só beneficiaria um dos lados (ex-empregador) e não o outro (ex-empregado), detentor de um título judicial em seu favor. Assim, é imperioso concluir que a possibilidade da penhora

de um percentual dos salários, ou proventos da aposentadoria do ex-empregador, é sustentada pela ponderação dos valores, viabilizada pela aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, que compõem o conceito do devido processo legal (artigo 5º- inciso LIV).

Neste caminhar, é imperioso reconhecer que a correta aferição da proporcionalidade e razoabilidade passa pela aplicação de determinados critérios, como veremos a seguir:

I - A adequação

Consiste em aferir se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. Ora, se o ex-empregado é detentor de um título a ser executado, e o ex-empregador não dispõe de outros bens que possam quitar este débito, a penhora sobre sua poupança, rendimentos salariais, ou proventos que recebe de aposentadoria, apresenta-se como o único meio possível e adequado para a obtenção do resultado pretendido, que é a solução da dívida.

II - A necessidade/exigibilidade

Ante as condicionantes supra referidas, é possível considerar a penhora como medida necessária, e indispensável para efetivar a garantia dos direitos do credor (ex-empregado), que detém a mesma natureza do direito penhorado (salários do ex-empregador).

III - A proporcionalidade em sentido estrito

Exige que o meio utilizado esteja em proporção com o objetivo almejado por um, e a capacidade de suportar o ônus, pelo outro. A fim de atendê-lo é fixado um percentual, geralmente em torno de 30%, procedendo-se a uma equânime distribuição da carga coativa que a norma legal atribui ao direito de receber salários, tanto em benefício do ex-empregado, quanto do ex-empregador, preservando os restantes 70%, assim deixando de causar ônus excessivo ao devedor. Por outro lado, tal percentual permite que a dívida seja gradualmente quitada, o que atende não só aos interesses do credor, mas também aos objetivos da própria jurisdição, preservando o resultado útil do processo e a justiça das decisões, o que evidentemente vem conferir maior credibilidade à atuação judicial, sinalizando para a sociedade que decisão tem que ser cumprida.

Não menos importante é ressaltar a natureza pedagógica desta solução, pois todos os meses o devedor é lembrado que o salário de seu ex-empregado é tão importante quanto o seu, e todo aquele que se

beneficia do trabalho de outrem deve remunerá-lo por isso. Esta idéia é central no Estado de Direito, e está posta expressamente na Constituição, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana e o trabalho como bases de sustentação da República Brasileira.

Ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, Willis Santiago Guerra Filho⁵ explica que deve ser “entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro, na medida do jurídico e faticamente possível.”

Ademais, a aplicação dos princípios constitucionais, pelo critério da ponderação, vem conferir “unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas,” como bem ressalta Luis Roberto Barroso.⁶ Para tanto, o intérprete tem que superar a crença de que os princípios seriam dotados apenas de dimensão axiológica e programática. Os conflitos, que marcam nossa época contemporânea, exigem que se reconheça a eficácia normativa também aos princípios, sendo que tal diretriz está inserida na lógica do próprio sistema, intrinsecamente dialético e edificado por normas articuladas entre si, que podem incidir de maneira concomitante, sem necessidade de exclusão ou privilégio a uma, em detrimento de outra, como acontece com as regras.

Como bem enfatiza Barroso, a “perspectiva pós-positivista e principiológica do direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional.” Por tais razões, carece de sustentação jurídica a interpretação que reconhece a aplicação do princípio da legalidade apenas para beneficiar o empregador, esquecendo-se que a lei também garante os salários do empregado, que foram sonogados pelo primeiro, de modo que o princípio da legalidade deve ser garantido e aplicado a ambos, pelo critério da ponderação.

Assim é porque o método da subsunção, em que a premissa maior (norma) é aplicada e valorada sobre a premissa menor (fato), a fim de se obter uma solução para o conflito, tem se revelado insuficiente para resolver os *hard cases*, como ocorre na presente questão, em que convivem “diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias.” Por tais razões, a “subsunção não tem instrumentos

⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1- 48.

para produzir uma conclusão, que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes,” notadamente porque sua lógica, destinada a “isolar uma única norma para o caso”, se revela incompatível com o princípio da unidade, “pelo qual todas as disposições constitucionais tem a mesma hierarquia, e devem ser interpretadas de forma harmônica” sem exclusão, como esclarece Ana Paula de Barcellos.⁷ Neste sentido, também enfatiza que o “propósito da ponderação é solucionar esses conflitos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes.”

5 A EFETIVIDADE E UTILIDADE DA JURISDIÇÃO

A diretriz que entende aplicável apenas aos salários do devedor (ex empregador) o benefício da impenhorabilidade, ao mesmo tempo em que nega aos salários do credor (ex empregado) a condição de preferência, sinaliza que é possível utilizar-se do trabalho de outrem sem lhe pagar o que deve, conclusão que não encontra amparo no sistema jurídico em vigor. Com efeito, colide frontalmente com o devido processo legal e solapa a efetividade de acesso à jurisdição, já que desacredita uma decisão judicial, o que revela o equívoco desta interpretação, notadamente em se considerando que é a “quantidade de elementos normativos em prol de uma determinada solução e o peso que eles assumem diante das circunstâncias concretas.” que se constituem nos principais critérios orientadores da ponderação,” como pontua Barcellos.

Neste contexto, negar efetividade a uma decisão judicial, que reconheceu ao credor o direito a receber verbas de natureza alimentícia, deixando de proceder à penhora sobre um percentual dos salários do devedor, seu ex-empregador, se revela insustentável, pois retira a efetividade da jurisdição, além de colidir com o princípio da isonomia, por reconhecer ao devedor uma condição mais benéfica (integralidade dos salários), que ele próprio negou ao seu ex-empregado, deixando de pagar-lhe os salários a que fazia jus.

A constitucionalização do direito aplicável às relações privadas, entre empregado/ empregador, demonstra de forma convincente que é preciso fazer valer a utilidade da jurisdição como marco estruturante do ordenamento jurídico, assim estabelecido pela Constituição Federal de 1988 com o escopo de “maximizar” o alcance dos princípios ali

⁷ BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49-118.

agasalhados, para que haja um fortalecimento do próprio sistema, como enfatiza Oscar Vilhena Vieira.⁸

Neste mesmo sentido as reflexões de Canaris,⁹ ao lembrar que no

[...] alargamento progressivo dos dados sujeitos a tratamento jurídico, teve peso a denominada jurisprudência das valorações. Na sua base encontra-se a insatisfação causada pela manutenção tardia da jurisprudência dos interesses e, em geral, do positivismo jurídico. O influxo da filosofia dos valores, presente, aliás, no neo-kantismo, permitiu uma transposição: a uma ponderação de interesses causalmente considerados pelo legislador, contrapõem-se um sopesar de valores.

Ao discorrer sobre a essencialidade do direito para os estados constitucionais, Gustavo Zagrebelsky¹⁰ ressalta a necessidade de reconhecimento da coexistência de valores e princípios postos pela Constituição, para que não ocorra instabilidade institucional, colocando em risco a unidade e integração do sistema jurídico, ao mesmo tempo em que é preciso preservar sua base material pluralista, impedindo que se atribua aos princípios uma interpretação absoluta, pois é preciso compatibilizá-los uns com os outros.

Como bem pondera André Luiz Vinhas da Cruz,¹¹ o “papel construtivista, ou reconstrutivista do Poder Judiciário, e não só deste, mas da sociedade em geral, é o de coletar todo esse material fático, normativo e ético-moral, substancialmente histórico, que diante de um prévio procedimento, do conhecimento de todos, igualitário, libertador e democrático, nos leve ao amplo debate público das grandes questões nacionais, a fim de se alcançar não só a racionalidade decisória, mas principalmente a própria efetivação da justiça, enquanto ideal, e a emancipação garantista dos direitos humanos.”

Destaca que a plenitude da vida, que se desenvolve cada vez mais de forma coletiva, exige atitudes moderadas (uma *aurea medietas*), embora propositivas e construtivas, e que possam manter-se com a consciência de quem sabe que este ideal corresponde a uma visão da vida e a um *ethos*, que não podem ser considerados de forma alguma depreciáveis. Deste modo, o imperativo teórico de não aceitação da contradição—válido para a ciência jurídica— não deveria de forma alguma impedir a elaboração jurisprudencial de tentar realizar positivamente a

⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, p. 40.

⁹ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Editorial Trotta. 2007. p. 14.

¹¹ VINHAS DA CRUZ, André Luiz. A tópicas neo-aristotélicas de Theodor Viehweg: uma análise crítica de Manuel Atienza. **Revista da Esmese**, n. 7, p 159-179, 2004.

concordância prática das diversidades, superando as contradições que a realidade fática apresenta. Assim, a resposta não pode ser buscada pela diminuição das potencialidades constitucionais. É preciso priorizar a busca de soluções prudentes, que propiciem o desenvolvimento dos princípios constitucionais em conjunto, adequando-os às especificidades de cada caso concreto, porque só assim serão obtidas respostas sensatas, que possam dirimir os conflitos sociais, rejeitando os extremismos que mais servem para aprofundar as fissuras.

Atende melhor ao escopo da utilidade da jurisdição, preservar a possibilidade de quitação de um título judicial de natureza salarial, mediante a penhora de uma parte dos salários do devedor, do que simplesmente deixar de lado o título, preservando apenas a integridade do salário do ex- empregador, que deixou de reconhecer esse direito ao seu ex-empregado, que agora se vê novamente na iminência de ser excluído da proteção prevista no ordenamento jurídico, caso negada a efetividade ao seu direito, já reconhecido judicialmente.

Ora, a supremacia da constituição exige que a “razoável duração” do processo, como direito fundamental, seja observada notadamente em relação ao direito processual, ante a inserção do inciso LXXVIII, ao artigo 5º da CF/88, pela EC 45/2004.

Herdeiros do direito europeu, em que a força do Estado está centrada no Parlamento, o que levou à instituição da lei como pedra angular de edificação do sistema jurídico, o juiz brasileiro tradicionalmente se preocupa mais em aplicar o que consta da portaria, ordem de serviço, regulamento, lei. Só por último lembra da Constituição, por considerar que compete apenas ao Supremo Tribunal Federal a guarda de seus princípios, cabendo ao julgador das demais instâncias apenas resolver “a questão concreta á luz da normatividade inferior” como bem pontua Nalini,¹² chamando a atenção para a necessidade de mudar essa perspectiva e atentar para a “realização do justo concreto” pelo Judiciário, como um dos poderes da República Brasileira, responsável pela consecução dos objetivos fundamentais postos pela Lei Maior.

Que dirá então, quando a própria norma processual, recentemente alterada, caminha na mesma direção da diretriz constitucional?

Como enfatiza Bonavides,¹³ há “na escala evolutiva do direito constitucional, legislado ao longo das revoluções e metamorfoses de dois séculos, quatro gerações sucessivas de direitos fundamentais que, passando da esfera subjetiva para as regiões da objetividade, buscam reconciliar e reformar a relação do indivíduo com o poder, da sociedade

¹²NALINI, Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

¹³BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. In: _____. **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros.

com o Estado, da legalidade com a legitimidade, do governante com o governado.”

Neste mesmo sentido caminha Cláudia Lima Marques,¹⁴ ao ressaltar que, ante a “pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes,” os critérios tradicionalmente empregados para a solução de conflitos se revelam insuficientes, tornando necessário o diálogo das fontes preconizado por Erik Jayme, pois para que se possa administrar o pluralismo, que marca a sociedade contemporânea, é preciso garantir a utilidade da jurisdição.

Assim, não se trata de atingir o extremo da descodificação, referido pelo jurista italiano Natalino Irti, mas de reconhecer que os princípios constitucionais são reitores do ordenamento infraconstitucional, e ferramentas que possibilitam substituir o conflito pela solução advinda da coordenação sistemática, flexível, útil e ponderada das fontes.

Esta coordenação deve ser marcada por critérios de complementaridade e subsidiaridade, na superação das antinomias aparentes e reais, a fim de preservar a coerência, bem como a eficiência “funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo.” A constitucionalização do direito processual visa resguardar a efetividade e a utilidade da jurisdição, a fim de fazer valer a “razoável duração do processo” como direito fundamental, essencial para o aprimoramento das instituições jurídicas e a solidez do processo de redemocratização do nosso país.

6 CONCLUSÃO

Os princípios constitucionais que garantem a valorização do trabalho e o recebimento de salários, bem como a utilidade da jurisdição, integram o conceito formador do princípio da legalidade e, assim devem nortear a interpretação da legislação infra-constitucional, notadamente ante as alterações recentemente promovidas pela Lei nº.11.382/2006 em relação aos incisos IV e X do artigo 649 do CPC, bem como o parágrafo 2º do mesmo artigo. Deste modo, a efetivação da penhora sobre a poupança, percentual dos proventos de aposentadoria ou salários do ex-empregador, quando se tratar de garantir o pagamento de créditos trabalhistas do ex-empregado, que detém inequívoca natureza alimentar, está respaldada pelo ordenamento em vigor.

¹⁴MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese*. n. 7, p. 15-54, 2004.

Assim sendo, diferentemente do que sustentam alguns doutrinadores, tal não consiste em fazer letra morta do princípio da legalidade. Pelo contrário, ao invés de reconhecê-lo apenas em benefício de uma das partes, é preciso maximizá-lo, ampliando sua aplicação para ambas as partes, para ambos os salários, de modo a garantir a utilidade da jurisdição.

Insustentável a interpretação reducionista, que pretende aplicar o princípio da legalidade apenas para beneficiar o ex- empregador/devedor, olvidando que por isonomia o ex-empregado/credor também faz jus a sua aplicação, ainda mais quando a lei expressamente imputa, em seu favor, condição preferencial quanto ao recebimento de verba de natureza alimentar. Ademais, não há amparo legal para atribuir ao ex-empregado os riscos econômicos do empreendimento, gerido apenas pelo ex-empregador, que usufruiu de sua força de trabalho sem responder pela devida contraprestação, violando o princípio basilar de “dar a cada um o que é seu” que sustenta o Estado de Direito.

Deste modo, não se trata de desrespeitar o princípio da legalidade agasalhado no artigo 5º da CF/88 mas, pelo contrário, de extrair a sua máxima efetividade, para que seja respeitado tanto em relação ao ex-empregado, quanto em relação ao ex-empregador, impedindo que favoreça apenas um, em detrimento do outro, interpretação insustentável por colidir com o princípio da isonomia.

Ante tais razões, quando se trata de executar o pagamento de verbas salariais devidas ao ex-empregado, o dogma da impenhorabilidade absoluta dos salários, proventos de aposentadoria e poupança do ex-empregador não se sustenta, e deve ser revisto sob a perspectiva da ponderação dos valores que merecem ser resguardados, a fim de garantir a utilidade da jurisdição e a eficiência funcional do sistema jurídico.

Não há amparo constitucional para interpretar o princípio da legalidade como contraposto ao princípio da utilidade e efetividade da jurisdição, notadamente por ter sido instituído como seu garantidor.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional:**

ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Os direitos fundamentais e a globalização. In:____. **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In:____. **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense.

NALINI, Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VILHENA, Oscar Vieira. Direitos fundamentais. **Revista da Esmese**, n.7, 2004.

DIREITO DE RESISTÊNCIA EM HOBBS E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Maria da Conceição Meirelles Mendes*

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, no mês de outubro de 2007, os noticiários nacionais reportaram o episódio da ocupação da reitoria da Universidade de São Paulo- USP, quando então nos deparamos com um manifesto dos estudantes/ocupantes sustentando a necessidade de resistir e lutar contra a opressão, reivindicando melhores condições de ensino, pesquisa e extensão nas universidades públicas brasileiras. Também não é raro termos notícias de ocupações promovidas por trabalhadores sem terra como forma de luta pelo direito à moradia e trabalho, direitos que no nosso ordenamento jurídico são considerados como fundamentais.

Pelo mesmo período, chamou-nos a atenção estudo do professor José Carlos Buzanello em que o articulista defende a inclusão no texto constitucional de emenda que preveja expressamente o direito de resistência fixando-lhe limites de exercício, de forma a evitar exageros, equívocos e distorções deste direito que, em última instância pode ser definido como sendo a última arma passível de ser utilizada pelos seres humanos quando têm seus direitos fundamentais desrespeitados pelos detentores do poder.

A conjugação da prática efetiva de atos materiais de resistência não autorizados pelo ordenamento jurídico à discussão teórica acerca da necessidade de inclusão explícita de um direito de resistência no bojo de uma Constituição, direito este que passaria a ser limitado e regrado pelo poder estatal, levou-nos a questionar a possibilidade logicamente coerente de inclusão deste direito atípico, que foge dos moldes formais de uma tipologia legal, no bojo da Constituição de um Estado.

Até que ponto interessa ao Estado legitimar ações contrárias à sua própria constituição política(constituição com letra minúscula mesmo, para expressar a organização do poder)? Por outro lado até que ponto o direito de resistir ao poder político instituído é legítimo? Como saber os limites demarcatórios da legitimidade da desobediência às leis positivadas? Em que hipóteses e quem pode praticar atos de desobediência civil?

Parece-nos evidente que o cidadão possui o direito de perseguir direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, tais como:

* Juíza Titular da Vara de Estreito/MA do TRT 16ª Região. Professora assistente da Universidade Federal do Maranhão e Mestranda em Direito Constitucional junto à Universidade de Fortaleza- UNIFOR.

moradia, saúde, educação, segurança, pois deles depende a sua própria sobrevivência com dignidade, além do que a existência do Estado somente se justifica como forma política instrumental de garantir aos indivíduos a fruição destes direitos, promovendo o bem comum.

Estas questões nos levam a pensar problemas políticos e jurídicos que envolvem a Teoria Política do Estado Moderno, em sua origem centrada no contratualismo social, e no dogma da autoridade soberana e da obediência civil.

Para a análise do direito de resistência na atualidade constitucional brasileira e do paradoxo de sua inclusão explícita no ordenamento jurídico, optamos pelo estudo deste direito no pensamento de Thomas Hobbes, o pensador político do Estado soberano e ilimitado, de forma a demonstrar que mesmo este teórico, reconhecido como defensor de um Estado absoluto que paira acima dos súditos, reconhece um direito de resistência como forma de preservação da mínima dignidade do ser humano, embora não o preveja como criação do poder soberano.

Observemos que Thomas Hobbes (2006, p.132), no capítulo XVIII do Leviatã, partindo de uma concepção contratualista, que pressupõe a adesão irrestrita e irreatável dos súditos aos termos do pacto social, trabalha com a idéia de que o Estado é instituído

[...] quando uma multidão de pessoas concordam e pactuam que a qualquer homem ou assembléia de homens a quem seja atribuído pela maioria o direito de representar a pessoa de todos eles- ou seja, de ser seu representante-, todos, sem exceção, tanto os que votaram como os que votaram contra ele, deverão autorizar todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens.

Como consequência desta transferência de poder presumidamente assentida por todos, o poder soberano passa a ser concebido como absoluto, inoponível pelos representados, configurando-se qualquer dissensão como um ato injusto, na medida em que a adesão ao contrato confere legitimidade aos poderes estatais que são, desta forma, ilimitados.

Conforme ressalta Rui Martinho Rodrigues (1997, p.114), o Estado hobbesiano se legitimaria tanto no aspecto tético, por ter como fim a segurança e a paz, quanto na sua origem e substância, por advir de um contrato cuja adesão, e conseqüente renúncia à liberdade, se fez de forma espontânea.

Por essa razão o poder soberano no Leviatã, a soberania, não admitiria dissidências ou limitações, posto que o contrato *que a estabelece*

não a sujeita a nenhuma obrigação, salvo a de assegurar a tranqüilidade e o bem-estar dos contratantes. (CHATELÉT, 2000, p.51-52).

Partindo desta concepção de Estado total, *prima facie*, fica difícil admitir, no pensamento hobbesiano, de forma coerente e consistente, o reconhecimento de um direito de resistência dos contratantes que lhes permitiria, de forma justa, exercitar a desobediência civil, pois enquanto o contrato originário justificaria a obediência e autorizaria todas as ações do soberano, a conseqüência lógica seria admitir que todas as ações do soberano não poderiam ser limitadas ou resistidas pelos súditos, na medida em que haveria uma quebra do pactuado.

Entretanto, na construção teórica do Leviatã é possível encontrar o gérmen de um direito de resistência, uma autorização à desobediência civil que se configura como um contraponto ao poder ilimitado do Estado soberano, quando o autor trabalha com o tema da liberdade dos súditos.

Para identificar na teoria do estado absoluto de Hobbes, a existência de um direito supralegal que justifique a desobediência civil, inicialmente, trabalharemos um conceito do direito de resistência, efetuando uma diferenciação entre resistência e rebelião.

Em relação à questão dos fundamentos do direito de resistência será analisado o direito natural e o contrato social como fontes legitimadoras da desobediência civil, além de efetuar uma análise das hipóteses de desobediência civil admitidas por Hobbes em sua teoria política. Por fim, será feita uma abordagem do direito de resistência na ordem constitucional brasileira, indagando da razoabilidade da inclusão no texto constitucional de norma que garanta o direito de insurgência dos cidadãos.

2 CONCEITO DE DIREITO DE RESISTÊNCIA

O direito de resistência pode ser considerado como um direito atípico na medida em que, apesar de ser um direito fundamental, não se encontra normatizado de maneira explícita no ordenamento jurídico de um Estado, ou seja, é um direito implícito que independe de outorga ou chancela estatal.

Norberto Bobbio (1992, p.95) o considera como um direito de cunho secundário, restando seu exercício sempre na dependência de um direito primário reconhecido pelo ordenamento jurídico, tais como o direito à vida, à dignidade humana, à propriedade, pelo que seu exercício dependeria do descumprimento de algum direito primário fundamental, podendo ser considerado como um autêntico direito de autodefesa dos indivíduos, principalmente em face à ação ou omissão do Estado.

José Carlos Buzanello (2007, p.3) sustenta que o conceito de direito de resistência pode ser buscado sob dois enfoques: o político significando

a capacidade de as pessoas ou os grupos sociais se recusarem a cumprir determinada obrigação jurídica, fundada em razões jurídicas, políticas ou morais, e o jurídico, como sendo uma realidade constitucional em que são qualificados gestos que indicam enfrentamento, por ação ou omissão, do ato injusto das normas jurídicas, do governante, do regime político e também de terceiros.

O mesmo autor defende a normatização constitucional do direito de resistência como forma de delimitação do seu exercício, de modo a garantir a estabilidade das instituições político-jurídicas. Em sentido contrário Nelson Nery Costa (1990, p.21) sustenta a impossibilidade do direito de resistência se apoiar na força coativa do Estado, sob o fundamento de que

[...] jamais um governo admite que seja opressivo, não apoiando de modo algum a resistência que se possa oferecer à sua atitude. A teoria da resistência é uma categoria jurídica que faz parte dos direitos da cidadania, que perde conteúdo quando positivado.

O direito de resistência, na verdade, configurar-se-ia como uma espécie de direito de exceção, que embora tenha conteúdo jurídico prescinde de leis para garanti-lo, sendo utilizado, principalmente, como uma forma de limitação do poder, estando intimamente ligado ao direito fundamental da liberdade e aos direitos de cidadania.

Estabelecido o estatuto jurídico mínimo do direito de resistência como um direito excepcional, não inscrito nas leis do Estado, tampouco por este assegurado, passaremos a analisar no pensamento de Hobbes o reconhecimento deste direito aos súditos do Leviatã, e os fundamentos legitimadores do seu exercício.

3 DIREITO DE RESISTÊNCIA EM HOBBS

Não é demais ressaltar que a visão de homem em Hobbes é pessimista, concebendo-o como um ser suscetível e movido pelas paixões, mais que pela racionalidade, sendo o medo o seu mais forte sentimento. Para ele o homem tende ao individualismo, egoísmo, o que o coloca em situação constante de confronto com seus pares. A concepção aristotélica do homem como ser social tendente ao pacifismo, interação e composição dos interesses sociais é rechaçada em Hobbes, substituída por uma visão atomizada de ser hedonista, movido precipuamente pela busca da satisfação do seu prazer pessoal, ser naturalmente destrutivo do tecido social.

Esta concepção da natureza humana em Hobbes instrumentaliza a legitimação de um poder soberano, dotado de autoridade superior a

todos os súditos, que funcione como catalisador dos conflitos, capaz de promover a pacificação da convivência social. O Estado forte, soberano, uma construção humana desumanizada, um monstro atemorizante, mas ao mesmo tempo um pai de rebentos rebeldes que coloque ordem à natural má-inclinação dos seus filhos, surge como solução para as mazelas do convívio em sociedade- o Leviatã.

Cabe, ainda enfatizar que para Hobbes os homens aceitam, aderem espontaneamente à idéia do Poder soberano como forma de aplacar seus medos. No entanto, como naturalmente os homens tendem a transgredir, o poder soberano deve manter a disciplina através do exercício de um poder forte assentado no dever de obediência incondicional dos súditos.

Este dever de obediência em Hobbes, entretanto, se circunscreve ao âmbito da manifestação do pensamento e da ação na esfera pública, ou seja, não exige o poder soberano a adesão moral, mormente pelo fato de não poder efetivamente controlar o pensamento e desejo humano individuais. Basta, apenas que os súditos respeitem as leis ditadas pelo Estado e cumpram com o dever de obediência civil(não se cogita *in casu* da convicção pessoal).

Hobbes não tenta, ou sequer admite a possibilidade de mudança da natureza humana. Trabalha, apenas, com a idéia de que os homens, por se saberem problemáticos, temerosos e fracos, consentem a delimitação da sua liberdade por um soberano a quem outorgam poderes ilimitados, desde que lhes seja assegurada a paz, afastando o medo da dor e da morte.

Para então chegarmos a falar de um direito a resistir às ordens daquele poder consentido, garantidor da segurança social ao homem hobbesiano, mister se faz trabalhar, inicialmente, com o direito de liberdade dos súditos.

No capítulo XXI do Leviatã, ao refletir sobre a questão da liberdade dos súditos, Hobbes (2005, p.158) afirma que *liberdade consiste na ausência de oposições, entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento*, sendo livre aquele homem *que não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer, naquilo que é capaz de fazer*.

No entanto, a liberdade hobbesiana, em geral, somente se configura como direito na medida em que as ações humanas não sejam proibidas pela lei que emana do Estado, ou seja, a liberdade dos súditos restringe-se aos espaços criados pelos silêncios da lei.

Apesar de enfatizar a vinculação dos súditos ao poder estatal, (poder este que se exerce através do direito de punir a desobediência civil) relegando o direito de atuação livre da ingerência das normas estatais ao âmbito do não normatizado, Hobbes (2005, p.163) admite situações em que é legítimo um direito de liberdade especial, incondicional, existente

independente de lei, sendo esta *a verdadeira liberdade dos súditos, ou seja, aquelas coisas que, embora ordenadas pelo soberano, não obstante eles podem sem injustiça recusar-se a fazer.*

Há, portanto, o reconhecimento da existência de situações na vida em que mesmo havendo vedação legal, aos súditos é reconhecido o direito de desobediência, como última forma de preservação, tendo em vista que o contrato social originário fora firmado com o objetivo de preservação da vida do contratante, logo conceber que ao contratar este tenha renunciado ao direito de se defender de um ataque futuro seria incoerente e contraditório.

Como exemplo destas situações, Hobbes (2005, p.164) especifica casos em que os súditos estão dispensados da obediência ao seu soberano, todos eles justificados pelo natural medo da morte, inerente ao homem hobessiano, conforme pode ser observado das seguintes passagens:

Caso o soberano ordenar a alguém- mesmo que justamente-condenado, que se mate, se fira ou mutile a si mesmo, ou que não resista aos que o atacarem, ou que se abstenha de usar os alimentos, o ar, os medicamentos, ou qualquer outra coisa sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer;

Caso alguém seja interrogado pelo soberano ou por sua autoridade, portanto, relativamente a um crime que cometeu, não é obrigado- a não ser que receba a garantia de perdão- a confessá-lo, porque ninguém pode ser obrigado por um pacto a recusar-se a si próprio.

Para Clóvis Brondani (2007, p.8) *esta “verdadeira liberdade” ultrapassa os limites do conceito de liberdade como ausência de impedimento, caracterizando-se como uma forma de reação ao impedimento, ou seja, uma reação à lei.*

Entretanto, no pensamento hobbesiano o direito de resistência também não se dimensiona somente em face às ações do Estado, mas também em razão das suas omissões, apresentando-se em duas modalidades: **o direito de resistir diretamente a uma ordem do soberano, quando tal ordem ameaça diretamente a vida, e a resistência ao Estado quando este não supre mais as garantias de uma vida segura e tranqüila, não realizando assim o fim para o qual ele foi instituído.**

Na primeira hipótese, o direito de resistir exsurge em quaisquer situações em que uma ação do Estado coloque em risco a preservação da vida do cidadão, mormente pelo fato de Hobbes (2005, p.163) reconhecer que “os pactos no sentido de cada um abster-se de defender seu próprio

corpo são nulos.”

Na segunda hipótese, no entanto, o direito de resistência não tem como motor uma ordem ou lei do soberano, ou seja, uma ameaça direta do Estado, mas resulta da omissão do Poder soberano em garantir a segurança do cidadão, não cumprindo, portanto, as promessas feitas no pacto originário. Neste caso, é a própria incapacidade do Estado de garantir a paz e a segurança dos cidadãos que gera o direito à resistência, posto que para Hobbes (2005, p.166) *entende-se que a obrigação dos súditos para com soberano dura enquanto, e apenas enquanto, dura também o poder mediante o qual ele é capaz de protegê-los*, posto que para ele é racional admitir-se que o *direito que por natureza os homens têm de defender-se a si mesmos não pode ser abandonado através de pacto algum*.

Ao admitir, com base no contrato social originário, a existência de um direito justo de resistência, para Hobbes a desobediência prescindiria de uma positivação no bojo de uma Constituição, pelo que permaneceria como uma prerrogativa contratual inerente ao estado de natureza dos seres humanos. Assim, independentemente ou não do fato de se constituir como um direito positivo garantido pelo Estado, o direito de resistência para se efetivar não teria a necessidade de ser garantido pelo Poder soberano, restando como uma categoria jurídica contratual, como um verdadeiro direito natural de autodefesa, havendo no contrato social, de forma implícita, uma cláusula de permanência de um direito natural mesmo após a fundação do Leviatã, o Estado civil.

Parece fácil e coerente a conclusão acima exposta de que o direito de resistência restaria legitimado no pensamento hobbesiano, tanto em relação às hipóteses de resistência em relação à ação do Estado, quanto em relação à insuficiência da atividade estatal em prover a segurança dos cidadãos. No entanto esta é uma questão tormentosa dentro da teoria hobbesiana, questão esta que permanece controvertida até os nossos dias, na questão da positivação de um direito de resistência nos textos constitucionais.

Como definir o justo e o injusto numa organização política senão através da lei emanada do Estado? Como definir os limites que caracterizam a atuação insuficiente do Estado para considerar justa a resistência por descumprimento do pactuado originariamente, se no momento do contrato foi delegado ao Poder soberano a definição do justo e injusto, necessário e desnecessário para a convivência social no interior da sociedade civil?

Observe-se que não estamos falando em direito à rebelião, pois em Hobbes resistência e rebelião não têm o mesmo estatuto, já que enquanto o direito de resistência se legitima pelo direito natural e pelos próprios termos e fins do contrato social, a rebelião é entendida como

uma revolta injusta contra o poder soberano, impulsionada por disputas de poder, e não pela questão motivadora do pacto que é a defesa da vida dos cidadãos. Ambas são contraposições ao poder, como negação da obediência civil, mas a rebelião, diversamente da resistência, constitui-se como uma categoria jurídica ilegítima dentro do pensamento de Hobbes, que na obra *Behemoth* dedicou-se a estudá-la como causa da própria dissolução do Estado.

Feitas estas considerações passaremos a tratar de forma mais específica os fundamentos do direito de resistência no pensamento de Hobbes a fim de procurar a atualidade da fundamentação de um direito de resistência.

3.1 Fundamentos do direito de resistência: o direito natural e o contrato

Hobbes, em sua obra *Do cidadão* (2006, p.38), define como primeira e fundamental lei natural a de que *devemos buscar a paz quando esta pode ser encontrada*, em outros termos, poderíamos definir o direito natural hobbesiano como a liberdade concedida ao homem, no estado de natureza, de usar o poder para realizar qualquer ação em benefício da preservação de sua vida.

A concepção de estado de natureza em Hobbes diverge da visão contemporânea dos contratualistas, pois estes pretendem justificar um modelo político baseado no consenso e racionalidade, como construção artificial do homem, fundadora do Estado Liberal, de viés democrático, enquanto para Hobbes estes argumentos foram utilizados para a legitimação de um Estado absolutista.

Importante ressaltar que Hobbes diferencia Direito e Lei, concebendo aquele como liberdade de ação ou omissão, enquanto esta seria o comando, obrigação a uma ação ou omissão. Desta forma, o Direito Natural seria uma liberdade inominada, desprovida de um conteúdo previamente fixado, uma espécie de direito a uma ação racionalmente justificável de fazer tudo para proteger a vida. O direito à vida, portanto, não apareceria como um direito natural em si mesmo, mas como o objeto motor de todas as ações libertárias do homem, restando, portanto, como real e fundamental direito natural o direito à defesa da vida pelo homem.

Por outro lado, é importante ressaltar que em Hobbes os ditames das leis naturais têm uma conotação de moralidade, na medida em que admite que estas somente obrigariam no foro íntimo, na esfera da consciência, devendo ser fundadas na reta razão, independentes de qualquer fator externo coercitivo, pelo que restaria sempre ao homem a liberdade de pensar, sentir. Assim, mesmo a supressão da liberdade física, através

da prisão, do encarceramento, não impediria o homem de tentar livrar-se daquela prisão, por inexistente o impedimento moral ao exercício da sua liberdade natural.

Entretanto, de vez que a natureza humana não tende à sociabilidade pacífica, a necessidade de instituição de um estado civil constitui-se em ponto de tensão constante ao natural anseio de liberdade individual, pelo que este jogo de forças continua existente no Estado civil, pois mesmo havendo leis o cidadão tem a verdadeira liberdade, como direito natural à proteção da vida, que é consubstanciado no direito de resistência que opera sempre que haja poderes constituídos, ou seja, onde haja lei.

A argumentação de Hobbes envereda pela admissão da permanência de um direito natural à preservação da vida, por força do pactuado pelo que o direito à resistência passa a ser entendido como aquele resquício de um direito natural que permanece após a instituição do Estado, que garante aos cidadãos a liberdade de resistir contra o próprio Estado em situações que ameacem a vida humana. Assim, poderíamos admitir que o contrato social ao mesmo tempo em que transfere direitos ao soberano, também limita esta transferência.

O contrato social, então entendido como um artifício teórico pelo qual a transferência de direitos se opera na teoria política, de forma a justificar a constituição de um estado, teria sua lógica respeitada desde que os fins contratuais fossem alcançados, ou seja, a lógica contratual estaria no cumprimento de forma inexorável pelo poder político de todos os seus deveres de garantia da segurança dos representados, pelo que a partir da quebra do compromisso originário haveria a ruptura lógica da racionalidade contratual exigente da submissão incontestante dos cidadãos ao poder do seu representante, mormente pelo fato de que o único dos direitos que se poderia considerar irrenunciável e intransferível, mesmo em face de um poder absoluto seria o direito de resistir para a defesa e preservação da própria vida humana.

Assim, o fundamento do direito de resistência seria entendê-lo como parte do direito natural que não teria sido transferido através do contrato, inserindo-se dentro da lógica da teoria contratual, fundada na teoria da vontade que não admite pactuação com objetivo que não seja o de alcançar o bem do próprio contratante, restando nulo o contrato que previsse a alienação de um direito de autodefesa, o que justificaria assim a quebra do dever de obediência ao pactuado pelos representados.

A fundamentação de um direito de resistência, como um direito natural inalienável do ser humano, irrenunciável, impassível de transferência através de um contrato social, mesmo que este pacto seja o ato de constituição de um Estado Absoluto, de um Estado Liberal, de um Estado Socialista, como admitido pelos contratualistas contemporâneos,

configura a atualidade do pensamento hobbesiano na questão referente ao tema do direito de resistência.

A partir desta justificativa teórica do direito de resistência, passaremos a analisar na ordem constitucional, hipóteses que poderiam indicar esboços de positivação de um direito à desobediência civil, a fim de analisarmos a questão principal acerca da necessidade e coerência de inclusão no texto constitucional brasileiro, de forma explícita, deste direito face ao Estado.

4 DIREITO DE RESISTÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Na atualidade podemos citar basicamente as Constituições da Alemanha e Portugal como contendo normas explícitas que se referem a um direito de resistência, sendo que o art. 20, item 4 da Lei Fundamental Alemã de 1949 prevê que *todos os alemães terão direito de se insurgir contra quem subverter essa ordem, quando não lhes restar outro recurso*, enquanto a Constituição de Portugal de 1982, em seu art. 21 prevê que *todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública*.

Observamos, no entanto, que não se trata, *in casu*, de um verdadeiro direito de resistência nos moldes hobbesianos, principalmente no caso do dispositivo constitucional português, tendo em vista que a ameaça que permite a liberdade de resistir não se origina do próprio poder constituído, ou seja, a resistência do cidadão pode ser exercida desde que o poder e ordem constituídos não sejam afetados.

Apesar de não constar explicitamente no texto constitucional nacional a garantia ao cidadão de um direito de resistência, sua realidade jurídica é indiscutível por estar intimamente ligado aos valores constitucionais normatizados na ordem jurídica constitucional, valores estes que têm uma tríplice função: fundamentadora na medida em que constituem o núcleo básico informativo do sistema jurídico-político; ordenadora, na proporção em que indica metas a serem buscadas pelo poder político, tornando, via de conseqüência inoperantes ações contrárias aos fins valorados pela Constituição; e crítica de vez que serve como critério de valoração para a interpretação das ações políticas.

Assim, quando o texto constitucional contempla a supremacia dos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, fundado no respeito à dignidade humana, garantindo aos cidadãos direitos de pleno exercício da cidadania com o respeito aos seus direitos fundamentais, individuais e sociais, consagra de forma implícita o direito de resistência como uma cláusula de proibição, entendida esta categoria jurídica como o

direito de impedir que ações ou omissões do Estado impeçam a efetividade dos direitos fundamentais.

Utilizando o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.85), podemos falar de uma fundamentalidade material do direito de resistência na Constituição de 1988, em razão do disposto no art. 5º, parágrafo 2º, da CF/88, que

[...] aponta para a existência de direitos fundamentais positivados em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

Através deste trabalho hermenêutico que se faz a partir dos dispositivos constitucionais vigentes, constatamos a juridicidade do direito de resistência, por força dos princípios e regras que informam a ordem jurídica atual, pelo que apesar de não positivado de forma explícita, tem todo seu estatuto jurídico informado por outros princípios já dispostos constitucionalmente.

Esta condição implícita do direito de resistência corresponde a uma lógica da própria teoria política que considera contraditório que o poder estatal consagre e garanta através do seu poder coativo, toda e qualquer forma possível de resistência a ser exercida contra si mesmo. Esta situação, do ponto de vista da segurança jurídica e das normais condições de exercício do poder pelo Estado, poderia resultar em um clima anárquico que atentaria contra a própria existência do ente estatal.

Machado Paupério (1978, p.222) enfatiza que *mesmo que a lei reconheça, jamais é o chamado direito de resistência garantido pela força coativa do Estado. Assim, a faculdade de resistir à opressão não pode apoiar-se na força do governo.*

Entretanto, apesar de não poder contar, por uma questão de lógica, com a força do aparelho do Estado para o seu exercício, pelo menos em um primeiro momento, não há que se falar em ajuridicidade do direito de resistência, relegando-o ao plano da ação política, pois sua própria condição de direito inalienável do ser humano, além da sua patente possibilidade de inclusão no sistema jurídico constitucional através da cláusula de abertura contida no mencionado art. 5º, parágrafo 2º, da CF/88, garantem a possibilidade de seu exercício, desde que observadas as limitações do sistema constitucional vigente.

Neste aspecto, as limitações ao exercício do direito de resistência residem efetivamente na sua própria condição de direito secundário, atípico, vinculado aos valores constitucionais consagrados, dependente,

portanto de uma justificação baseada na necessidade de garantia pelo Poder estatal dos direitos fundamentais do ser humano num Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

Para João Carlos Buzanello o ordenamento jurídico constitucional de 1988 já reconhece como lícitas, de forma explícita algumas espécies de exercício do direito de resistência tais como a objeção de consciência e a greve política. Considera ainda como legítima e necessária a inserção no texto constitucional de norma que preveja explicitamente o exercício de um direito de resistência mais amplo, prevendo sua forma de exercício, limitações pelo poder constituído, de forma a garantir a estabilidade das instituições jurídicas.

A partir da análise da natureza jurídica do direito de resistência como um direito natural do ser humano impassível de transferência ao poder constituído através de qualquer espécie de pacto social, remontando, portanto, ao pensamento absolutista de Hobbes, consideramos como contraditória a proposta de inserção no texto constitucional de um direito *limitado* de resistência, controlável *a priori* pelo próprio poder contestado.

Outro óbice à positivação explícita do direito de resistência reside na sua desnecessidade. Como demonstrado no corpo deste estudo, o direito de resistência já se encontra inserido no sistema constitucional, possuindo *status* constitucional, como direito fundamental previsto pela cláusula de abertura o art. 5º, parágrafo 2º da CF/88, direito este que se justifica todas as vezes em que são desrespeitados direitos que garantam o exercício da cidadania num regime democrático calcado no respeito à dignidade da pessoa humana.

A sua forma implícita de inclusão no ordenamento jurídico atende a seu próprio estatuto de direito atípico, inalienável e irrenunciável, pelo que todas as tentativas de domesticá-lo, legalizá-lo, impondo-lhe limites claros e definidos no texto constitucional somente teria o efeito de desnaturá-lo, tornando-o inócuo e desprovido de eficácia jurídica.

Por outro lado, as modalidades de exercício de um antigo direito de resistência que já se encontram reconhecidas e normatizadas no ordenamento jurídico constitucional de forma explícita, não podem mais se enquadrar no estatuto jurídico do direito de resistência, mormente pelo fato de serem dotadas de baixa densidade política hodiernamente. Quem atualmente pode negar que a greve, enquanto instrumento de exercício do direito de resistir a atos legais injustos perdeu a sua eficácia? Greves sem resultados consistentes são em nossos dias uma constante, principalmente no âmbito das universidades brasileiras e das categorias

de trabalhadores que não detêm poder relevante na conjuntura político-econômica da atualidade.

Neste particular verificamos que a condição implícita do direito de resistência atende à própria dinâmica social, que em contextos históricos diferenciados prioriza situações de vida diversas, de modo a compor os interesses sociais em jogo naquele momento específico da vida político-social. Não é demais ressaltar ainda, que esta abertura da atipicidade do direito de resistência proporciona-lhe uma necessária plasticidade que atende a sua condição de direito natural inalienável, como possibilidade de controle e oposição aos poderes constituídos que se tornem arbitrários.

Concluimos, então, discordando daqueles que pregam a necessidade de inclusão do direito de resistência por meio de emenda constitucional, afirmando que sua existência jurídica é incontestada na Constituição de 1988, como direito de liberdade essencial à garantia de outros direitos essenciais à vida digna do ser humano, por força do disposto no art. 5º, parágrafo 2º, do texto constitucional.

REFERÊNCIAS

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

BRONDANI, Clovis. **O direito de resistência em Hobbes**. Curitiba, PR, 2007, Dissertação (Mestrado em História da Filosofia Moderna e Contemporânea) - Universidade Federal do Paraná, 2007.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência**. Disponível em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir&id=24497>>. Acesso em: 14 nov. 2007.

CHÂTELET, François et al. **História das idéias políticas**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

HOBBES, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Fransmar Costa Lima. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **Direito político de resistência**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

RODRIGUES, Rui Martinho. **Príncipe, lobo e homem comum**: análise das déias de Maquiavel, Hobbes e Locke. Fortaleza: Casa José de Alencar (UFC), 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

PROTEÇÃO À INTIMIDADE E AO SIGILO DE CORREIO ELETRÔNICO FRENTE AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR EM ESPANHA E NO BRASIL

Manoel Joaquim Neto*

1 INTRODUÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Numa época em que, em todo o mundo, há uma pseudo “escassez de emprego”, decorrente de mudanças nos mecanismos de produção (novas tecnologias, robotização dos processos produtivos), bem como do fenômeno da globalização, contempla-se que cada vez mais se torna imprescindível uma análise dos direitos fundamentais do trabalhador, frente ao poder de direção do empregador.

Assim, cumpre destacar, de logo, que o trabalhador, como qualquer pessoa que vive em sociedade, possui direitos próprios de sua condição de cidadão, os quais são mantidos quando celebra um contrato de trabalho, conforme leciona o Prof. Fernando Valdés Dal-Ré, em artigo intitulado “Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia”, Relaciones Laborales n. 22 (2003), in verbis:

El trabajador lleva así a la relación laboral unos derechos, los inherentes a su persona, que son previos al contrato de trabajo que concierta y de superior rango y valor a los que en éste puedan regir y haberse acordado, pero cuyo ejercicio va a repercutir ineludiblemente en el propio contrato de trabajo y en la organización de empresa en la que aquél se inserta. Pero sucede que la institución del contrato de trabajo y la organización empresarial responde a unas lógicas que resultan, prima facie, poco favorables para el reconocimiento efectivo y el disfrute real de esos derechos de naturaleza personalísima.

Nada obstante detenha o empregador os meios de produção, ocasionando, portanto, um desequilíbrio, uma desigualdade entre as partes do contrato de trabalho, isto não importa dizer que possua um poder ilimitado sobre o trabalhador, conforme nos ensinam os mestres espanhóis Antonio Baylos y Joaquin Aparicio (1992, p.11):

De la propiedad sobre las cosas no se desprende un poder jurídico sobre las personas, que es justamente el que se

*Juiz Titular da Vara do Trabalho de Bacabal-MA, do TRT 16ª Região.

da em la relación de trabajo, caracterizada por entablarse entre uno que tiene poder y outro que no lo tiene. En este sentido el contrato de trabajo debe verse como el elemento de mediación que sanciona jurídicamente aquella posición de desigualdad.

De outra parte, o contrato de trabalho pressupõe, a toda evidência, a existência de uma subordinação, porquanto o trabalhador aliena sua força de trabalho e o empregador direciona, na conformidade com os interesses do empreendimento, sem que se possa, contudo, negar a existência dos direitos fundamentais quando se busque o seu exercício no próprio ambiente de trabalho, conforme salienta o mestre Fernando Valdés Dal-Ré (2003):

La negación de los atributos de fundamentalidad a los derechos de la persona del trabajador en particular, cuando éstos pretenden ejercerse en el interior de las organizaciones productivas, no pone en jaque o no sólo pone en jaque, a mi juicio, la democracia económica; lo que hace, más sencillamente, es poner en cuestión el pacto social fundante de las constituciones modernas y, por encima de ello y también, el fundamento axiológico de la configuración de los derechos de la persona como derechos fundamentales.

2 PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Podemos conceituar Poder Diretivo como sendo o conjunto de atribuições, de natureza técnico-organizativas, próprias do empregador, que tem por objetivo determinar as regras a serem cumpridas pelos empregados no desempenho diário de suas funções.

O Poder Diretivo está compreendido entre os demais poderes do empresário. A propósito, cumpre destacar que o fundamento de tais poderes do empregador (dentre eles o poder de direção) reside essencialmente na “liberdade de empresa”, que na Constituição Espanhola se encontra previsto no art. 38, enquanto que na Constituição Brasileira tal preceito está consignado no art. 170.

Conforme ensinamento dos renomados mestres espanhóis, Antonio Baylos y Joaquin Aparicio, por através do Poder de Direção, o empregador estabelece os objetivos almejados pela empresa, verbo ad verbum:

Ese poder permite al empresario fijar los fines a perseguir por la organización y adecuar a los mismos cada prestación debida por los trabajadores a su servicio. Esta determinación unilateral de los fines se identifica con el interés de empresa, de donde resulta difícil, en ese ámbito, separar interés de empresa de interés del empresario. La prosecución de esse

interés es un fin lícito para cuya satisfacción el ordenamiento suministra los poderes de organización, dirección y control de la empresa, que son indeclinables por parte del empresario ya que forman parte de las estructuras institucionales del Derecho del Trabajo. (1992, p. 10).

Para os Professores Manuel Carlos Palomeque López e Manuel Alvarez de La Rosa, em sua obra DERECHO DEL TRABAJO Ramon Areces), detém o empregador o controle completo da atividade do empregado, afirmando que:

[...] el empresario no solo determina el trabajo especificándolo con su poder de dirección en los límites de la movilidad funcional, sino que puede <<adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales>> (art. 20.3 LET), comprobando que se realiza de acuerdo a lo previsto en sus instrucciones.

Observa-se, ademais, conforme assinala o mestre Antonio Martín Valverde, (REVISTADERECHO...) que o contrato de trabalho tem por causa objetiva “el intercambio económico de servicio por salario”, advertindo que “el objeto específico del contrato de trabajo es el esfuerzo personal del trabajador, sus energías de trabajo”, sendo certo que para desenvolver seu labor estará subordinado as ordens e controle do empregador, porquanto aliena sua força de trabalho, repercutindo que, em algumas ocasiões, ao exercitar o empregador tal controle poderá o empregador atuar na esfera de privacidade do trabalhador.

De outra parte, as inovações tecnológicas impõem, atualmente, mudanças substanciais, no que concerne ao acesso a informações dos trabalhadores por parte do empresário, conforme nos ensina o Prof. Goñi Sein:

[...] el cambio espacial y temporal que se há producido com relación al acceso y disposición de información del trabajador por el empresario. Se ha alterado de forma evidente la relación de proximidad entre el empresario y el trabajador que había caracterizado en el pasado el poder de control empresarial. El más exacto conocimiento de la actividad del trabajador ya no sólo se obtiene – como antes – a simple vista con la presencia personal de los colaboradores del empresario, sino que se asegura mediante dispositivos de tipo electrónico-informático, que permiten registrar información a distancia, almacenar y efectuar un diferido y más completo seguimiento del trabajador. (LOS CRITERIOS BÁSICOS DE ENJUICIAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD DE CONTROL EMPRESARIAL: DEBILIDADE Y FISURAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, Revista de Derecho Social n. 32, Editorial BOMARZO).

Destarte, em face da possibilidade do Empregador, ao exercer seu poder diretivo, afrontar direitos fundamentais do empregado, invadindo esta esfera privada do empregado, imprescindível se torna o estabelecimento de mecanismos de proteção de tais direitos fundamentais, especialmente quanto aos direitos à intimidade e ao sigilo, notadamente nos tempos atuais onde a idéia de democracia perpassa todo o contrato de trabalho.

3 DIREITO À INTIMIDADE

O conceito jurídico de “Direito à Intimidade” tem sua origem no Século XIX, mas precisamente no ano de 1873, quando o jurista e magistrado americano Thomas A. Cooley publicou o livro “The elements of Torts”, onde definiu o Direito a Intimidade como sendo “o direito de ser deixado sozinho” (the right to be let alone). Posteriormente, um século depois, os advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis publicaram um artigo “The right of privacy” (O Direito à privacidade), que se tornou famoso, onde utilizaram a expressão “the right to be let alone”, ou seja, o direito à intimidade seria, então, o direito a ser deixado em paz (de ser deixado sozinho).]

De acordo com o dicionário da Real Academia de Língua Espanhola, o vocábulo intimidade é definido como sendo a “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”, dizendo da necessidade de preservação, de respeito mesmo à vida pessoal ou familiar, afastando do conhecimento ou intromissão de pessoas não autorizadas pelo próprio indivíduo.

3.1 O direito à intimidade na CE e na CF/1988

A Constituição Espanhola faz expressa referência ao direito à intimidade, como direito fundamental, no art. 18. 1., o qual estabelece que “se garantiza el derecho al honor, **a la intimidad personal y familiar** y a la própria imagen”, ou seja, afirma que será garantido o direito à intimidade pessoal e familiar, bem como, no art. 18.4. (assegura o direito à intimidade contra os recursos de informática), art. 20.4. (estabelece obrigatoriedade de limites ao direito de expressão frente o direito à intimidade), e art. 105. b. (estabelece obrigatoriedade de limites ao direito à informação de registros constantes em banco de dados administrativos frente o direito à intimidade).

A Constituição Brasileira, por seu turno, menciona, apenas, a proteção à intimidade, no art. 5º, X, resguardando o direito à intimidade e a privacidade do indivíduo, assegurando o direito de indenização pelo dano material ou moral causado, não podendo ser objeto de emenda tendente

à abolir o referido direito, haja vista que se trata de direito fundamental, conforme previsto no art. 60, § 4º., IV, da CF/1988.

3.2 O direito à intimidade no ambiente de trabalho

A intimidade do trabalhador, cada vez mais, está à mostra no contrato de trabalho, importando dizer da necessidade de que sejam estabelecidos mecanismos ou sistemas de limitação à atividade empresarial, visando, assim, minimizar a invasão do empregador na vida privada do empregado. Dito em outras palavras, objetiva-se a preservação da intimidade do empregado, sem que isto importe em ferimento ao direito de livre iniciativa.

De efeito, sobreleva ressaltar que - tratando-se de um dos direitos fundamentais garantidos a todas as pessoas (os quais definem um Estado como Democrático e de Direito) – o direito à intimidade segue o cidadão em todos os atos e momentos de sua vida, especificamente no que interessa ao presente estudo, quanto às relações de trabalho, porquanto a contratação do empregado não pode representar uma redução de direitos para o trabalhador.

A propósito, trazemos à colação, lição dos mestres Manuel Carlos Palomeque López y Manuel Alvarez de La Rosa, em seu compendio DERECHO DEL TRABAJO, 14ª. Edición, in verbis: “La celebración de un contrato de trabajo no implica em modo alguno, como se sabe, la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”.

Para o mestre Manuel Carlos Palomeque López, em artigo denominado DERECHOS FUNDAMENTALES GENERALES Y RELACIÓN LABORAL: LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES LABORALES INESPECÍFICOS, publicado na Revista del Ministério Del Trabajo y Asuntos Sociales – Subdirección General de Publicación – RET 03-2.105 (EL MODELO SOCIAL EM LA CONSTITUICIÓN ESPAÑOLA DE 1978), o direito à intimidade se enquadra como “**derecho constitucional laboral inespecífico**”, ao lado de outros direitos como o direito à igualdad y no discriminación, libertad ideológica y religiosa, libertad de expresión, de información, de reunión, a la tutela judicial efectiva, a no ser sancionado por acciones u omisiones que em el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracciones administrativa y a la educación. Assim, tal direito consagra que a existência de uma espécie de esfera inviolável, reservado ao trabalhador, frente a qual não pode o empregador fazer ingerência, sob pena de violação ao referido direito. Nas palavras do Prof. Manuel Carlos Palomeque:

La garantía constitucional del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) se proyecta al ámbito de la relación laboral a través del derecho de los trabajadores <<al respecto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual>> [art. 4.2 e) LET].

Desta forma, podemos afirmar que uma violação à intimidade do trabalhador poderá ocorrer tanto durante o transcurso do pacto laboral, como também, ainda, na fase de pré-contratação.

Relativamente à fase de pré-contratação, contempla-se que a violação ocorre na própria seleção para ingresso, posto que o empregado (premidado pela necessidade de conseguir um emprego) se submete às exigências do empregador, a ponto de abrir mão de seu direito à preservação da intimidade, haja vista que a empresa ultrapassa os limites de obtenção de informações específicas para a relação trabalhista, chegando a se imiscuir na própria vida privada do trabalhador, buscando informações sobre atividades sindicais, religião, aspectos político, exigência de teste de gravidez, antecedentes criminais (sem qualquer vinculação com a atividade a ser desenvolvida), exigência de testes para detecção de uso de substâncias tóxicas, destacando-se que aludidas indagações podem importar em violação à intimidade.

Quanto à violação a intimidade, durante o transcurso do pacto laboral, cumpre salientar que as modalidades de controle que possam redundar em ofensa são: vigilância clandestina e indiscriminada da vida privada do trabalhador, ou, ainda, controle auditivo (colocação de gravadores ou outros equipamentos de escuta), controle visual (instalação de câmeras/sistema de vídeo), revista pessoal (revistas íntimas), as quais não podem servir de embasamento para abusos (por parte do Empregador), que venham a ferir a intimidade do trabalhador, à medida que importaria, também, em afronta ao princípio maior da proteção à dignidade da pessoa humana, valor absoluto e incomensurável.

Em se tratando de vulneração ao direito à intimidade, imprescindível afirmar que o Tribunal Constitucional Espanhol tem reconhecido reiteradamente que não é permitido ao Empregador, nada obstante ser possuidor do poder de direção, adotar medidas que violem a intimidade do trabalhador, sob pena de infringência ao art. 18.1. da CE.

Neste sentido, verifica-se ser de total clareza as colocações contidas na SSTC 196/2004, em caso de demanda judicial, promovida pela agente administrativa Eva Maria Gómez Fernández contra sua empregadora - empresa Ibéria, LAE, S/A, decorrente de despedida baseada em laudo médico (não autorizado pela obreira e sem vinculação com riscos de trabalho), no qual foi reconhecida a utilização de substância tóxica, que diz:

En consecuencia al haberse invadido la esfera privada de la recurrente sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho, actuando sin autorización sobre ámbitos que exigían una información expresa y previa al consentimiento, con vulneración por tanto del art. 18.1 CE, procedente será el otorgamiento del amparo.

Verifica-se, assim, que a despedida do trabalhador foi reconhecida como nula, porque violou o direito o direito à intimidade da obreira, posto que foi embasada em exame médico (no qual foi reconhecida a utilização de substância tóxica), realizado sem autorização da obreira e sem vinculação direta com riscos de trabalho.

Em outro caso, SSTC 153/2004, o Tribunal Constitucional reconheceu que viola o direito fundamental de intimidade e a liberdade informática do trabalhador (art. 18.1 e 18.4) a manutenção, por Instituição Bancária (na condição de entidade colaboradora da seguridade social), de “base de dados”, onde constam os resultados dos exames periódicos dos trabalhadores do Banco (com permissão de acesso aos médicos da seguridade social e de empresas contratadas), sem que o trabalhador tenha autorizado.

Contempla-se, portanto, que o direito fundamental de intimidade garante ao trabalhador um poder jurídico sobre as informações relativas a sua pessoa, ou, ainda, a sua família, podendo, assim, impor a terceiros seu desejo de não lhes dar conhecimento sobre informações pessoais.

4 O DIREITO AO SIGILO DE CORREIO ELETRÔNICO

Desde a década de 90, o mundo tem experimentado mudanças profundas, com as crescentes inovações tecnológicas, notadamente no denominado “mundo da internet”, decorrência da massificação da utilização da rede mundial de computadores - web. De efeito, a comunicação entre pessoas tem se tornado mais virtual a cada dia que passa. Neste sentido, observa-se que a informação, atualmente, tem papel exponencial, valendo a máxima de que a “informação é poder”.

Neste diapasão, ressalte-se que o direito à liberdade de informática tem expressa referência na Constituição Espanhola, como direito fundamental, no art. 18. 4., que estabelece que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Assim, foi editada a Lei denominada “LORTAD” (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de outubro), que veio estabelecer regras e limites gerais para o uso da informática, a fim de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos. A propósito, esclareça-se que no Brasil não há norma Constitucional expressa sobre o

tema, valendo-se os operadores do direito dos princípios constitucionais, notadamente da dignidade humana (art. 1º., III) e da proteção à intimidade (art. 5º., X), a fim de resguardar o direito à intimidade e a privacidade do cidadão.

Essas mudanças (inovações tecnológicas uso da internet) refletem, evidentemente, nas relações de trabalho, afetando direitos dos trabalhadores e dos empregadores, implicando, assim, em demandas judiciais, especialmente quanto à violação de direitos fundamentais.

4.1 O correio eletrônico e o direito à intimidade do empregado

No mundo dito cibernético, verifica-se que os recursos da internet foram completamente absorvidos pelas empresas, que passaram a utilizar esta nova tecnologia, para fins de comunicação, principalmente para dinamizar os meios de produção, buscando maior eficiência em suas atividades.

Assim, o uso da internet como meio de trabalho conduz, obviamente, a uma maior produtividade (beneficiando, destarte, o Empregador), à medida que as informações necessárias ao desenvolvimento das tarefas estão ao dispor de maneira simples e rápida, podendo os empregados realizar operações comerciais, debates, fóruns, pesquisas, treinamento, inclusive realizando atividades de sua própria residência, destacando que, em alguns casos, o empregador dispensa inclusive a presença física de seu empregado, haja vista que, embora desenvolvendo trabalho a distância (teletrabalho), há, em verdade, um monitoramento, uma fiscalização do labor desenvolvido pelo empregado (fora das instalações físicas da empresa), mediante verificação de produtividade.

Todavia, como já assinalado, nada obstante esta aparente harmonia observa-se que tem crescido o número de dispensa de trabalhadores, sob a alegativa de uso irregular desta tecnologia. De efeito, as empresas, muito embora tenham aumentado sua produtiva, colocando seus trabalhadores para desempenhar suas tarefas com a utilização da internet, tem afirmado que os trabalhadores (em alguns casos) estão utilizando a web para enviar mensagens humorísticas, pornográficas, ofensivas, além de visitas a sites pornográficos, ocasionando uma redução na produtividade, bem como congestionamento indesejado na própria rede interna das empresas.

Sobre o controle da empresa, conforme afirma o Prof. Silva Neto é cada vez mais comum as empresas utilizarem os meios eletrônicos para vigiar seus empregados:

E, no particular, nota-se, a cada dia e de forma mais crescente, a utilização de parafernália eletrônica pelos empregadores para controlar a produtividade ou mesmo o

comportamento dos seus empregados, além de lançar mão do expediente para proteger os bens da empresa. (Proteção constitucional dos interesses trabalhistas. difusos, coletivos e individuais homogêneos. (2001).

Neste sentido, indaga-se se é possível o monitoramento, pela Empresa, do endereço eletrônico do trabalhador, em face do poder diretivo do Empregador, sem que tal fato importe em violação aos direitos fundamentais do trabalhador?

Em primeiro, contempla-se que a Constituição de 1988 erigiu a dignidade humana como meta, ou seja, como objetivo primeiro dos direitos fundamentais. Disto resulta que restou rejeitada - pela Constituição de 1988 - as condutas fiscalizadoras e de controle da prestação de serviços que agridam a dignidade humana, isto é, que venha a romper a esfera inviolável da privacidade e liberdade do trabalhador.

Neste sentido, trazemos à colação o julgado do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo – RO – 200000387414 – TRT 2^A. REG., em que restou reconhecido que o e-mail é correspondência pessoal, salientando-se que o Poder Diretivo do Empregador cede ao direito à intimidade do trabalhador, conforme ementa transcrevemos abaixo:

[...] justa causa. e-mail caracteriza-se como correspondência pessoal. o fato de ter sido enviado por computador da empresa não retira essa qualidade. mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade (cf, art. 5º., VIII). um único e-mail enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. recurso provido. (rel. Juiz Fernando Antonio Sampaio da Silva).

De outro passo, o Tribunal Constitucional Espanhol tem reconhecido, em diversas oportunidades, a impossibilidade de violação de dados pessoais contidos em programas informáticos, porque implicaria em agressão a dignidade e liberdade das pessoas (SSTC 254/1993 e 11/1998), ressaltando, por oportuno, que na Sentencia 290/290 (examinando um Recurso de Inconstitucionalidade), o Tribunal Constitucional deixou consignado:

Pues bien, si antes se han puesto de relieve los presupuestos que han de ser tenidos en cuenta para nuestro enjuiciamiento del presente caso, ha de agregarse ahora que el segundo, la creación por la L.O.R.T.A.D. de la Agencia de Protección de Datos para velar por el cumplimiento de dicha ley y controlar su aplicación, se halla estrechamente relacionado no sólo con el mandato del art. 18.4 C.E. sino con el primero de dichos presupuestos, el derecho fundamental a la protección de datos personales frente al uso de la informática.

O Prof. Goñi Sein, em sua excelente obra EL RESPECTO A LA ESFERA PRIVADA DEL TRABAJADOR, Civitas, 1998, assinala que o Estatuto do Trabalhador Espanhol foi generoso com o Empregador, permitindo-lhe a adoção de qualquer meio de sistema de fiscalização, contudo, quando tal controle venha a agredir o trabalhador, cabe ao trabalhador recusar submeter a tal medida. Nas palavras do mestre: Por eso, cuando la medida resulta manifestamente lesiva de la dignidad, el trabajador podrá negarse a someterse a dicha medida, y recurrir ante la jurisdicción competente para que declare su lesividad y adopte las medidas cautelares encaminadas al cese (1998, p.115).

No concernente especificamente ao direito ao sigilo de correspondência eletrônica, o Tribunal Constitucional na *Sentencia 281/2005*, em caso de utilização de correio eletrônico do Banco BBVA. para transmissão de informações sindicais, – reconheceu regular o uso do correio eletrônico da empresa.

Finalmente, cumpre dizer que é necessário que haja a compatibilização entre o poder diretivo do empregador e a preservação da denominada liberdade informática, garantindo-se o respeito ao superprincípio da dignidade humana, como também, a toda evidência, os abusos devem ser rechaçados, porque desrespeitam os direitos do empregador.

5 CONCLUSÃO

A dignidade humana, no Constitucionalismo moderno, é considerada como verdadeiro núcleo central dos direitos fundamentais, ou seja, o objetivo primordial dos direitos fundamentais é a conservação da dignidade humana, sendo certo que a própria ordem econômica deve ter por meta a consideração da dignidade humana.

Por outro lado, a fragilidade das organizações sindicais, bem como as mudanças nos mecanismos de produção - novas tecnologias, robotização dos processos produtivos - que colocam as empresas em posição de franca vantagem frente aos empregados, são fatos que levam ao reconhecimento de que os direitos fundamentais dos trabalhadores, nada obstante estejam formalmente reconhecidos, em grande parte das ocorrências ficam regados a um plano secundário, sendo tido como simples normas programáticas.

O Tribunal Constitucional Espanhol, com suas reiteradas decisões protetoras dos direitos fundamentais dos trabalhadores, indica uma sólida posição de respeito aos direitos fundamentais, a qual deve servir de guia para os demais Tribunais da Espanha, além de contribuir sobremaneira, para criar um clima de respeito direitos fundamentais dos trabalhadores,

na própria empresa.

Neste sentido, tem o Tribunal Constitucional Espanhol cerrado fileiras no entendimento de que cabe, em geral, ao empresário respeitar os direitos fundamentais do trabalhador, enquanto cidadão, bem como que o empregado tem o dever de exercitar seus direitos fundamentais observando o princípio da boa fé contratual.

Assim, em qualquer Estado que se afirma como democrático e de direito, não é possível a convivência com casos de agressões aos direitos fundamentais dos trabalhadores, notadamente quanto ao uso de correio eletrônico na empresa, cabendo a mitigação do poder diretivo do empregador, a fim de garantir a preservação dos direitos fundamentais de liberdade e intimidade do trabalhador.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, v. 797, p.11-26, mar. 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTR, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BELMONTE, Alexandre Agra. O controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho. **Revista LTr**, v.9, p.1031-1042, set. 2004.

BAYLOS GRAU, A.P. ; TOVAR, Joaquin Aparício. **Autoridad y democracia em la empresa**. Madrid: Trotta, 1992.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos morais no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho. **Jornal Trabalhista Consulex**, v. 959, p. 6-13, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2003.

GOÑI SEIN, Jose Luis. **El respecto a la esfera privada el trabajador**. Madrid: Civitas, 1998.

LIMBERGER, Têmis. A informática e a proteção à intimidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 33, p. 110-124, out./dez. 2000.

LIPPMANN, Ernesto. Do direito à privacidade do empregado, nos tempos da internet. **Revista LTr**, v.4, p. 483-486, 1998.

LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque; DE LA ROSA, Manuel Álvarez. **Derecho del trabajo**. 14.ed. Editorial Universitaria – Ramon Areces.

LÓPEZ, Manuel Carlos Palomeque. Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos constitucionales laborales inespecíficos. **Revista del Ministério Del Trabajo y Asuntos Sociales** – Subdirección General de Publicación – RET 03-2.105 (El modelo social em la Constitución española de 1978).

LORENTZ, Lutiana Nacur. Igualdade e diferença como direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público do Trabalho**, v. 27, p. 88-122, mar. 2004.

MASSINI JÚNIOR, Nelson; BEBER, Karolen Gualda. Monitoramento do uso da internet: como dever agir o empregador. **O trabalho-doutrina**, v.93, p. 2.445-2.446, nov. 2004.

MISTRONGUE, Alessandra Loyola; KERSTEN, Felipe de Oliveira. Invasão de privacidade: a violação de e-mails nas relações de trabalho à luz da ordem jurídico constitucional brasileira. **Revista LTr**, v. 3, p. 304-309, mar. 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Observações sobre os direitos morais do trabalhador e suas formas de configuração e violação. **Revista do TRT da 9ª Região**, v. 51, p. 321-337, dez. 2003.

PERROTE ESCARNÍN, Ignacio Garcia. Ley, Covenio Colectivo, Contrato De Trabajo y Derechos fundamentales del trabajador. **Revista de Derecho Social**, n.4, 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas. difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, Leda Maria Messias da. Dano moral: direitos da personalidade e o poder diretivo do empregador. **Revista LTR**, v.4, p. 420-423, abr.2005.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia. **Revista Relaciones Laborales**, n. 22, 2003.

_____. Los derechos fundamentales del trabajador entre la resistencia a su reconocimiento y la reivindicación de su ejercicio. **Revista Relaciones Laborales**, n. 20, 2003.

_____. Los derechos fundamentales del trabajador: un ensayo de noción lógico-formal. **Revista Relaciones Laborales**, n.18, 2003.

VALVERDE, Antonio Martín. Contrato de trabajo y derechos fundamentales. **Revista de Derecho Social**, n. 6.

VASCONCELOS, Elaine Machado. Entre a privacidade e a publicidade: o uso abusivo de informações processuais via internet. **Revista do TRT da 10ª Região**, v.11, p. 17-26, 2001/2002.

VICENTE, Nilza Maria; JACYNTHO, Patrícia Helena de Ávila. Direito à intimidade nas relações de trabalho. **Síntese Trabalhista**, v.143, p.15-18, maio 2001.

A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA COBRANÇA PREVIDENCIÁRIA NAS AÇÕES DECLARATÓRIAS E SEUS EFEITOS REFLEXOS

Leonardo Dias Borges*

1 INTRODUÇÃO

Desde que a chamada ‘Super Receita’ foi criada, com o advento da Lei nº.11.457, de 2007, a sanha arrecadatória¹ tem aumentado de modo assustador. Apenas para se ter uma idéia, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, que tem, em média, em suas Turmas de julgamento, por cada sessão ordinária de julgamento, algo em torno de 120 (cento e vinte) processos, seguramente 15% (quinze por cento) do total da pauta são de ações em que a União objetiva a cobrança fiscal previdenciária.²
³Evidente que tal situação tem denotado inúmeras controvérsias.

A mais recente teve como fato gerador a Lei nº.11.457, de 2007, que alterou o artigo 876, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho, a saber:

Art. 876 -
Parágrafo único - Serão executadas **ex-officio** as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

A mudança engendrada no texto legislativo mostrou-se, num primeiro momento, pueril e de pouca significação em termos práticos. Todavia, logo se pôde perceber que a aparente singela modificação foi mais profunda do que pareceu.

* Professor e Magistrado. Titular da 18ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro e, atualmente, convocado pelo TRT-1ª Região, compondo a 9ª Turma.

¹ Perdoem-nos o neologismo

² Imaginem quando tivermos competência para cobrança do imposto de renda, pois que a segunda etapa da Reforma do Judiciário (PEC 358/2005), além de aumentar ainda mais a competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho, autorizará a execução, de ofício, dos tributos federais incidentes sobre os créditos decorrentes das sentenças que preferir.

³ Vale lembrar que de acordo com o artigo 16, parágrafo terceiro, da referida Lei, compete à Procuradoria-Geral Federal executar judicialmente os seus créditos relacionados com a cobrança de contribuições previdenciárias oriundas da Justiça do Trabalho.

2 DAS AÇÕES QUE PODEM SER OBJETO DE COBRANÇA PREVIDENCIÁRIA

Houve uma época em que se questionava, nos domínios da jurisprudência, se os equivalentes jurisdicionais meramente declaratórios, quanto a questão relativa apenas a declaração da relação jurídica empregatícia, poderiam servir de fato gerador para a cobrança previdenciária. A fim de se terminar com a insegurança jurídica que à época pairava, o Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula nº.368, no item I, assim ditou o norte a ser seguido:

Súmula nº. 368 - DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO.

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias com pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição.

Ocorre que a mencionada Lei nº.11.457 de 2007, passou a permitir – e quanto a isso não me parece haver qualquer dúvida mais – que a Justiça do Trabalho venha a executar, inclusive de ofício, as contribuições sociais, quando simplesmente ocorrer a declaração (ou o reconhecimento) do vínculo de emprego. Por conseguinte, a competência em razão da matéria, que antes não era reconhecida pelo TST,⁴ agora é inconteste.

Com isso, afigura-nos que o item I, da Súmula nº.368 do Tribunal Superior do Trabalho necessita de urgente atualização.

Assim, quando uma sentença trabalhista ou mesmo um acordo firmado no âmbito do processo trabalhista, reconhecer a existência do vínculo de emprego, sobre tal período deverá incidir a contribuição previdenciária.

3 DA POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA DECLARATÓRIA

É interessante notar que o novel dispositivo legal introduzido na CLT, mais especificamente o parágrafo único, do artigo 876,⁵ possibilitou a execução de sentença declaratória.

⁴ Súmula 368, item I.

⁵ Transcrito acima.

No processo civil sempre se entendeu que somente a sentença que possuísse eficácia condenatória poderia ser executada.⁶ Todavia, com o advento da Lei nº.11.232, de 2005, que alterou, entre outros dispositivos legais, a parte normativa dedicada aos títulos executivos judiciais, introduzindo no universo jurídico o artigo 475-N, temos que no seu inciso I, passou a se prever, como hipótese de título executivo judicial, *‘a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia.’*

Pensamos que a mudança não tenha se destinado tão somente a uma eventual correção redacional do antigo artigo 584, inciso I.⁷ Ela foi bem mais profunda. É da essência do novel artigo 475-N, inciso I, do Código de Processo Civil, a possibilidade de se promover a execução em face das sentenças que reconheçam a existência de uma obrigação declaratória. Ocorre que não é fácil, na prática, se visualizar uma situação em que pode se dar a execução, tendo como origem uma sentença declaratória. Agora, com a nova redação do parágrafo único, do artigo 876, da Consolidação das Leis do Trabalho, ficou clara a possibilidade de se executar uma sentença meramente declaratória. Desse modo, a conjugação sistemática entre o parágrafo único do artigo 876 da CLT, com o inciso I, do artigo 475-N do CPC, nos conduz à idéia de que as sentenças meramente declaratórias podem constituir título executivo.

Não nos parece, diante da novidade legislativa, que as sentenças meramente declaratórias não possam ser executadas.⁸ Ao contrário. Em tempos mais recentes passamos a ter forte doutrina defendendo a tese de que a sentença meramente declaratória seria apta a promover a execução.⁹ Aliás, o próprio Superior Tribunal de Justiça já começa a julgar neste sentido. A tese da qual estamos a nos ocupar, desenvolvida no mencionado sodalício pelo Ministro *Teori Zavascki*, vem obtendo muita ressonância, consoante nos dá notícia, *ad instar*, o julgado no Resp

⁶ Não obstante também conter eficácia condenatória algumas questões peculiares que possam se encontrar nas sentenças declaratórias ou nas constitutivas, como é o caso, por exemplo, da condenação de honorários, custas judiciais, honorários perícias, entre outras exceções.

⁷ Assim redigido: ‘sentença condenatória proferida no processo civil’.

⁸ Como conceituado por clássica doutrina, ‘sentença declaratória é aquele que se limita a declarar a existência, inexistência ou modo de ser de uma situação ou relação jurídica’ – Liebman. Manual de direito processual civil. v.1, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985 (trad. C. Dinamarco, da 4. ed. Ital), n. 84, p. 183.

⁹ Teori Zavascki, ‘Sentenças declaratórias como títulos executivos’; Wambier, L. Sentença civil: liquidação e cumprimento. 3. ed., São Paulo: RT, 2006; Medina, J.M. A sentença declaratória como título executivo: considerações sobre o art. 475-N, inciso I, do CPC. São Paulo: Quartier Latin, 2006; Carneiro, Athos Gusmão. Do cumprimento da sentença: Conforme a Lei n. 11.232/05 - Parcial retorno ao Medievalismo? Por que não?, Em Revista Dialética de Direito processual, v. 38, 2006, n.32; Theodoro Junior, Humberto. Curso de direito processual civil, 39. ed. Rio de Janeiro: Forense. v.2

508.202, 1ª. T.¹⁰

Não podemos deixar de ressaltar que o ineditismo processual brasileiro, no particular, não encontra respaldo na doutrina alienígena, justamente porque não há, ao menos nos livros pesquisados, similar regra normativa em outros países.¹¹ Tudo indica, desse modo, que somos pioneiros, nos sítios do legislativo, no sentido de se atribuir força de título executivo às sentenças meramente declaratórias. O artigo 475-N, I, do Código de Processo Civil, bem como o parágrafo único, do artigo 876, da Consolidação das Leis do Trabalho simplesmente estenderam a qualidade de título executivo aos decretos judiciais meramente declaratórios de obrigação. É dado ao legislador definir as hipóteses que podem ser consideradas como título executivo.

É interessante notar que pode haver uma incompatibilidade entre o tema que estamos desenvolvendo e as chamadas ações perpétuas, mais especificamente as ações declaratórias, já que estas são imprescritíveis. Como então compatibilizar a declaração de uma relação jurídica, por exemplo, de 15 (quinze) anos e não poder imprimir executividade integral a decisão, já que a obrigação de pagar quantia certa encontra-se limitada pelo marco temporal prescricional?

É de tradição doutrinária a segura afirmativa de que o exercício da ação meramente declaratória não prescreve. Ao se exercer a ação meramente declaratória sobre um direito, não se exerce a pretensão material relativa a tal direito; não se exige, pela ação, a sua satisfação, o que se pretende é tão somente a eliminação da incerteza quanto à sua existência. Isso, todavia, em nada se altera o instituto da imprescritibilidade. Ao se reconhecer a existência de um direito, pela via declaratória, sua execução poderá se dar, nos mesmos moldes limitativos temporalmente que se impõe nas sentença condenatórias.¹² Portanto, dentro do gênero de sentenças declaratórias, teremos a limitação temporal quanto a sua parte executória, sem que isso afete o ato meramente declaratório. Aliás, qual seria a utilidade da sentença meramente declaratória do parágrafo único, do artigo 876, da CLT, se não pudesse ser executada? Faltaria ao litigante interesse jurídico, pois que de nenhuma utilidade seria o pronunciamento judicial. Por conseguinte, nenhuma incompatibilidade se apresenta pelo fato da perpetuação temporal das ações declaratórias

¹⁰ Na área do processo comum as hipóteses mais encontradas acerca da possibilidade de se executar uma sentença meramente declaratória, se tem dado naquelas situações em que contribuintes pretendem executar através da repetição de indébito o Fisco.

¹¹ Chiovenda, *Principii. Di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1965; Pisani, *Proto. Le tutele giurisdizionali dei diritti*. Napoli, 2003; Castro, *Artur Anselmo de. Direito processual civil declaratório*. Coimbra: Almedina, 1982; Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed., Buenos Aires: Depalma, 1990.

¹² Ora, não podemos nos olvidar que as sentenças condenatórias também possuem uma carga de declaratividade (a respeito: Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*).

e a possibilidade de se limitar, também no tempo, parcela exequível do decreto judicial.

4 DOS EFEITOS REFLEXOS

Superadas as questões relativas à ampliação da competência em razão da matéria do Judiciário Trabalho¹³ para a promoção da cobrança/execução das contribuições previdenciárias relativas ao período do vínculo de emprego reconhecido judicialmente, bem como a possibilidade de se executar uma decisão meramente declaratória, exsurge daí um fato de extrema gravidade: a impossibilidade do trabalhador obter o direito à aposentadoria. Um paradoxo!?!?

A situação é muito grave para o trabalhador e extremamente benéfica para a União, em verdadeiro descompasso constitucional, na medida em que se afronta, ao menos do ponto de vista ideológico, o princípio da isonomia.

Façamos o seguinte exercício de raciocínio: reconhecido o vínculo de emprego por 07 (sete) anos, em ação trabalhista; posteriormente, em outra ação, mais 06 (seis) anos; depois, em outra demanda, mais 12 (doze) – o que é muito comum em algumas atividades que habitualmente contratam sem o vínculo de emprego – judicialmente é possível a cobrança/execução judicial, por iniciativa da União, através da sua Procuradoria-Geral Federal, dos haveres devidos em razão do reconhecimento do vínculo de emprego (sentença meramente declaratória). Todavia, para àquele trabalhador não será computada, a soma dos períodos, exemplificativamente, descritos, para fins de aposentadoria. Um absurdo. O absurdo era menos perceptível quando não tínhamos competência para cobrar/executar os equivalentes jurisdicionais declaratórios.¹⁴ Todavia, agora a situação é outra. Portanto, estamos favorecendo a União, em detrimento do trabalhador. Percebem!?!?

Mas não é só. A situação é ainda pior se considerarmos que a sentença declaratória (ou acordo homologado), não serve, perante o INSS, como documento hábil para comprovação do tempo de serviço, para fins de aposentadoria! Que desprestígio à Justiça do Trabalho! Que humilhação para o trabalhador!

Nesse sentido é o Parecer PGC nº.19, de 1995, da Procuradoria Geral, cujo tema é justamente os acordos trabalhistas e suas implicações perante o INSS, *in verbis*:

¹³ Art. 114, inciso VIII, da Constituição Federal e parágrafo único, do artigo 876, da CLT.

¹⁴ Súmula 368, item I.

01 - O art. 55 parágrafo terceiro da Lei no. 8.213/91 e o art. 61 do Decreto 611/92, firma uma regra de prova. Por exceção estatui-se que a prova testemunhal é por si só, ineficaz para comprovação do tempo de serviço. Necessariamente, a ela deve juntar-se início de prova documental. A facilidade com que se arregimentam testemunhas para atestarem, em Juízo, tempo de serviço, é a razão da restrição imposta conclui-se que a lei não dispensa o razoável início de prova documental.

02 - Entendemos que o juiz é também destinatário da norma, em razão disso não deve permitir eficácia jurídica à prova testemunhal, quando esta é exclusivamente para comprovar tempo de serviço...

A Lei nº.8.213, de 1991, em seu artigo 5º, parágrafo terceiro, é taxativa e não deixa margem de dúvida interpretativa quanto ao que estamos a dizer, vejamos:

Art. 55 -.....
Parágrafo terceiro - A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

Aliás, complementando o referido parágrafo terceiro, do artigo 55, da Lei nº.8.213, de 1991, temos o parágrafo quinto, do artigo 62, do Decreto nº.3.048, de 1999, vejamos:

Art. 62 -.....
Parágrafo quinto - A comprovação realizada mediante justificação administrativa ou judicial só produz efeito perante a previdência social quando baseada em início de prova material.

Com isso, tem o INSS se recusado a aceitar o reconhecimento do tempo de serviço do trabalhador.

Como se viu, não basta que se tenha uma sentença/acordo homologado no qual se reconheça o tempo de contribuição, nem tampouco a efetivação do recolhimento desse tempo para o INSS, pois é preciso que a comprovação, para fins de aposentadoria, se faça com algo há mais: início de prova material.

Temos, assim, a seguinte situação:

- a) há um acordo ou sentença na qual se reconhece o período de emprego;

- b) pela Lei nº.11.457 de 2007, que alterou o parágrafo único, do artigo 876, a sentença declaratória serve como título executivo para cobrança das parcelas previdenciárias;
- c) apesar de tudo isso, o trabalhador, por força de lei, não consegue, junto ao INSS, à comprovação do tempo de serviço.

5 DA NECESSIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL

Como se pode depreender, pela interpretação de ambas as fontes formais,¹⁵ a prova testemunhal, por si só, é ineficaz para comprovação do tempo de serviço. Muito bem, diante de tal situação, o que deve ser feito pelo trabalhador? Só lhe resta, vez mais, a via judicial!?!? Outro absurdo!!

Dos males, pelo menos o menor, pois a jurisprudência vem admitindo, como início de prova material, em processo judicial, o acordo homologado ou a sentença proferida nos domínios da Justiça do Trabalho, vejamos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, *in verbis*:

PROCESSUALEPREVIDENCIÁRIO.TEMPODESERVIÇO.COMPROVAÇÃO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SENTENÇA TRABALHISTA. NÃO VIOLAÇÃO AO ARTIGO 472 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 55, PARÁGRAFO TERCEIRO, DA LEI Nº. 8.213/91. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I - A questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença trabalhista constitui ou não início de prova material, pois as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS advieram por força desta sentença.

II - Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide trabalhista, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça Trabalhista, já que se trata de uma verdadeira decisão judicial, não importando cuidar-se de homologatória de acordo, conforme alegado pelo Instituto. Portanto, não se caracteriza a ofensa ao artigo 472 do Código de Processo Civil. Ademais, se no bojo dos autos da reclamatória trabalhista, há elementos de comprovação, pode ser reconhecido o tempo de serviço.

III - A jurisprudência desta Eg. Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença trabalhista pode ser considerada como início de prova material, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no artigo 55, parágrafo terceiro, da Lei no. 8.213/91, desde que fundamentada em elementos que o Instituto Previdenciário

¹⁵ Lei nº. 8.213, de 1991, art. 55, parágrafo terceiro e Decreto nº. 3.048, de 1999, art. 62, parágrafo quinto.

não tenha integrado a respectiva lide.

IV - Recurso especial conhecido, mas desprovido (Resp no. 497.008/PE, relator o Ministro Gilson Dipp, DJU de 29/9/2003).

Temos, portanto, a seguinte situação: o trabalhador dirige-se à Justiça do Trabalho, se não houver conciliação, segue o feito, por toda a via processual já conhecida, após certo lapso temporal, ocorre o trânsito em julgado da decisão declaratória, da qual poderá se valer o INSS para cobrança de seu crédito previdenciário. De posse desta decisão, o referido trabalhador ajuíza nova ação, na qual pretende ver reconhecido, para fins previdenciários, o tempo de serviço declarado pelo Judiciário Trabalhista. Que absurdo!!!

6 A COMPETÊNCIA PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO EM FACE DO INSS

Em princípio o trabalhador deveria propor duas ações, em dois ramos distintos do Judiciário: a primeira, para fins de reconhecimento do vínculo de emprego na Justiça do Trabalho; a segunda, com a finalidade de ver reconhecido, para fins previdenciários, o tempo de serviço declarado pelo Judiciário Trabalhista, na Justiça Federal. Indaga-se: diante da Emenda Constitucional no. 45, de 2004, que dilargou, em muito, a competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho, qual seria o ramo do Judiciário competente para a processar e julgar a segunda ação?¹⁶ Algo mudou?

A competência ainda continua sendo da Justiça Federal. O fato do artigo 114, inciso I, da Constituição Federal, após a Emenda nº.45 ter outorgado competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar todas as ações decorrentes da relação de trabalho, não autoriza o entendimento de que houve um redirecionamento de órgão judiciário. A lide entre o trabalhador e o INSS¹⁷ não versa sobre relação de trabalho, mas de reconhecimento do tempo de serviço e sua respectiva averbação, matéria tipicamente previdenciária. Logo, somente através de expressa autorização legislativa teria a Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar a matéria em discussão. Por via de consequência, a hipótese é aquela prevista no artigo 109, inciso I, primeira parte, da Suprema Carta da República, a saber:

¹⁶ Aquela a ser proposta em face do INSS cuja finalidade é de reconhecimento, para fins previdenciários, o tempo de serviço declarado em sentença trabalhista.

¹⁷ Na verdade em face da União, como dito no preâmbulo deste breve estudo.

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

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

A competência em razão da matéria da Justiça do Trabalho, no que diz respeito ao INSS cinge-se a questões típicas de Direito do Trabalho – que porventura possam pontificar na referida entidade autárquica ou, como quer o inciso VIII, do artigo 114, uma parcela, de significativa expressão econômica, para cobrança dos créditos previdenciários, diretamente relacionados com as lides trabalhistas – vejamos:

Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

.....
VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

7 CONCLUSÃO

- a) As pautas dos Tribunais, a cada dia, são preenchidas com um número maior de processos de cobrança do INSS;
- b) Agora não há mais dúvida de que a sentença meramente declaratória pode ser objeto de execução;
- c) A legislação, mais uma vez, favoreceu a Fazenda Pública em detrimento do trabalhador, pois ainda continua a se exigir deste o ingresso com duas ações: uma na Justiça do Trabalho para que seja declarada a existência do vínculo de emprego e outra na Justiça Federal, para que o referido tempo de serviço seja reconhecido para fins previdenciários.

JUIZO CONCILIATÓRIO TRABALHISTA

Adriana Goulart de Sena*

O presente trabalho tece considerações a respeito do Juízo Conciliatório Trabalhista. O título denota uma opção inequívoca de tratar o tema “conciliação” sob a premissa de que na Justiça laboral quem conduz a conciliação é o Juiz do Trabalho. É de conhecimento da comunidade jurídica e em geral que a Justiça do Trabalho sempre foi uma justiça que alçou a conciliação a um patamar de destaque em sua atuação, inclusive como princípio de seu processo. E, considerando a longa experiência desse ramo do Judiciário, um dos debates mais intensos sobre o tema que se trava nesse ramo jurídico diz respeito, exatamente, aos limites da conciliação que é submetida ao crivo do Magistrado do Trabalho. Por outro lado, a ainda recente extinção dos juízes classistas dos quadros do Judiciário trabalhista e a constatada ineficiência do modelo de inclusão de juízes leigos na administração da Justiça, além do que o conflito trabalhista tem características bem distintas daquelas referentes ao direito do consumidor e de família, por exemplo, fazem com que não se acolham modelos de mediação, onde o pressuposto seja o afastamento do Juiz no mister de aproximação das partes e condução da negociação, considerando ser, exatamente, o Magistrado a pessoa mais indicada para dar os parâmetros legais e éticos da conciliação.

A opção por tratar o tema como poder-dever do Magistrado trabalhista leva em linha de conta também o fato de a Consolidação das Leis do Trabalho ter dispositivos expressos que determinam ao Juiz a utilização dos bons ofícios de persuasão com o fito de alcançar a solução conciliada do conflito, além do que deverá propor a conciliação em dois momentos processuais específicos.

1 CONCILIAÇÃO - NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A conciliação é o método de solução de conflitos em que as partes agem na composição, mas dirigidas por um terceiro, que se mantém com os próprios sujeitos originais da relação jurídica conflituosa. Todavia, é importante frisar que a força condutora dinâmica conciliatória por esse terceiro é real, muitas vezes conseguindo programar resultado que, originalmente, não era imaginado ou querido pelas partes.¹

* Juíza do Trabalho, Titular da 35ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte - MG. Professora Adjunta do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da UFGM. Mestre e Doutora em Direito Comercial pela UFGM. Conselheira da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professora da disciplina “Técnicas de Juízo Conciliatório Trabalhista” na ENAMT - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho/TST.

É de se ressaltar que a conciliação judicial trabalhista é um tipo de conciliação endoprocessual muito importante no Direito do Trabalho, ela acontece nas Varas do Trabalho, sob a direção do Juiz do Trabalho, nos processos judiciais postos a seu exame.

Conceitua Mauricio Godinho Delgado a conciliação judicial trabalhista como “ato judicial, por meio do qual as partes litigantes, sob a interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial”.²

A conciliação distingue-se das figuras da transação e da mediação sob três aspectos. No plano subjetivo a diferenciação se apresenta na interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito que é a autoridade judicial. Do ponto de vista formal, a conciliação judicial se realiza no iter de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente. E, quanto ao seu conteúdo, também, difere, pois a conciliação judicial pode abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada.

2 IMPORTÂNCIA E PAPEL DA CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Nos estudos realizados para aprimoramento dos sistemas jurídicos em geral e dos mecanismos de resolução de litígios, é de se ressaltar que a conciliação judicial e extrajudicial tem constituído uma das principais vertentes estudadas, exatamente por sua inerente capacidade de pacificar o conflito e todas as suas eventuais dimensões (jurídica, sociológica e psicológica).

A conciliação entendida em um conceito muito mais amplo do que o “acordo”, significando entendimento, recomposição de relações desarmônicas, empoderamento, capacitação, desarme de espírito, ajustamento de interesses. Em dizer psicanalítico: apaziguamento.

Não se olvide de que o processo e a própria função jurisdicional do Estado têm limites inerentes aos instrumentos jurídicos em geral e ao próprio Direito. É, portanto, extremamente ingênuo e porque não dizer, irreal, atribuir à função jurisdicional do Estado a tarefa de fornecer sempre uma solução absoluta, pronta e acabada para todo e qualquer conflito intersubjetivo de interesses, tão logo este se verifique.

A análise perspicaz de José Roberto Freire Pimenta:

É preciso admitir, portanto, que é impossível à máquina judiciária estatal resolver todos os dissídios que lhe forem submetidos através de sentenças (as quais, em sua maioria, ainda precisarão ser executadas após o seu trânsito em julgado) - é que, se for preciso esgotar sempre todas as etapas e fases processuais necessárias para se chegar à

efetiva satisfação dos direitos em definitivo reconhecidos como existentes, nunca haverá recursos públicos suficientes para montar e custear um aparato jurisdicional capaz de atender, em tempo razoável, a todos esses litígios. Diga-se expressamente: nenhum ramo do Poder Judiciário (e muito menos a Justiça do Trabalho brasileira) está preparado para instruir, julgar e, se necessário, executar as sentenças condenatórias proferidas em todos (ou quase todos) os processos que lhe forem ajuizados. As conseqüências desse quadro já são, aliás, de conhecimento geral e infelizmente estão presentes em vários setores do Judiciário brasileiro: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é inevitavelmente uma Justiça lenta e de baixa qualidade. Então, é de lógica e de bom senso trabalhar, estimular e explorar as múltiplas vertentes alternativas de solução dos conflitos de interesses, dentre as quais assume especial relevo a conciliação das partes.³

É claro que não se está defendendo qualquer tipo de conciliação, ou seja, uma conciliação a qualquer “preço”, “valor” ou “condições”. O que se está consignando é que a solução conciliada de um conflito é sim uma das vertentes possíveis e viáveis para a resolução da controvérsia entre as partes.

A importância da conciliação no Processo do Trabalho é inequívoca, tanto que se tem entendido que, se o Juiz não propõe a conciliação, haverá nulidade absoluta dos atos processuais posteriores, já que se trata de matéria de ordem pública.⁴

A propósito:

NULIDADE POR AUSÊNCIA DA PROPOSTA DE CONCILIAÇÃO NA AUDIÊNCIA INAUGURAL. Nos termos do artigo 846 da CLT, no processo do trabalho, é imperativo de ordem pública a sujeição dos dissídios individuais à prévia proposta de conciliação. Pelo menos em duas oportunidades definidas por lei, o Juiz é obrigado a propor e a renovar a proposta de conciliação. Ademais, a proposta de conciliação é obrigatória, pela própria natureza do processo do trabalho, conforme se extrai do artigo 114 da Constituição Federal que disciplina a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais. Portanto, a ausência da proposta de conciliação constitui nulidade absoluta, podendo ser argüida a qualquer tempo. Revista conhecida e provida.
(TST - RR 335588/1997 - 3ª T. - Rel. Min. Francisco Fausto - DJU 22.10.1999 - p. 204)⁵

Arion Sayão Romita⁶, analisando a conciliação não sob o enfoque processual, mas sim sob o prisma da política social, diz que a conciliação,

ao lado da composição e da competência, constitui um dos pilares em que se apóia a organização corporativista da Justiça do Trabalho. (grifou-se)

Para o referido autor, a Justiça do Trabalho do Brasil foi instituída com a finalidade de anular o conflito entre as classes evitando o contato direto entre elas e refletindo em conseqüência a mesma feição paternalista. Diz que a Justiça do Trabalho deve reservar seus esforços para a tarefa de julgar. E arremata aduzindo que a mera (*sic!*) tentativa de conciliar as partes constitui trabalho subalterno para juízes de 1º grau, que se prepararam para uma bela carreira, prestaram um concurso difícilimo e jamais terão oportunidade de demonstrar sua cultura jurídica se o esforço conciliatório vingar. O texto foi escrito em outubro de 1993 e, a propósito da alteração do *caput* do art. 114 da Constituição da República, foi republicado em 2005 com a mesma assertiva.⁷

Efetivamente, não comungo do posicionamento externado pelo autor, salientando que o mister conciliatório do Juiz do Trabalho é extremamente importante e rico, sendo a conciliação relevante mecanismo estatal dos conflitos intersubjetivos de interesses nas sociedades contemporâneas. Urge eliminar tais preconceitos, até porque é até do senso comum que no atuar conciliatório o Juiz deverá ter inúmeras ferramentas que, nem sempre, no ofício de julgar serão necessárias. O Juiz que atua conciliando e julgando desenvolve saberes distintos, é um profissional complexo, com conteúdos e ferramentas de atuação transdisciplinar e muito preparado para a função jurisdicional como um todo.

Observando o teor dos arts. 764, 831, 850 e 852-E, todos da CLT, é forçoso reconhecer que os momentos legais específicos à tentativa de conciliação resultam na consagração do Juiz como pacificador social, relegando a segundo plano sua função de aplicador da lei.

Lapidar o ensinamento de José Roberto Freire Pimenta:

É fundamental a compreensão da importância da conciliação como um componente inevitável e importantíssimo do mecanismo de solução estatal dos conflitos intersubjetivos de interesses, nas sociedades contemporâneas. Isto é necessário, antes de mais nada, para eliminar o inegável e equivocado preconceito que os operadores de Direito ainda têm com as conciliações em geral e, em particular, com os acordos trabalhistas - como se a Justiça que enfatizasse as conciliações em detrimento daquela que sempre decidisse os conflitos a ela submetidos através de sentença autoritativamente proferida fosse, de algum modo, uma "Justiça menor" e, também, de alguma forma "menores" os juízes que encaminhassem, com a ênfase e o empenho necessários, o entendimento entre as partes.⁸

3 CONCILIAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

É a conciliação relevante mecanismo estatal de solução estatal dos conflitos intersubjetivos de interesses nas sociedades atuais.⁹ É hora de eliminar a preconceituosa visão de que a Justiça que concilia é uma Justiça “menor” e de que os Juízes que conciliam são Juízes “menores”.¹⁰

Não menos certo que há de se rechaçar a idéia de que o sistema processual trabalhista é um sistema originalmente defeituoso, padecendo de vício insanável, a merecer total reforma ou aplicação irrestrita do Código de Processo Civil.

Nicola Picardi, professor da Universidade de Roma, citado por José Roberto Freire Pimenta, a propósito da conciliação no direito comparado, salienta:

O direito comparado tem revelado, nos últimos anos, um perfil comum em todos os países, no sentido de reforçar e de desenvolver formas de conciliação, principalmente para garantir uma maior eficiência de todo o aparato judiciário. O que equivale dizer: a conciliação se apresenta, no mundo contemporâneo, como uma das formas de garantir maior eficiência ao aparato judiciário.

A conciliação judicial, em especial aquela que possa ser obtida logo no início do iter procedimental, é extremamente interessante, por razões de funcionalidade do próprio sistema e, também, porque atende aos princípios da celeridade e efetividade tão importantes quando se trata de tutela jurisdicional desejável.¹¹

Por outro lado, a conciliação recupera faixas contenciosas que ficariam em estado potencial (as chamadas pequenas causas). E, uma vez que atenua a pressão numérica dos processos judiciais, contribui para reduzir o tempo de tramitação global dos processos, preservando a qualidade da atuação dos organismos judiciários.¹²

Sempre que as partes estão envolvidas em relações multiplexas, isto é, relações de múltiplo vínculo (opostas às relações circunstanciais, de vínculo único, que se estabelecem entre estranhos), a continuidade das relações por sobre o conflito tende a criar um peso estrutural a cujo equilíbrio só a conciliação pode adequar.¹³

Segundo José Roberto Freire Pimenta, nessas hipóteses de conflitos surgidos e desenvolvidos no curso de uma relação jurídica ao menos tendencialmente continuativa, a sentença não é a melhor solução porque:

“Essa tende, de fato, a resolver o problema retrospectivamente, estabelecendo qual das duas partes na lide tinha razão e qual agiu errado, do ponto de vista técnico jurídico.

Na espécie, o episódio isolado está inserido, ao invés, na situação complexa da qual saiu e a investigação do julgador tem de ser dirigida não tanto ao passado quanto ao futuro. Sobre a justiça legal, técnica, profissional deve prevalecer, como regra, a busca de toda possibilidade destinada a restabelecer uma convivência pacífica entre as partes.¹⁴

Existem litígios próprios da vida contemporânea que surgem em decorrência das relações intersubjetivas relativas às chamadas “instituições integrais” - família, escola, hospital, local de trabalho, por exemplo. E, nesses conflitos, os procedimentos de conciliação são desejáveis, porque a “fuga” dessas instituições ou é impossível, ou é muito onerosa, além do que as relações são destinadas a perdurar no tempo. Outro tipo de litígio em que a conciliação opera de forma eficaz são as chamadas “pequenas causas” (aquelas de reduzida relevância econômica se consideradas caso a caso), pois a chance de abandono pelo autor se a demanda não terminar por acordo na 1ª audiência é freqüente.

Na realidade, a conciliação é a pedra de toque do processo trabalhista, alçada a um verdadeiro princípio basilar, o que demonstra quão fundamental é o papel do Juiz do Trabalho em um contexto como tal.

4 POSTURA PRÓ-ATIVA DO JUIZ NO PROCESSO DO TRABALHO

Como postura “pró-ativa” do Juiz entende-se uma participação efetiva do Juiz na condução do processo, usando seu poder diretivo (formal e material) e suas faculdades instrutórias, sem se afastar, é claro, da condição e garantia que as partes têm de ter um Juiz imparcial.

O papel tradicionalmente reservado ao juiz de um espectador inerte, passivo e incapaz de reagir e agir por uma justiça mais eficiente e mais próxima da verdade real não cabe mais no momento atual. Já se disse que o Juiz seria um “convidado de pedra” diante das injustiças e misérias do mundo. Já se disse, também, que o que não está nos autos não está no mundo. Mas, não é esse o papel que a sociedade contemporânea espera do Poder Judiciário.¹⁵

Se, em outros ramos do direito, a postura “pró-ativa” do Juiz vem sendo incentivada, no Processo do Trabalho ela tem especial relevância, quer pelo tipo de conflito que lhe é submetido diuturnamente, quer porque a referida atuação está prevista na própria Consolidação em seus arts. 8º e 765.

E a lei assim estabelece porque os conflitos trabalhistas têm origem e repercussão de amplo significado social. Por outro lado, nunca se olvide de que as partes nesses conflitos são profundamente desiguais tanto do ponto de vista econômico quanto do social e cultural. E, acresça-se que é

inequívoca a eficiência dos litigantes “habituais” em sua atuação em juízo, tendo que se compensar juridicamente tais desigualdades de fato. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, a previsão legal da “pró-atividade” do Juiz do Trabalho é irrepreensível.

Márcio Túlio Viana em texto sobre “discriminação”, com sutileza e muita propriedade, trata de algumas questões que estão subjacentes ao exercício da função jurisdicional do Magistrado do Trabalho e que fundamentam a postura “pró-ativa” referida:

Vejo hoje, com vinte e um anos de atraso, que o processo ou o procedimento é algo muito mais intrincado e complexo do que um simples conjunto de regras formais, entre as quais o juiz se movimenta. Não é apenas um composto de prazos, recursos, sentenças, petições. É também o modo de falar, o jeito de ouvir, a forma de olhar; são as vestes talaras, o estrado alto, o linguajar rebuscado, o argumento mais hábil. É tudo isso e muito mais: como as raízes de uma árvore, ele se irradia para além dos papéis, para além da lei e para fora da sala de audiências. Se o que não está nos autos não está no mundo, o que está no mundo está sempre nos autos...

Por isso, discriminamos todos nós, juízes, quando não notamos que todas as coisas se interagem; e que a Justiça não é uma estátua de mármore, mas uma mulher cheia de malícias, que recebe e reflete tudo o que se passa fora dela. Em poucas palavras, discriminamos quando não percebemos que as relações de dominação não se esgotam no pequeno mundo da fábrica, mas acompanham o trabalhador em cada um de seus passos e de seus gestos; que o perseguem até em seu lar, quando ele engole e digere, sem defesas, os jornais e as domingadas da TV.

Discriminamos todos nós quando não vemos, ou tentamos não ver que, a igualdade formal, embora muito importante, pode também servir, e tem servido, para mascarar e legitimar a desigualdade real: afinal, se todos são iguais, por que não o seriam as próprias regras? Na verdade, como dizia, os mecanismos de compensação, que a lei criou reduzem apenas as discriminações mais visíveis.

Discriminamos todos nós, eu diria, quando deixamos de ser, num certo sentido, um tanto ou quanto parciais: não para distorcer a prova, ignorar a norma ou prejudicar o fato, mas de forma a compensar, na medida do possível e do razoável, as outras tantas discriminações que a lei esconde, pois ela quer manter o mito, condição de existência do próprio sistema..

Discriminamos todos nós, enfim, quando nos tornamos insensíveis às infinitas variáveis do cotidiano, sem perceber que uma parte do processo vem das ruas contaminando, por todos os lados e por todos os modos, o corpo cheio de poros da Justiça.

Compreende-se que, no Processo do Trabalho, a atuação do Magistrado é instrumento estatal de equalização jurídica das partes materialmente desiguais, além de controlar a aplicação das normas de ordem pública e de interesse da sociedade em geral (v.g. direitos indisponíveis, questões tributárias e previdenciárias¹⁶).¹⁷

Assim, inexorável a conclusão de que o Juiz do Trabalho não é um mero “homologador passivo” de todo e qualquer acordo que lhe seja submetido pelos litigantes (arts. 125, III e 129 do CPC).¹⁸ Na homologação que corresponde ao ato judicial praticado pelo Juiz do Trabalho, compete-lhe avaliar com a percuciência e profundidade pertinente a forma e o conteúdo que lhe estão sendo submetidos. Tudo de modo a assegurar a livre e consciente manifestação da vontade das partes e, também, para evitar ofensa a normas de ordem pública, assegurando a presença de uma genuína transação.

5 O LITIGANTE HABITUAL E SUA ATUAÇÃO EM JUÍZO

No caso dos chamados “litigantes habituais”, a postura “pró-ativa” do Juiz também se faz necessária porque compensa juridicamente as eventuais desigualdades de fato, já que a eficiência desses litigantes quando em juízo é inequívoca.

A eficiência dos litigantes habituais decorre de alguns fatos e posturas que podem ser adotadas, exatamente por ter posição assídua frente ao Poder Judiciário. Inequívocas as vantagens dos litigantes “habituais” em face dos litigantes “eventuais”, consoante pode-se verificar pelo elenco apresentado por José Roberto Freire Pimenta:

- a) maior experiência com o Direito, que lhes possibilita melhor planejamento de cada litígio e do conjunto de litígios em que eles estão ou estarão envolvidos;
- b) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos (o que significa que, para cada um deles, ser-lhe-á menos oneroso atuar em Juízo; por exemplo, em se tratando das mesmas lesões eventualmente cometidas contra um número expressivo de empregados, suas defesas e seus meios de prova serão sempre iguais, padronizados ou ao menos semelhantes);
- c) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora (que, embora não sejam capazes de influenciar o conteúdo de suas decisões imparciais, não deixam de constituir uma vantagem adicional, ao menos para lhe permitir saber qual a melhor maneira de se conduzir ao longo dos feitos e de argumentar da forma

mais persuasiva possível, em função de seu conhecimento das posições de cada julgador, já manifestadas em casos similares);

- d) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos (o que por sua vez vai diminuir o peso de cada derrota, que será eventualmente compensado por algumas vitórias);
- e) ele pode testar estratégias diferentes com determinados casos (de natureza material ou processual), de modo a criar precedentes favoráveis em pelo menos alguns deles e a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.¹⁹

O sistema da CLT é inspirado pelo publicismo do processo, que lhe garante uma coloração mais efetiva, social e justa. E, se o *caput* do artigo 791 da CLT, de inequívoca constitucionalidade, assegura aos litigantes trabalhistas o *jus postulandi*, o papel do Juiz do Trabalho é extremamente importante como instrumento de garantia da igualdade substancial (e não apenas formal) das partes no curso do processo trabalhista. Essa tarefa do juiz de facilitar e promover a equalização das partes deve ser destacada, observando que os “Julgadores mais ativos podem fazer muito para auxiliar os litigantes que não contam com assistência profissional.”²⁰

Não se entenda com isso que se está a defender que o Juiz do Trabalho atue de forma parcial ou direcionada a uma das partes. Na realidade, a sua intervenção equalizadora visa a garantir às partes uma real “igualdade de ferramentas” tanto para no “atuar processual” quanto para a compreensão da controvérsia e do iter procedimental que elas percorrerão. Há de se garantir sempre às partes o patamar essencial oriundo dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

6 CONCILIAÇÃO COMO MEDIDA DE EFETIVIDADE JURISDICIONAL

A conciliação não pode ser interpretada ou processada como uma forma de desconstrução do processo ou do direito material que lhe está subjacente. Tratar de conciliação é tratar de um instituto importantíssimo que, todavia, não pode se converter em medida de inefetividade dos direitos legalmente previstos. Essa é uma premissa indeclinável desse estudo: o processo não pode ser ferramenta de desconstrução do direito material do trabalho.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth salientam que as técnicas processuais (a forma pela qual os direitos substanciais se tornam efetivos) servem a funções sociais:

[...] qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário

formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva - com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.²¹

Assim sendo, conforme dizeres de José Roberto Freire Pimenta, a prática do Juiz na conciliação tem que ter subjacentes algumas importantes questões:

1. Aplicação do direito material pelo Judiciário é mecanismo de justa pacificação daquele conflito específico;
2. Referida aplicação é, também, poderoso instrumento de indução do cumprimento espontâneo das normas, na perspectiva mais geral da sociedade na qual eles estão inseridos;
3. Os destinatários das normas jurídicas devem saber que só lhes resta cumprir a lei, assim menor será o acionamento da máquina jurisdicional e mais eficácia e efetividade terão as normas jurídicas.²²

Em poucas palavras: quanto mais efetiva for a jurisdição menos ela será acionada.

A cuidadosa análise de José Roberto Freire Pimenta merece ser transcrita:

Mais concretamente: qual o valor médio das conciliações trabalhistas, em função do valor das obrigações trabalhistas deliberadamente descumpridas por determinados empregadores, ao longo do contrato de trabalho ou por ocasião de sua rescisão; se as conciliações normalmente são celebradas com ou sem assinatura da CTPS, com incidência ou não das contribuições previdenciárias e das obrigações tributárias e com ou sem a denominada quitação plena por todas as obrigações porventura decorrentes daquele contrato de trabalho ou da relação jurídica de outra natureza havida entre as partes. Por outro lado, qualquer empresa razoavelmente organizada faz uma análise dos custos relativos de sua política trabalhista: vale ou não a pena descumprir a lei trabalhista, à luz da relação custo-benefício? Quais os ganhos financeiros dessa conduta, em confronto com os riscos dos ônus (também financeiros) daí decorrentes (multas aplicadas pela fiscalização trabalhista, tributária e previdenciária e pela própria Justiça do Trabalho - artigos 467 e 477, § 8º, da CLT). As possíveis vantagens para o empregador são numerosas e substanciais: o número de empregados que de fato ajuízam reclamações trabalhistas freqüentemente é bem inferior ao número de lesados; existem os ganhos decorrentes da prescrição trabalhista, que vão erodindo, total ou parcialmente, os direitos trabalhistas; os

acordos judiciais quase sempre são celebrados em valor inferior ao devido; no caso de não conciliação na fase de conhecimento, os ganhos no mercado financeiro são sempre superiores aos ônus decorrentes do prosseguimento da ação trabalhista; resta sempre a possibilidade de vitória por vicissitudes processuais - confissão *ficta*, por exemplo; se nada disso ocorrer, existe sempre a possibilidade de acordo somente na execução, ainda por valor inferior ao declarado como devido, em sentença passada em julgado.²³

Interessante observar que, a depender do contexto social em que existir a controvérsia, a iniciativa de se buscar a tutela jurisdicional pode variar e, também, o motivo que impulsiona o caminho jurisdicional. Segundo interessante análise de Dinamarco, nas sociedades menos desenvolvidas, é o devedor quem normalmente fala para aquele que dela seria beneficiário e foi lesado por sua conduta contrária ao Direito, de modo cínico: “Vá procurar seus direitos!” Entretanto, nas sociedades mais desenvolvidas, em situações semelhantes, a expressão intimidativa é outra. Nos Estados Unidos, a advertência parte daquele que é o beneficiário da norma tida por descumprida, que diz: “*I will sue you*” (eu vou processá-lo). Esse é o mecanismo através do qual o titular do direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas.²⁴

Portanto, na prática conciliatória, não se pode olvidar de que o direito processual serve para materializar a justiça social, como instrumento eficaz para a reivindicação dos direitos dos trabalhadores no processo.

Há interessante debate que se trava quanto à desigualdade e proteção que a lei, por vezes, outorga. Assim, “justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desiguam, e o favorecimento é qualidade da lei e não defeito do juiz, que deve aplicá-la com objetividade.”²⁵

7 REQUISITOS JURÍDICO-FORMAIS DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA

A transação, por sua força antilitigiosa, é instituto salutar de inegável utilidade para as partes e também para a coletividade. Todavia, como já se consignou acima, não é toda e qualquer transação que é salutar ou que contém tal força. E, por outro lado, para que a transação tenha efetividade, alguns requisitos (de existência e de validade) deverão ser respeitados.

São chamados de requisitos de existência: convenção das partes; reciprocidade das concessões; incerteza (subjativa) a quem pertence o direito (*res dubia*); incerteza sobre o resultado do processo (*res litigiosa*) e se tratar de direitos patrimoniais de caráter privado. Por outro lado, os requisitos de validade podem ser assim enumerados: capacidade; licitude

e possibilidade do objeto (não pode ser fraudulento²⁶, atentatório aos cofres públicos, fraudar direitos de terceiros, atentar contra a ordem pública, em face de direitos “fora do comércio” reconhecidos e/ou confessados - v.g. alimentos futuros, salários, bens públicos) e que a forma seja prescrita ou não defesa em lei.

Especificamente sobre o conceito de *res dubia* e o objeto da transação, importante a reflexão de João Baptista Villela para se reconhecer que o significado de coisa duvidosa é muito mais amplo do que a semântica estrita:

Todos os direitos positivados na ordem jurídica padecem, por assim dizer e no que respeita à sua garantia estatal, de uma dubiedade intrínseca e imanente, que se manifesta sempre que alguém se opõe ao seu prevalecimento. O reclamante podia estar bem cōnscio e convencido de seu direito. Oferecida, porém, resistência invencível à sua pretensão, só lhe restou a alternativa de buscar reconhecimento em juízo. A partir daí é a autoridade judiciária quem dirá se ele tem ou não tem direito. Não caiamos, por isso, na tentação de pensar que direito é só o que as cortes declaram como tal. O direito preexiste ao juiz, que apenas o aplica. Mas é o ato concreto de jurisdição que aponta a norma incidente e lhe revela o sentido. Nem é outro o significado de jurisdição. Ela se constitui no poder que está investido o juiz para dizer o direito. Ou seja, apontar o direito aplicável à espécie sob seu julgamento. ...*omissis*... Vê-se, pois, que a certeza do direito é relativa e que, diante da contestação, nunca se sabe, em rigor, que solução prevalecerá. *Res dubia*, portanto, pode ter um significado muito mais amplo do que simplesmente o de coisa duvidosa, aqui no sentido de direito sobre cuja existência, conteúdo ou extensão o próprio titular esteja inseguro.²⁷

Certo que ao Juiz incumbe a verificação além da regularidade formal do ato, também o seu conteúdo, notadamente no que tange a sua conveniência para as partes e os requisitos elencados. O Juiz deve velar para que a conciliação celebrada, com a sua assinatura homologando a avença, se constitua em um ato eficaz, produzindo os efeitos queridos pelas partes.

Quando o Juiz homologa o acordo (dá o seu aval), ele está praticando um verdadeiro ato jurisdicional (“sentença de homologação”, segundo Valentin Carrion²⁸) que inclusive põe fim ao processo, extinguindo-o com resolução de mérito - inciso III do art. 269 do CPC, possibilitando seja reconhecida a coisa julgada (parágrafo único do art. 831 da CLT) e sua execução judicial (art. 876 da CLT).

Para Ásis de Almeida, a conciliação “não se homologa”, invocando

o artigo 831 e seu parágrafo único da CLT, já que, ao estabelecer que o acordo equivale a decisão irrecorrível, a lei estaria proibindo o Juiz de intervir na operação, exceto na parte formal.²⁹ A linha argumentativa exposta extrai-se de Liebman, para quem a “composição retira sua eficácia do consenso dos litigantes e não da qualidade de ela ser mais ou menos conforme à justiça, negada ao juiz qualquer possibilidade de impedir-lhe a formação em termos que lhe pareçam injustos, se, de qualquer modo, convém às partes.”³⁰ Veja-se que não se pretende desmerecer a doutrina de Liebman, todavia ela tem em vista o processo civil, onde as controvérsias sujeitas à transação dizem respeito a direitos disponíveis, inclusive extrajudicialmente. “É natural que em tal contexto prevaleça a máxima *ubi partes conveniunt, cessat officium iudicis*. No processo do trabalho, há bons motivos para que se adotem outras regras”.³¹

Em obra anterior³², Wagner Giglio entendia que, nos acordos formalizados por petição nos autos, o art. 158 do CPC eliminara a necessidade de homologação. Todavia, em obra mais recente, diz textualmente:

Nas conciliações formalizadas por petição, o art. 158 do Código de Processo Civil, se aplicável ao processo trabalhista, teria eliminado a necessidade de homologação ... (*omissis*). A prática revela, porém, que nem sempre seria possível aplicar o referido art. 158 do CPC, por incompatibilidade com o processo do trabalho. Se o acordo é apresentado por petição depois de já ter ocorrido uma audiência, com comparecimento das partes. Mas, se a avença é apresentada antes da primeira audiência, pode (e, por vezes, deve) ser rejeitada, em primeiro lugar, porque, no pedido ainda não contestado, não existe lide a ser composta; em segundo, porque o processo pode estar sendo utilizado para obter benefício vedado por lei (v. infra); em terceiro, porque o acordo pode apresentar defeitos ou vícios, de forma ou de fundo; e finalmente, porque esse procedimento enseja vários tipos de fraude, em prejuízo do empregado ou de outros credores.³³

Saliente-se que a petição de acordo é ato processual, já a transação havida entre as partes é ato da relação jurídica material. A averiguação do Juiz da validade do acordo judicial e da inexistência de defeitos do negócio jurídico é de natureza processual e é feita quando ele procede ao ato homologatório. Assim, se a homologação é dispensável ao negócio jurídico em si, não o é ao processo.³⁴

Em resumo, a homologação do acordo judicial trabalhista é, pois, ato do Juiz em um processo judicial, na presença de lide. É o endosso necessário do Estado, conferindo-lhe validade.

A propósito os ensinamentos de João Baptista Villela:

A aprovação da autoridade é o que faz o ato equipolente, nos seus efeitos, à sentença. Por isso mesmo se chama homologação, vale dizer, ato de tornar homólogo ou correspondente. A homologação, em resumo, faz o acordo homólogo ou equivalente à sentença, cujos poderes ele imita e até ultrapassa, pois já nasce com a nota da irrecorribilidade (cf. CLT, art. 831, parágrafo único).³⁵

Na conciliação judicial nada impede que o trabalhador e o empregado avencem cláusulas sem nulidade. O caráter cogente da norma ou a sua inderrogabilidade não implicam, necessariamente, a absoluta impossibilidade de disposição de direitos (§ 1º do art. 331 do CPC c/c art. 769 da CLT).

Quando a transação ocorre perante o Estado o princípio da utilidade social prepondera. O Estado entende que é melhor, politicamente, terminar a lide e que, assim celebrada, a transação não serviu como um instrumento para a derrogação de institutos básicos.

A transação judicial está dentro do sistema de legislação social, na medida em que concilia a necessidade de segurança dos negócios jurídicos com a necessidade de tutela da ordem econômica e social.

Por conveniência de política legislativa, homologar (que é o que sempre ocorre com a transação judicial) é tornar o ato que se examina semelhante ao ato que devia ser ou que se tem por modelo ou idéia. Pode ser ficção jurídica, mas é de política legislativa.

À inequívoca relevância da homologação no juízo conciliatório trabalhista corresponde o dever do Juiz do Trabalho de não apenas verificar, como já se salientou, a regularidade formal, mas também o controle de conveniência para as partes. Segundo Coqueijo Costa “o acordo não deve ser homologado pelo Juiz quando atentar contra preceito de ordem pública, ou seja, lesivo aos interesses do empregado”.³⁶ Tostes Malta nos adverte: “nunca o Juiz poderá homologar um acordo apenas porque as partes querem que seja homologado”.³⁷

Em acréscimo, João Baptista Villela:

É de se ir mais além ainda. Um acordo excessivamente oneroso a pequeno empregador ou àquele que, mesmo de grande porte econômico, esteja em situação patrimonial difícil, não deve ser homologado. Até porque, ao fim e ao cabo, o acordo correria o risco de tornar-se impraticável, provocando para o empregado a necessidade de fazê-lo executar judicialmente, nem sempre com vantagens. Ademais, uma eventual inviabilização do empreendimento

econômico, que acordos gravosos para o empregador poderiam precipitar, a ninguém serve. Não serve, desde logo, ao empregador. Mas também não serve aos seus outros empregados, nem à sociedade em geral.³⁸

Em sentido diverso, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena quando diz que:

[...] fica-se na indevassabilidade do conteúdo do acordo, que é negócio jurídico autônomo entre as partes, de que externa e formalmente participa o órgão judicial, com o ato da homologação. É evidente que a intervenção do Estado, através do Juiz, no ato da homologação é exclusivamente extrínseca e diz respeito, tão-somente, ao procedimento, ao iter e à forma deste ato. Inversamente do que entende BAPTISTA VILLELA (*op.cit.*, p. 160/1), a inserção da vontade do juiz no conteúdo ou na formação material do ato transigente deforma o instituto, admitindo-se, tão-somente, esclarecimentos dos órgãos técnicos, judiciais (juízes togados e classistas), como suporte de formação e não de conclusão.³⁹

Todavia, não é essa a minha visão sobre a questão, pois a conciliação é, regra geral, a melhor forma de resolução da lide. Através dela as partes põem fim ao conflito que deu origem à atuação do Judiciário, transacionando os limites da pretensão e da resistência inicialmente apresentadas. Dessa feita, não apenas o processo é extinto, mas também a controvérsia pertinente ao direito material e a lide sociológica porventura existente. Em outras palavras: ocorre a pacificação do conflito, que é a finalidade da própria atuação do Judiciário. Todavia, ressalte-se que a composição das partes não é um fim em si mesma, não ensejando a homologação incondicional pelo Juiz.

Assim, de forma resumida, o Juiz deve negar homologação ao acordo:

- que infrinja as normas de proteção e prejudique notadamente o empregado;
- que imponha ônus excessivo ao empregador, resultando em graves dificuldades para o seu cumprimento;
- que contenha prestações sucessivas de alongada extensão e/ou de difícil acompanhamento e que traga em si o germe de outras disputas;
- que valha para as partes alcançar fim defeso em lei (arts. 125, III e 129 do CPC).

Observados os indeclináveis parâmetros supra, pode-se ainda

compor a equação de sopesamento do atuar conciliatório em juízo com mais alguns dados, consoante João Baptista Villela:

A lide não encerra apenas custas, mas também custos, cuja avaliação é fundamental no ato de aceitar ou rejeitar um acordo. Tais custos assumem no processo a mais variada configuração e vão da incerteza quanto à sorte final da demanda ao desconforto psicológico que o processo determina. No caso do trabalhador, a distância cronológica entre o pedido e sua efetiva satisfação pode ter um significado dramático. Ainda que a causa tenha um andamento rápido, é compreensível que a inevitável demora na prestação jurisdicional atue como catalisador da composição. Carnelutti recorda a lição da experiência para concluir que o *timor litis* favorece a transação não apenas como receio do resultado, senão também como indisposição para com os males do processo. Reporta-se a contexto judiciário em que se fazem concessões, ainda que o êxito da demanda seja certo, mas cujo preço se revele ainda mais alto que o da renúncia. Ou, no sabor do original, "*tutte le volte in cui il prezzo della transazione è minore del prezzo della vittoria!*". CARNELUTTI, Francesco. *Sulla causa della transazione. Rivista del diritto commerciale*, Milano, v. 12, pt. 2, 1914, p. 580.⁴⁰

De se ressaltar, também, que não há direito líquido e certo das partes de chancela judicial à avença apresentada. A razão é singela: os requisitos que emprestam validade à conciliação deverão ser sempre avaliados para que a conciliação seja homologada pelo Judiciário.

Nesse sentido, a Súmula n. 418 do TST:

MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À CONCESSÃO DE LIMINAR OU HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO (conversão das OJs n. 120 e 141 da SDI-II - Res. 137/2005 - DJ 22.08.2005). A concessão de liminar ou a homologação de acordo constituem faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

A participação do Estado na resolução do conflito existente entre os litigantes é de grande valia, pois, apesar de não garantir a autenticidade da manifestação de vontade das partes, verifica a legitimidade da efetiva quitação das verbas conciliadas.⁴¹

O Juiz do Trabalho: não é mero observador, participa ativamente do processo, imprimindo diretrizes consentâneas aos fins da jurisdição; não é um mero espectador do que as partes pretendem fazer no e do processo.

A jurisdição não se destina a limitar ou impedir a conciliação, mas a garantir que os escopos da jurisdição sejam atingidos, com a justa composição da lide, o respeito à Justiça, além do empoderamento das partes para a efetiva solução do conflito (que, muitas vezes, está muito além da petição inicial e da defesa).

No momento em que os escopos sejam olvidados ou tangiversados, caberá ao Juiz intervir no conteúdo do acordo, redirecionando para obtenção de valores superiores, de prazos que sejam consentâneos às partes (autor e réu), além de estrito respeito às normas de ordem pública, às contribuições legais incidentes - sociais e tributárias.

Portanto, sempre que ocorrer um desvio de finalidade, constituir-se-á para o Juiz o indeclinável dever de penetrar no âmago do ajuste, examinando-o em seu aspecto intrínseco.

Novamente, os ensinamentos de José Roberto Freire Pimenta:

O Juiz do Trabalho, a quem compete a solucionar conflitos que não deixam de ser individuais, mas têm origem e repercussão de amplo significado social, cujo conteúdo corresponde em boa parte a direitos indisponíveis, e diante do qual se defrontam partes que na maioria das vezes são profundamente desiguais do ponto de vista econômico, social e cultural.

Não é toda e qualquer conciliação judicial que se deseje, portanto não se pode querer um acordo a qualquer preço - isto é, aquele que tenha, em seu conteúdo, a injustiça travestida de justiça ou que implique lesão a direitos públicos ou privados de natureza indisponível.⁴²

8 EFEITOS JURÍDICOS DA CONCILIAÇÃO E SEU ALCANCE

Segundo o parágrafo único do art. 831 da CLT, no caso de conciliação, o termo que for lavrado valerá como decisão irrecorrível, salvo para a Previdência Social quanto às contribuições que lhe forem devidas.

Primeira observação importante, para se desconstituir o acordo homologado, a única via é a ação rescisória, consoante o inciso VIII do art. 485 do CPC.

A propósito:

Súmula 259 do TST - TERMO DE CONCILIAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.

O item V da Súmula n. 100 do TST também deixa claro que esse é o caminho a ser trilhado:

O acordo homologado judicialmente tem força de decisão irrecorrível, na forma do art. 831 da CLT. Assim sendo, o termo conciliatório transita em julgado na data da sua homologação judicial. (ex-OJ n. 104 - DJ 29.04.03) - Item V da Súmula 100 do TST -

Segunda observação, a partir da Emenda Constitucional n. 20/98 (regulamentada pela Lei n. 10.035/2000), a Justiça do Trabalho passou a ser competente para processar e julgar as questões relativas às contribuições previdenciárias que incidirem sobre as sentenças e acordos homologados por ela. Assim, houve alteração da redação originária do parágrafo único do art. 831 da CLT, para, exatamente, acolhendo a ampliação da competência, compatibilizar a condição de créditos de terceiros e a extensão de efeitos decorrentes do acordo homologado em Juízo. Assim, a lei, expressamente, exclui os efeitos de coisa julgada em face do INSS decorrente do acordo trabalhista homologado em Juízo.

Estabelece o § 3º do art. 832 da CLT que

As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso.

E, nos termos do § 5º do art. 832 da CLT, “Intimada da sentença, a União poderá interpor recurso relativo à discriminação de que trata o § 3º deste artigo”.

Consoante o parágrafo único do art. 831 da CLT, a decisão que homologa a conciliação entre os sujeitos originários da lide somente produzirá os efeitos da coisa julgada, originalmente, a esses sujeitos. No caso da União, ela pode se insurgir contra os termos do acordo homologado que lhe digam respeito (contribuições previdenciárias, por exemplo). Entretanto, o acordo produzirá efeitos à União se, intimada para tomar ciência da decisão, deixar transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi assinalado (§ 4º do art. 832 da CLT).⁴³

Por outro lado, é lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório (art. 764 da CLT). Todavia, “O acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União”. (§ 6º do art. 832 da CLT). Ou seja, crédito de terceiro, matéria de ordem pública, não admite transação, como, aliás, já se salientou anteriormente.

Entretanto, a lei admite que seja exercido juízo de valoração pelo

Ministro da Fazenda quanto ao importe que deverá ou não ser executado, conforme se depreende do § 7º do art. 832 da CLT:

O Ministro de Estado da Fazenda poderá, mediante ato fundamentado, dispensar a manifestação da União nas decisões homologatórias de acordos em que o montante da parcela indenizatória envolvida ocasionar perda de escala decorrente da atuação do órgão jurídico.

9 A MEDIAÇÃO DO CONFLITO ESTRUTURAL DA RELAÇÃO CAPITAL-TRABALHO EM JUÍZO – FUNÇÃO JURISDICIONAL DO MAGISTRADO DO TRABALHO

Primeiramente, é importante ressaltar que, embora distintos e autônomos sob a perspectiva epistemológica, direito material do trabalho e direito processual do trabalho constituem um todo funcionalmente orgânico e indivisível. O direito processual serve para materializar a justiça social, como instrumento eficaz para a reivindicação dos direitos dos trabalhadores no processo.

No Processo do Trabalho, a conciliação é geralmente enfatizada e visa amortecer as tensões sociais decorrentes das relações capital-trabalho, essas tidas, também politicamente, como fundamentais para uma harmonia social. No campo das relações de trabalho vê o Estado considerável potencial de desarmonia social, em face das contradições imanentes e cuja composição a ordem jurídica busca efetivar de forma antitética.

Em audiência, a presença do Magistrado tende a impedir o poder de coerção, coação, intimidação que o “empregador-parte” possa exercer. Todavia, não se pode olvidar de que há possibilidade de coações anteriores ou posteriores ao momento processual. Não se pode esquecer de que há a coação econômica, acrescida de premência alimentar ou até de sobrevivência e que não se afasta (aliás, fica até reforçada) no momento da audiência, quando se tem um hipossuficiente em um dos pólos da demanda.

De se pontuar que existem algumas medidas que podem atenuar a coação econômica (tutelas antecipadas para percepção de valores referentes ao Seguro-Desemprego e/ou de FGTS, v.g.) e, assim, o efeito perverso da necessidade econômica nos autos e a impossibilidade física de eventual espera processual ficam postergados e impedindo que esse seja o dado decisivo na aceitação do acordo. Certo é que, na mediação do conflito, o Juiz do Trabalho deverá lidar com o mecanismo básico do direito: a sanção.

Não menos certo que o demandar não pode ser vantajoso para

a parte que descumpriu, na relação de direito material, o dever que lhe incumbia. O processo e/ou o descumprimento da legislação de direito material não pode ser usado como um aspecto do “negócio” de quem quer que seja. Não é essa a resposta que o Estado, através do Poder Judiciário, pode dar ao jurisdicionado, principalmente, porque inúmeros jurisdicionados cumprem devidamente suas obrigações e não podem ser penalizados por condutas como tais.

Na relação processual, em face dos escopos jurisdicionais, busca-se a substituição de um estado de luta por um estado de Paz. Na relação de direito material, não se nega, nem se poderia negar o conflito estrutural capital x trabalho, ele existe, é real e a tensão é necessária (sociologicamente falando).

Os arts. 9º, 444 e 468 da CLT asseguram ao trabalhador uma superioridade jurídica compensatória à sua inferioridade econômica. Todavia, a igualdade formal, embora muito importante, pode também servir para mascarar e legitimar a desigualdade real: se todos são iguais, por que não o seriam as próprias regras? As regras compensatórias criadas pela lei reduzem tão-somente as discriminações mais visíveis.⁴⁴

Nesse contexto, a postura pró-ativa do Juiz do Trabalho é imprescindível para notar que, como já se disse anteriormente, “se o que não está nos autos não está no mundo, o que está no mundo está sempre nos autos”.⁴⁵

Assim, a atuação do Magistrado do Trabalho deverá ser sempre com equidade (arts. 8º e 852-I da CLT) e como criterioso aplicador das normas e princípios de Direito do Trabalho.

Sobre a concentração das competências do binômio conciliar/julgar no magistrado do trabalho de 1º grau, a visão profícua de José Roberto Freire Pimenta:

[...] a concentração, num único órgão unipessoal, das competências (e correspondentes atribuições) para atuar como mediador, com vistas a obter a conciliação dos litigantes e, em caso de fracasso, para decidir a controvérsia através de sentença, por si só acarreta problemas e dificuldades. Caberá ao juiz do trabalho, em sua prática diária, ficar atento para os perigos e os paradoxos a ela inerentes e distinguir, caso a caso, até que ponto deve prevalecer sua atuação flexível e baseada na equidade, como conciliador, e quando deverá assumir seu papel fundamental de criterioso aplicador das normas protecionistas de Direito do Trabalho.⁴⁶

A expressa advertência de Cappelletti e Garth para o perigo⁴⁷ inerente à combinação da atribuição de conciliar com o poder de proferir decisões vinculativas das partes em caso de as partes permanecerem

inconciliáveis não se aplica, como eles mesmos reconhecem, quando o Julgador é especializado na área de direito material respectiva, exatamente o que ocorre na Justiça do Trabalho brasileira.⁴⁸ Ademais, ainda que assim não fosse, o conflito trabalhista é um conflito peculiar e com facetas e desdobramentos que, na maioria das vezes, transcendem as partes envolvidas, com conotações sociológicas, com partes materialmente desiguais, o que não autoriza a mediação ou conciliação por leigo, não investido de poder jurisdicional.

As técnicas de conciliação⁴⁹ devem ser usadas pelo magistrado trabalhista quando da sua atuação em juízo de forma a, efetivamente, apaziguar o conflito das partes (em todos os seus aspectos - jurídicos, sociológicos, psicológicos e até psicossociológicos existentes naquela demanda). O franquear da fala às partes, bilateral e ordenada, além da escuta ativa do magistrado possibilitam a investigação dos verdadeiros interesses, fazendo exsurgir o conflito “real”, muitas vezes diverso do conflito “processado”.

O Processo do Trabalho (oral, simplificado, com a presença do *jus postulandi*, conciliado) facilita e induz a tal atuação próxima às partes e à realidade social que dos autos deflui. A postura pró-ativa do Juiz do Trabalho é condição inerente à boa e adequada atuação jurisdicional⁵⁰, quer na prática conciliatória, quer na instrução processual (art. 765 da CLT).

A sociedade espera do Judiciário trabalhista uma tutela efetiva e eficaz dos direitos constitucionalmente reconhecidos e em tempo razoável no que se faz possível. Espera o jurisdicionado que se solidifique a nova mentalidade que privilegia o processo social de resultados (processo efetivo e efetivado).

Dentro da nova visão processual e de seus escopos, certo que a sociedade tem direito ao esclarecimento das normas jurídicas materiais e processuais aplicáveis ao litígio para que, assim, possa decidir com consciência sobre conciliar ou não (“empoderamento”).

A magistratura deve ser exercida, pois, com firmeza e sem timidez, mas de forma serena e sem incorrer na tentação do autoritarismo, sempre com a finalidade maior de obter a pacificação com justiça dos dissídios.

O exercício equilibrado e efetivo da função jurisdicional é, a um só tempo, condição de existência e expressão concreta do Estado Democrático de Direito que é a nossa função precípua.

Não há dúvida de que a pacificação social é um dos resultados que se almeja quando se procura o Estado-Juiz. E quando se fala em pacificação, a conciliação tem lugar de destaque, pois a conciliação é a “declaração de paz no litígio”.⁵¹

- ¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. **Revista LTr**, São Paulo, v. 66, n.6, p. 665, jun. 2002.
- ² Id.Ibid.
- ³ PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 65, n 2, p.153, fev. 2001.
- ⁴ Nesse sentido: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 479.
- ⁵ É de se salientar que a nova redação do art. 114 da Constituição (EC n. 45/04) não mais possui o verbo “conciliar”, todavia, sabe-se que tal alteração ocorreu em face das novas competências trabalhistas onde não se admite a conciliação (executivos fiscais e mandado de segurança em 1º grau). Portanto, o teor do acórdão do C.TST é plenamente aplicável, apesar da referida alteração.
- ⁶ ROMITA, Arion Sayão. A conciliação no processo do trabalho após a Emenda Constitucional n.45. **Revista LTr**, São Paulo, v. 69, n. 5, p. 535, maio 2005.
- ⁷ Id.Ibid.
- ⁸ PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 65, n. 2, p. 154, fev. 2001.
- ⁹ Alguns trechos de grandes doutrinadores: Martins Catharino: a conciliação é uma consequência do princípio teleológico da finalidade social específica, um dos seus princípios fundamentais, próprio do Direito Processual do Trabalho. Coqueijo Costa: os órgãos da Justiça do Trabalho são precípua e inicialmente conciliadores, decidindo se não conseguirem avir as partes, porquanto suas decisões, mesmo em dissídios individuais, transcendem o interesse conflitante das partes para se projetar no todo como poderoso instrumento de paz social. José Augusto Rodrigues Pinto: o Juiz do Trabalho é além de conciliador, mediador e árbitro.
- ¹⁰ Também na Itália eram tradicionalmente vistos como componentes de uma “justiça menor” os conciliadores ou juízes de paz, juízes leigos (hoje recrutados exclusivamente entre bacharéis em Direito, mas que desempenham funções exclusivamente honoríficas e não remuneradas) correspondentes ao primeiro dos três níveis em que se dividiam naquele país os órgãos jurisdicionais de primeira instância (encarregados fundamentalmente das “pequenas causas”, sendo os outros dois o “pretor”, juiz de carreira que decidia monocraticamente alguns tipos de litígios, e os “tribunais”, compostos também exclusivamente de juízes de carreira e que decidiam de forma colegiada todos os demais litígios, estrutura essa que recentemente foi modificada pelo Decreto legislativo n. 51, de 19.02.98, que suprimiu a figura do pretor e repartiu a competência jurisdicional naquele país exclusivamente entre os juízes de paz e os tribunais, decidindo estes, como regra geral, em composição monocrática em matérias prefixadas, inclusive nas controvérsias do trabalho, e de forma colegiada, de forma residual, nas demais). Vejam-se a respeito o trabalho já citado de Nicola PICARDI (*Il conciliatore, Rivista Trimestrale di Diritto e*

- Procedura Civile*. Milano: Giuffr  Ed., 1984. p. 1067-1115), bem como dois artigos de Mauro CAPPELLETTI (*Giudici laici, Rivista di diritto processuale*, Padova: CEDAM, p. 698 e ss. e *Appunti su conciliatore e conciliazione, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano: Giuffr  Ed., 1981. p. 50 e ss.), bem como as concisas exposi es de Elio FAZZALLARI (*Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 1996. p. 125-133), de Giovanni VERDE (*Profili del processo civile - 1. Parte generale*. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 1994. p. 84-87) e de Andrea PROTO PISANI (*Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999. p. 15-18, 135-139 e 225-228).
- In PIMENTA, Jos  Roberto Freire. A concilia o judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, v. 65, n. 02, p. 154-155, fevereiro de 2001.
- ¹¹ A esse respeito se pronunciaram de forma expressa CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant em sua obra coletiva *Acesso   justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 83/84: "Existem vantagens obtidas tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio   resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as solu es rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que eles se fundam em acordo já estabelecido entre as partes."
- ¹² PIMENTA, José Roberto Freire. A concilia o judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n.2, p.154, fev. 2001.
- ¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 272, 1980.
- ¹⁴ PIMENTA, José Roberto Freire. A concilia o judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n.2, p.154-155, fev. 2001.
- ¹⁵ Sobre o tema ver *A rebelião da toga*, NALINI, José Renato. São Paulo: Ed. Millenium, 2006. Para o autor a "rebelião" da toga seria uma espécie de conversão do juiz brasileiro para tornar-se um artífice da pacifica o, a partir de uma interpreta o constitucional conseqüente com a realidade. Para ele a missão de edificar a na o justa, fraterna e solidária prometida pelo constituinte não pode recair apenas sobre os demais Poderes - o Executivo e o Legislativo. Segundo o autor, o Judiciário   também parte integrante do Estado,   um dos três Poderes da República e os objetivos fundamentais da na o brasileira são seus também.
- ¹⁶   6  do art. 832 da CLT: O acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elabora o dos cálculos de liquida o de sentença não prejudicará os créditos da União.
- ¹⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. A concilia o judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 65, n.2, p.155, fev. 2001.
- ¹⁸ Em sentido oposto, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena: "A nível de preserva o não só da competência dos Juízes do Trabalho mas e mesmo dos instrumentos operativos e

das questões e do conteúdo da conciliação trabalhista, fica-se na indevassabilidade do conteúdo do acordo, que é negócio jurídico autônomo entre as partes, de que externa e formalmente participa o órgão judicial, com o ato da homologação. É evidente que a intervenção do Estado, através do Juiz, no ato da homologação, é exclusivamente extrínseca e diz respeito, tão-somente, ao procedimento, ao iter e à forma deste ato. (omissis) Pois bem, o Juiz do Trabalho não pode intervir no ato de elaboração das condições materiais do acordo nem desvirtuar-lhe as causas que levaram as partes a realizá-lo, e menos ainda, obstaculá-lo, com inserção de cláusulas ou condições externas à vontade autônoma dos interessados, pois o Estado não integra substancialmente a transação mas, na Justiça, o faz tão-só formalmente, com a homologação pela Junta, que extingue a lide e faz a coisa julgada." A conciliação trabalhista. A transação. O IR e o INSS. *Boletim Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte, TRT da 3ª Região, v. 14, n. 01, jan./maio de 1993.

- ¹⁹ PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 65, n.2, p. 157, fev. 2001.
- ²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 103.
- ²¹ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. reimpresso em 2002, p. 12.
- ²² PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 65, n.2, p. 157, fev. 2001.
- ²³ Id.Ibid.
- ²⁴ Neste último caso de conflito, a ameaça é daquele que em princípio se beneficia do direito material, porque sabe que pode contar com uma jurisdição efetiva, capaz de, com boa probabilidade, sancionar aquele que não cumpriu espontaneamente os preceitos de conduta estabelecidos pelo ordenamento jurídico em vigor, observação também de José Roberto Freire Pimenta. PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 65, n.2, p.157, fev. 2001.
- ²⁵ GIGLIO, Wagner. **Direito processual do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 73.
- ²⁶ São as chamadas lides simuladas (ou patológicas, para alguns) acordos forjados aproveitando da hipossuficiência ou necessidade do trabalhador quando da ruptura contratual. Os exemplos se multiplicam, infelizmente. Algumas decisões de minha lavra, quando integrante da Seção Especializada em Dissídios Individuais: 1) Ação Rescisória do TRT da 3ª Região: 1) "ACÇÃO RESCISÓRIA - LIDE SIMULADA". Se a prova nos autos produzida demonstra que a decisão homologatória do acordo foi proferida em sede de verdadeira lide simulada, impõe-se a sua desconstituição e, em juízo rescisório, a extinção do processo originário, sem julgamento do mérito. Inteligência do disposto na Orientação Jurisprudencial n. 94 da d. SbDI-II do TST. 00031-2005-000-03-00-7 AR" - 2) ACÇÃO RESCISÓRIA - LIDE SIMULADA. Quando as provas dos autos demonstram, de forma inequívoca, que o acordo celebrado na reclamação trabalhista originária era

condicionante para o pagamento de verbas rescisórias e/ou a manutenção do emprego e, ainda, que o advogado da reclamante lhe fora indicado pela própria ré, está-se diante de uma lide simulada. E, nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 94 da d. SbdI-II do TST, “a decisão ou acordo subjacente à reclamação trabalhista, cuja tramitação deixa nítida a simulação do litígio para fraudar a lei e prejudicar terceiros, enseja ação rescisória, com lastro em colusão. No juízo rescisório, o processo simulado deve ser extinto”. 01881-2004-000-03-00-1 AR.

- 27 VILLELA, João Baptista. Sobre a renúncia e transação no direito do trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro. (Coord.). **Curso de direito do trabalho**: estudos em memória de Célio Goyatá. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 182.
- 28 CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.644. Saliente-se, entretanto, que não se comunga do entendimento de r. jurista quanto à impugnação do acordo homologado via ação ordinária, ao invés da ação rescisória (Súmula n. 259 do TST). Veja-se o entendimento do referido autor: “Homologada a transação e transcorrido o prazo para recorrer dessa sentença (com força definitiva), só o despacho formal transita em julgado, pelo que entendemos que, em ação ordinária, poder-se-á discutir o alcance do conteúdo e rescindir o ato jurídico que não constitui coisa julgada; não há lugar para ação rescisória, pois a CLT apenas lhe dá o valor de sentença (art. 831) para o fim de que se possa executar (art. 876), como se fosse.” (*idem*, p. 645).
- 29 ALMEIDA, Ísis. **Manual de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 1985. p.35.
- 30 LIEBMAN, Enrico Tullio. In Risoluzione convenzionale del processo. **Rivista di diritto processuale civile**, Padova, v. 9, p. 1, p.284,1932.
- 31 VILLELA, João Baptista. Op.cit.,p.184.
- 32 GIGLIO, Wagner D. **A conciliação nos dissídios individuais do trabalho**. São Paulo: LTr, 1982.
- 33 GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 208.
- 34 No mesmo sentido: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. O acordo no processo do trabalho. **Revista do TRT da 15ª Região**, Campinas, (SP) LTr, v. 13, p.159, 2001.
- 35 VILLELA, João Baptista. Op.cit., p.184.
- 36 COSTA, Coqueijo. **Direito processual do trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 323.
- 37 TOSTES MALTA, Christovão Piragibe. **Prática do processo trabalhista**. 18. ed. Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, p.292.
- 38 VILLELA, João Baptista. Op.cit., p.185.
- 39 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. A conciliação trabalhista. A transação. O IR e o INSS. **Boletim Doutrina e Jurisprudência**: TRT da 3ª Região, Minas Gerais, v.14, n. 1, p.22, jan./mar. 1993.
- 40 VILLELA, João Baptista. Op.cit., p.186.
- 41 É claro que não se está tratando de acordos cujo pagamento é estabelecido fora dos autos - no escritório, na sede da empresa, etc. É que nesses casos, a legitimidade

na percepção dos valores do acordo fica mitigada ante o pagamento fora do controle jurisdicional (v.g. pagamento em instituições bancárias com convênios judiciais).

- ⁴² PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 65, n. 2, p.156, fev. 2001.
- ⁴³ § 4º do art. 832 da CLT: A União será intimada das decisões homologatórias de acordos que contenham parcela indenizatória, na forma do art. 20 da Lei n.11.033, de 21 de dezembro de 2004, facultada a interposição de recurso relativo aos tributos que lhe forem devidos.
- ⁴⁴ VIANA, Márcio Túlio. **O dia-a-dia do juiz e as discriminações que o acompanham. Discriminação**. São Paulo: Ed. LTr, p.274.
- ⁴⁵ Id.Ibid.
- ⁴⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v.65, n.2, p.159, fev.2001.
- ⁴⁷ É que o detentor de ambas as competências pode confundir os papéis de juiz e de conciliar e falhar no desempenho satisfatório de qualquer dos dois. E prosseguem, com indiscutível propriedade: “Como conciliador ele pode inconscientemente impor um ‘acordo’ pela ameaça implícita em seu poder de decidir. Como Juiz, ele pode deixar seu esforço de conciliação subverter seu mandato de aplicador da lei”
- ⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p.109-110 e nota 245.
- ⁴⁹ Muitas delas desenvolvidas em textos sobre mediação e que em nada alteram o fato de ser um magistrado o condutor da averiguação dos verdadeiros “interesses” das partes litigantes e não apenas a “posição” das mesmas. A palavra “interesse” foi aqui usada com o sentido de externar a lide sociológica e a “posição” externando a “lide jurídica”.
- ⁵⁰ A função de conciliar do Juiz do Trabalho (art. 764 da CLT) é função jurisdicional que a ele incumbe segundo a Consolidação das Leis do Trabalho.
- ⁵¹ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.580.

DISCRIMINAÇÃO E IGUALDADE JURÍDICA: IGUAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO – PROTEÇÃO ANTIDISCRIMINATÓRIA TRABALHISTA

Maria Cristina Diniz Caixeta*

Pior que ser discriminado é discriminar.

O presente artigo se traduz numa reflexão sobre a discriminação e igualdade jurídica sob o ângulo da igual dignidade da pessoa humana como fundamento da vedação à discriminação, enfocando conceitos básicos, tutela constitucional e leis infraconstitucionais, com ênfase para a proteção antidiscriminatória trabalhista, culminando com a reflexão de que a dignidade da pessoa humana constitui, a um só tempo, pressuposto e condição para que se viva em sociedade impondo limites ao poder de autoridade quer sob a ótica de admiti-la, quer sob o rótulo de distingui-la. Nenhum direito é tão fundamental quanto o direito de não ser discriminado.

Palavras-Chaves: Dignidade humana – Igualdade jurídica – Proteção antidiscriminatória – Tutela constitucional – Direito fundamental.

1 PESSOA HUMANA E DIGNIDADE – BREVES CONSIDERAÇÕES

Para conceituarmos pessoa humana, recorreremos à filosofia de Immanuel Kant que, nos seus estudos sobre o verdadeiro núcleo da Teoria do Conhecimento, denominou o homem como um ser racional, que existe como “fim em si mesmo” e não simplesmente como “meio”, revelando-se como um valor absoluto, porque “a natureza racional existe como fim em si mesma, não podendo ser usada como instrumento para algo.” A esse respeito, Silva assinala que:

Só o ser humano, o ser racional é pessoa. Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão porque desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. (SILVA, 1998, p. 90).

* Juíza do Trabalho Titular da 7ª VT de Belo Horizonte. Professora Universitária. Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do TRT/MG.

Adotando o ensinamento kantiano de que no “reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade,” somente a pessoa humana detém o atributo da dignidade, porquanto essa é de valor absoluto e intrínseco, inerente à essência humana, não comportando fixação de preço de mercado, e não se sujeitando a substituição equivalente, vez que se funde na própria constituição humana, revelando-se como um atributo supremo. Nessa ótica, no mundo social existem duas categorias de valores. Enquanto a primeira diz respeito ao preço, que representa um valor exterior de mercado, traduzindo-se em interesses particulares, a segunda, a dignidade, representa um valor interior moral de interesse geral.

As coisas têm preço e o homem tem dignidade, já que o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, inicialmente, no princípio da igualdade, no direito de receber tratamento isonômico de igualdade formal: “todos são iguais perante a lei.”

Como ensina Moraes (2003, p. 57): “Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que o Direito existe em função da pessoa humana, sendo esta o centro da imputação jurídica, e tem como preceito maior regular a vida em sociedade.” Segundo os ensinamentos do mestre Maurício Godinho Delgado:

[...] o direito, em sua função de regular a vida social, atua como regra de caráter positivo e regra de caráter negativo. Regras positivas que imputam vantagens jurídicas em favor de seus titulares; regras negativas que inviabilizam a prática de condutas agressoras sobre o patrimônio moral e material dos indivíduos. (DELGADO, 2000, p. 97-108).

Em sede de contexto social, as regras de conteúdo negativo mais significativas voltam-se para o combate contra a discriminação, objetivando estabelecer um padrão igualitário de direitos e oportunidades, dele emergindo uma blindagem contra a prática de condutas antidiscriminatórias.

Assim, para distinguirmos os seres humanos, mister admitir a existência de uma qualidade única inerente à espécie humana, ou seja, a dignidade, já que só os humanos são portadores desse raro e específico atributo, cuja raiz etimológica provém do latim *dignus* – “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante.”

Barros (2000, p. 36-76), com propriedade, assinalou que a “palavra discriminação é de origem anglo-americana: do ponto de vista etimológico o caráter infundado de uma distinção.”

Assim, no compilar das lições, pode-se afirmar que os seres humanos fazem parte de uma mesma categoria essencial. A dignidade da pessoa humana é um dado sobre o qual se assenta o paradigma da justiça social no Estado Democrático de Direito. Na perspectiva teleológica, filosófica

ou jurídica, o atributo da dignidade não deve ser considerado um valor, mas um bem em si mesmo, não admitindo restrições, discriminações ou qualquer tipo de conduta excludente capaz de privar a pessoa humana da titularidade do exercício desse direito fundamental. A sua destinação é que o torna um direito fundamental, porquanto voltado para o consumidor maior da justiça democrática, ou seja, o ser humano – o homem, o povo.

2 CONCEITO DE DISCRIMINAÇÃO E IGUALDADE JURÍDICA – TUTELA CONSTITUCIONAL

O combate à discriminação no Estado Democrático de Direito constitui a mais importante linha de atuação jurídica, convergindo para a evolução do direito moderno. Corroborando esse avanço, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, diz que: “Todos as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”

A Constituição italiana de 1947 adotou o principio fundamental de que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. Na mesma linha, a Constituição Portuguesa de 1976 estabeleceu, em seu artigo 1º, que: “Portugal é uma República Soberana baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular, e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”

Seguindo o mesmo padrão, vem a Constituição Espanhola de 1978 dizer, no seu artigo 10, I, que: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.”

Na mesma linha, a Convenção nº.111 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 1958, que foi ratificada pelo Brasil, se inspirou em principio contido na declaração de Filadélfia e na Declaração Universal dos Direitos, proibindo a discriminação do emprego ou profissão, para condenar, em seu artigo 1º: “toda discriminação, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.”

A mesma diretriz tem a Convenção nº 110 da OIT, também ratificada pelo Brasil, ao tratar da discriminação em matéria de emprego e profissão e igualdade de salários entre homens e mulheres. As Convenções números 100; 117; 138, 182, também ratificadas, fazem menção específica a discriminação de trabalhadores, inclusive, em razão de raça ou cor.

A ação antidiscriminatória se assenta nas modernas democracias ocidentais, atuando como instrumento de inclusão social e mecanismo

clássico de estigmatização de diferenças, evitando a perpetuação de exclusões de pessoas e grupos sociais.

Discriminar é negar à pessoa tratamento compatível com o modelo jurídico padrão criado para situações concretas. É estabelecer diferença, distinguir, separar. É colocar no limbo jurídico aquele cujo ordenamento positivo lhe reconheceu, como direito fundamental, o respeito enquanto pessoa humana, já que este é o bem maior a ser tutelado pelo ementário normativo.

No modelo brasileiro do Estado Democrático de Direito, o legislador constituinte de 88 procedeu à positivação de vários direitos fundamentais voltados para os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III), objetivando o bem social de todos, independentemente de origem, raça, cor, idade e de qualquer forma de discriminação (CF, 3, IV), assegurando a liberdade e a igualdade entre todos, inclusive, entre homens e mulheres (CF, 5, caput e I). Alçou a fundamento constitucional a proibição de diferença de salário, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (CF, 7, XXX), assegurando a justiça social através da redução das desigualdades regionais e sociais, possibilitando a busca do pleno emprego (CF, 170, VII e VIII).

Do arcabouço jurídico, emerge a ilação de que é na dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica democrática se apóia e se constitui. Em qualquer Estado Democrático de Direito, a consagração da pessoa e de sua dignidade constitui o centro do sistema constitucional. Não se trata de criação constitucional, já que este atributo é inerente à pessoa humana desde sua criação. A constituição apenas reconheceu sua existência e, acertadamente, a elevou à condição de princípio fundamental e geral que inspira a ordem jurídica, sendo esse o fundamento da República do Estado Democrático de Direito, cuja natureza é de valor supremo. Em sede de conflitos principiológicos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, em razão da natureza tutelada, sobrepõe a qualquer outro princípio constitucional, pois o destinatário das normas constitucionais é o HOMEM.

Na lição de Silva (1998, p. 90): “A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os outros direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Sendo assim, “nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente asseguradas.”

Num primeiro giro, tem-se que o fundamento jurídico da dignidade humana se manifesta no princípio da igualdade. A igualdade jurídica é destinada ao tratamento das desigualdades com igual valor, objetivando

um nivelamento no plano das desigualdades capaz de promover a igualização onde seja possível, para que o resultado seja mais justo, mais eficaz, mais material e menos formal. Para Reis:

[...] a dignidade da pessoa humana, analisada no plano da inserção social, o princípio de garantias mínimas, salientado por Amauri Mascaro e inferido da *Obras de Maurício Godinho Delgado*, o mencionado princípio enuncia que deve ser assegurado aos cidadãos um rol de direitos fundamentais, isto é, prerrogativas de pessoa humana, necessárias para a vida satisfatória e digna, garantidas nas Constituições. Significa dizer, pois, que deve o Estado assegurar um padrão de condições de trabalho aonde a projeção social da pessoa humana se faça em padrão compatível com o da sua distinção. (REIS, 2005, p. 860).

O Princípio da Igualdade adquire, portanto, feições avançadas rumo a uma alteração qualitativa ampliando seu conteúdo, na medida em que atua como agente ativo de promoção de política de igualdade social. A Ministra do Colendo STF, Carmem Lúcia Antunes Rocha, com lapidar propriedade, assinalou que:

[...] igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito: é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental [...] a doutrina, como a jurisprudência, já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá a expressão igualdade na lei, ou seja, o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei. (ROCHA, 1994).

Plá Rodriguez (1978, p. 201), citando Couture, realça “o procedimento lógico de corrigir as desigualdades e o de criar outras desigualdades,” enquanto Radbruck (1978, p. 245) defende que “a idéia central em que o direito social se inspira não é o da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existem. A igualdade deixa assim de constituir ponto de partida do direito para converter-se em meta ou inspiração da ordem jurídica.” Ainda na esteira de Plá Rodriguez:

[...] o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos não significa a impossibilidade de estabelecer leis aplicáveis a certos grupos de pessoas. Aqui começa a influir o critério da razoabilidade; se se justifica razoavelmente a discriminação, cabe reconhecer como legítima a limitação do Princípio da Igualdade. (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 246).

A professora Alice Monteiro de Barros pontua que:

[...] a igualdade é um conceito relacional que exige um elemento de comparação entre as situações em que se encontram os respectivos sujeitos passivos. Ela apresenta conexão com a justiça social e com a concretização dos mandamentos constitucionais que visam a efetivação dos direitos sociais. A igualdade é também inerente ao conceito de igual dignidade das pessoas, fundamento contra a discriminação, que é a mais expressiva manifestação deste princípio. (BARROS, 2000, p. 38).

Ajustando as lições já citadas, e delas extraíndo-se um *mix* de reflexões, pode-se concluir que, arrimando-se no Princípio da Igualdade, não há óbice para que o legislador direcione a norma para determinados grupos ou classes de pessoas, desde que todos do grupo sejam alcançados, uma vez que o fundamento se assenta na premissa de que a igualdade jurídica é direcionada para o tratamento dos desiguais com igual valor, não com o cunho de produzir homogeneidade de fato, e sim, igualdade de direitos com ênfase para valores e interesses plurais, vinculando o legislador “não só a forma externa da lei, mas também quanto ao seu conteúdo.” No dizer de Monteiro (2000, p. 39): “Toma-se como parâmetro as diferenças de fato para atingir a igualdade de direitos.”

Ainda que as pessoas sejam únicas, não há como lhes deferir tratamento igual com igual valor se são radicalmente diferentes. O princípio da não-discriminação complementa e se ajusta ao Princípio da Igualdade, objetivando uma aproximação maior com o Princípio da Real Justiça.

3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE REPÚDIO À DISCRIMINAÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO: EFEITOS

3.1 Discriminação ao trabalho da mulher – breve reflexão sobre a Lei nº 9.029/95

Entre as novas regras de combate à discriminação pós-1988, destacam-se aquelas voltadas para a proteção antidiscriminatória ao trabalho da mulher, já que, antes desse marco constitucional, as questões afetas à discriminação do trabalho feminino estavam inseridas em normas acanhadas introduzidas no bojo sistematizado das normas da CLT.

Nesse sentido, somente após a Constituição Republicana em vigor, o trabalho da mulher atingiu *status* de relevo, ao receber correta aplicação do princípio isonômico e da igualdade jurídica.

Observe-se que o artigo 7º, incisos XVIII, XIX, XX e XXX, versa sobre licença maternidade, licença paternidade, proteção de mercado de trabalho da mulher, proibição de diferença de salários, de exercícios de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo.

Sob a lente da aplicação negativa do Princípio Isonômico, em sede de desnivelamento de situações de ordem profissional, não houve receptividade da Carta Magna para desigualar homens e mulheres. Todavia, quando a discriminação contiver conteúdo de ordem positiva, ou seja, com o escopo de atenuar as diferenças entre ambos, a norma terá abraço constitucional, porquanto visa a tratar desiguais os desiguais, objetivando uma melhor igualização.

Assim, sob influência das normas internacionais, editou-se no Brasil a Lei nº 9.029/95, de 13.04.95, que regulamenta regras isonômicas contidas na Constituição. Proíbe-se a exigência de apresentação de atestado de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeito admissional ou de permanência na relação jurídica do trabalho.

A norma veda qualquer prática discriminatória ou limitativa direcionada ao procedimento de admissão, bem aquela praticada no curso da relação empregatícia, por motivo de raça, cor, estado civil, situação familiar, origem, sexo ou idade, ressaltando apenas a tutela de proteção ao menor prevista no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

Tipifica, em seu artigo 2º, como crime, as práticas discriminatórias voltadas à exigência de testes, exames, perícias, atestados ou qualquer outro procedimento investigatório acerca da esterilização ou estado de gravidez, com ênfase à vedação da conduta patronal voltada ao instigamento à esterilização genética, estabelecendo pena de detenção de um a dois anos e multa, elencando como sujeitos ativos a pessoa física empregadora, o representante legal do empregador, incluindo, ainda, o dirigente direto ou por delegação de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União dos Estados e dos Municípios.

A norma trata de penalidades oriundas de reincidências, proibição de obtenção de empréstimos ou financiamentos junto a instituições financeiras oficiais, autorizando, ainda, o rompimento da relação de emprego, facultando ao empregado optar pela readmissão com pagamento de todo o período de afastamento, e percepção em dobro da remuneração relativa a tal período, corrigida monetariamente e acrescida de juros legais.

É preciso enfatizar que a lei em comento não é precursora da isonomia, em sede infraconstitucional, já que a questão sempre foi tratada à luz do artigo 460 e 461 da CLT, bem como não esgota as hipóteses de práticas discriminatórias, porquanto deixa de focar a questão inerente ao deficiente físico, além de não fazer menção à discriminação oriunda da

natureza do trabalho realizado, que foram objeto de inserção no Texto Constitucional (art. 7º, XXXI e XXXII).

Todavia, a norma traz significativo avanço, na medida em que estabelece responsabilidade pré-contratual e contratual para o empregador que opte pela vedada prática discriminatória, aumentando a eficácia do respeito à dignidade humana da trabalhadora. Da lição de Viana, extrai-se que:

[...] nada diz a lei sobre o pós-contrato, talvez porque, aparentemente, já não haveria possibilidade prática de discriminação. Mas as aparências enganam: basta notar que o contrato pode continuar gerando efeitos que se estendem no tempo, como no caso da complementação de aposentadoria (VIANA, 2000, p. 357).

Comungamos do mesmo entendimento do notável mestre, e acrescentamos que, não se pode olvidar que, apesar de o contrato de trabalho se extinguir, seus efeitos discriminatórios podem persistir *a posteriori*. Com efeito, configura-se prática discriminatória o fato de o empregador, apesar de dispensar o trabalhador sem justa causa e pagar as indenizações decorrentes da modalidade de extinção do pacto laboral, inseri-lo em “lista negra” por razões discriminatórias camufladas, cuja hipótese está implicitamente prevista na Lei nº 9.029/95, o que, em contexto processual, requer a produção de prova robusta, porém não impossível. Caracterizada a lesão, e havendo omissão na norma infraconstitucional, nada impede que a reparação seja efetuada com suporte nos princípios fundamentais constitucionais da dignidade da pessoa humana e na valoração do trabalho. Ainda na esteira de Viana, citando Savigny:

[...] nenhum direito tem um fim em si mesmo. Ele não termina ali, nas palavras da lei: de certo modo escapa delas, em busca de seu destino. O direito sempre quer alguma coisa a mais do que o seu verbo diz. Tem uma alma, um espírito, um sentido que vai além dos desejos do seu titular. (2000, p. 358).

No contexto da Teoria das Liberdades, especificamente na liberdade do “quem”, conforme lição de Viana (2000), esta é sempre relativa, e no mundo do trabalho, o limite da liberdade contratual e pós-contratual do empregador encontra limite no direito da dignidade humana do trabalhador e no acesso ao trabalho digno, raízes fecundas da função social do direito laboral.

Sob a lupa processual, o fato de a Justiça do Trabalho ainda não ter reconhecida sua competência penal, nada obsta que a demanda envolvendo pedido de indenização por dano moral e material decorrente

de prática discriminatória seja instaurada perante o Judiciário Trabalhista, posto que a competência para processar e julgar ações indenizatórias que têm como pano de fundo o contrato de trabalho e a discriminação laboral é afeta à Justiça do Trabalho, conforme dispositivo constitucional (art. 114, VI, CF), lembrando, ainda, que a ação trabalhista, necessariamente, não se vincula ao provimento penal, tratando-se de ações independentes, bastando, apenas, a alegação/comprovação do ato discriminatório, para autorizar o “*start* processual” e o provimento final.

A norma não se encerra na sanção penal, fazendo alusão, também, a questões de ordem administrativa e civil. Sendo esta última, não obstante, a omissão normativa do prazo para validade da proibição de contratação de empréstimo ou financiamento junto aos órgãos públicos, tem-se que a matéria, ainda que assentada no contrato de trabalho ficará para análise do juízo competente, por força de exclusão contida no artigo 114 da CF.

No que diz respeito à multa de natureza administrativa referente a “dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% no caso de reincidência,” não obstante esta se reverter a favor dos cofres da União, a competência é trabalhista para sua imposição, consoante previsão contida no artigo 114, VII e IX da CF/88 e artigo 652 da CLT.

No âmbito trabalhista, a Lei nº.9.029/95 prevê, em caso de comprovada dispensa discriminatória, a faculdade de o empregado optar por duas alternativas reparatórias, ou seja, pelo pagamento de indenização simples e em dobro, consubstanciada no pagamento da remuneração do período do afastamento, com todas as vantagens, além de prever a hipótese de reintegração (não obstante valer-se do verbete readmissão).

Havendo opção pela hipótese contemplada no art 7º, I (reintegração), os efeitos do contrato de trabalho se restabelecem com pagamento da indenização prevista no citado dispositivo legal, não se confundindo com a hipótese de “estabilidade”, podendo o empregador, rescindir o pacto laboral a qualquer momento por motivos outros.

Lado outro, configurando-se discriminação pré-contratual, impõe-se a sanção prevista na Lei (artigo 7º, I e II), bem como o pagamento de indenização por dano moral, sem prejuízo do pagamento de indenização por dano material, na forma do art.186 do CCB c/c artigo 769 da CLT.

Além dos comandos constitucionais já enfatizados nesse artigo, que se referem à proteção antidiscriminatória trabalhista dos trabalhadores em geral, aí se incluindo as mulheres, o conjunto normativo brasileiro faz referência específica à trabalhadora/mulher através da Lei nº.9.029/95.

A Lei nº.9.799/99 cuidou de inserir a letra A no artigo 373 da CLT, proibindo impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em

razão de “sexo” (item V do dispositivo citado), bem como, no item I, veda a publicação de anúncio de emprego no qual haja referência ao “sexo”, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir.

Merece reflexão o fato de que a Justiça do Trabalho tem julgado inúmeros casos onde o empregador desrespeita a dignidade da pessoa humana ao exceder o limite do seu poder diretivo, quando efetua revistas íntimas com publicidade da prática discriminatória. Não se pode olvidar, também, em especial, a questão envolvendo o assédio moral e sexual praticado contra a mulher

3. 2 Discriminação contra o deficiente – tutela jurídica

Ainda sob a lente da evolução das tutelas antidiscriminatórias, pode-se dizer que, somente a partir da Constituição de 1988, o deficiente, até então alijado das oportunidades para colocação no mercado de trabalho, ganhou um olhar diferenciado por aplicação do princípio da isonomia jurídica positiva que impõe tratamento desigual aos desiguais.

A Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências, aprovada em 1975 pela Assembléia Geral das Organizações Unidas, trouxe como princípio maior a segurança econômico-social e um nível de vida descente para os portadores de deficiência física.

Na mesma linha, convergiu a OEA, com a Convenção Internacional para Eliminação de todas as formas de discriminação contra os deficientes, que foi ratificada pelo Brasil em 14.09.2000, e promulgada pelo Decreto nº 3.956/01. A Convenção nº.159 da OIT também já se preocupava com a reabilitação profissional e de emprego dos portadores de deficiências.

O artigo 7º, XXXI, da CF/88 consigna a tutela ao trabalhador portador de deficiência, ao proibir qualquer diferença no tocante a salários e critérios de admissão, cuidando ainda das reservas de vagas em relação aos cargos públicos (art.37, VIII, CF).

Em sede infraconstitucional, e ainda sob a lente da inclusão social, a Lei nº.7.853/89 merece destaque ao dispor sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências e a necessária integração social, assegurando-lhes o pleno exercício dos direitos individuais e sociais, considerando como valores básicos e fundamentais a igualdade de tratamento e de oportunidades.

Dando continuidade aos princípios da dignidade da pessoa humana e igualdade jurídica, dispõe o artigo 93 da Lei nº.8.213/91 que as empresas com mais de cem empregados devem reservar de 2 a 5% de seus cargos para os empregados reabilitados ou portadores de deficiências habilitados, sendo que a dispensa de trabalhadores reabilitados ou de deficientes

habilitados ao final do contrato por prazo determinado de mais de 90 dias, e a dispensa imotivada nos contratos por prazo indeterminado, condicionam, para efeito de validade, que o empregador proceda à contratação de substitutos que apresentem condições semelhantes, procedimento esse, que se impõe também para as empresas de trabalho temporário.

A lei, vigilante no seu escopo social, dita ainda que, se referido percentual resultar em número fracionário, dever-se-á buscar o percentual inteiro subsequente, mantendo-se o número de empregados da empresa que servirá de base para o cálculo do percentual, não se admitindo a utilização de critério que tenha por objetivo a exclusão de forma genérica de qualquer atividade ou função, sem se olvidar do critério da razoabilidade, já que determinadas funções não são passíveis de serem executadas por portadores de deficiência, carecendo, obviamente, de necessária fundamentação.

Pelo exposto, conclui-se que a tutela infraconstitucional dos direitos aos portadores de deficiência física, além de trazer um acentuado conteúdo jurídico-social, tem sua origem na harmonização e efetivação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica em parceria com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Objetivando o implemento dessas disposições normativas e a tutela do interesse coletivo e antidiscriminatório, o Ministério Público do Trabalho vem atuando de forma radarizada, sendo crescente o número de Ações Cíveis Públicas onde se discute essas situações. Na maioria das vezes, ancorando-se na efetiva aplicação da Lei específica e no contexto probatório, o provimento judicial tem sido favorável.

3.3 Discriminação contra o menor

O legislador constituinte, no artigo 7º, XXX, cuidou de tutelar a discriminação ao menor trabalhador, vedando qualquer desigualdade oriunda de diferença de salário, de exercício de admissão e função por motivo de idade, garantindo o inciso III do artigo 227 o acesso do trabalhador adolescente à escola.

Todavia, não obstante o arcabouço jurídico estabelecer posicionamento contrário à discriminação do menor trabalhador, é certo que o mesmo sistema constitucional, atento à aplicação do princípio isonômico da desigualdade positiva, assegura, em certas situações de cunho protetivo, tratamento diferenciado ao menor quando, por exemplo, proíbe trabalho em jornada noturna, em local perigoso ou insalubre (art.7º, XXXIII da CF) ou, ainda, deferindo especial atenção à proteção da criança e do adolescente (art.227/CF).

Ampliando a rede protetiva e não-discriminatória contra o

trabalhador menor, a Emenda Constitucional nº.20, regulamentada pela Lei nº.10.097/2000, fixou o limite de 16 anos como idade mínima para o trabalho.

3.4 Breves considerações sobre outras modalidades de discriminação na ordem laboral

A jurisprudência trabalhista, em boa hora, e voltada para a aplicação dos princípios constitucionais fundamentais, vem evoluindo, no sentido de entender como prática discriminatória a dispensa de trabalhador aidético (HIV-soro positivo) e o trabalhador que sofre de câncer.

Ainda com relação aos incisos VI e XXXII do artigo 7º da CF que dispõem, respectivamente, sobre a garantia de piso salarial proporcional à extensão e a complexidade do trabalho e a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, ensina Delgado que a interpretação harmônica desses dois preceitos superou a antiga discussão acerca da validade, ou não, de se estabelecer pisos salariais para categoria profissional por preceito inserto em acordo ou convenção coletiva ou através de sentença normativa, ao afirmar que:

[...] é interessante perceber que os dois dispositivos combinados (art. 7º, VI e XXXII, CF/88) têm dado suporte a uma citação isonômica contemporânea de grande impacto social, já que abrangente de uma crescente situação laboral criada no mercado de trabalho: a situação de terceirização. (DELGADO, 2000, p. 107).

Para o mestre Godinho, em se tratando de situação de trabalhadores terceirizados exercentes de funções equivalentes àquelas realizadas por empregados de empresas tomadoras de serviços, por imposição do parâmetro constitucional, seria mais justo aplicar o chamado “salário eqüitativo”, que melhor se ajusta ao critério de equivalência isonômica entre os respectivos profissionais. Essa diretriz já vem sendo adotada pelos aplicadores da lei na justiça laboral.

Alargando a matriz isonômica constitucional, o legislador inseriu no inciso XXXIV do artigo 7º da CF a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Revela-se ainda discriminatória, a meu ver, s.m.j, a posição jurisprudencial adotada pela Colenda Corte Trabalhista (Súmula 363/TST), no sentido de vedar o pagamento de parcelas trabalhistas clássicas aos empregados dispensados que foram contratados sem a observância do requisito do concurso público.

4 CONCLUSÃO

A dignidade humana constitui, a um só tempo, pressuposto e condição para que se viva em sociedade impondo limites ao poder de autoridade, quer sob a ótica de admiti-la, quer sob o rótulo de distingui-la. Assim, nenhum direito é tão fundamental quanto o direito de não ser discriminado.

O novo desafio que se descortina na sociedade democrática é o de aprimorar a prática social, no sentido de evitar que as ações humanas antidiscriminatórias se reproduzam e, em sede trabalhista, que as ações praticadas sob o manto diretivo patronal sejam limitadas, trazendo para o mundo laboral os atores empregados e empregadores como partícipes de um processo corporativo de transformação social e evolução humana. Onde se pratica a verdadeira justiça social, não há espaço para o temor a práticas discriminatórias.

Concluindo, esse artigo não encerra a questão, apenas aduba o terreno das reflexões, convidando os operadores e estudiosos do direito para um olhar pontual sobre o tema aqui abordado em prol de uma sociedade menos desigual e mais justa, como tão bem defendeu Ruy Barbosa em sua *Oração aos Moços*:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: VIANA, Marcio Túlio; RENAUT, Luiz Otávio Linhares. (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2000. p. 36-76.

DELGADO, Mauricio Godinho. Proteção contra a discriminação na relação de emprego. In: VIANA, Marcio Túlio; RENAUT, Luiz Otávio Linhares. (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2000. p. 97-108.

KANT, Immanuel. **Direito e estado no pensamento**. 2.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. O princípio da igualdade e a discriminação do trabalhador. **Jus Navigandi**, maio 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3097&p=2> Acesso em: 15 nov. 2007.

MORAIS, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. O princípio da não-discriminação e suas aplicações à relação do trabalho. **Jus Navigandi**, jun. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8950>. Acesso em: 20 nov. 2007.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios do direito do trabalho**. São Paulo: LTR, 1978.

REIS, Daniela Muradas. A nova lei de falência: aspectos inovadores no direito do trabalho e o Princípio da Proporcionalidade. **Revista LTR**, v. 69, n. 7, p. 858-862, jul. 2005.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais de administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

VIANA, Márcio Túlio. Proteção contra discriminação na relação de emprego e a proteção trabalhista contra os atos discriminatórios: análise da Lei nº. 9.029/95. In: VIANA, Marcio Túlio; RENAUT, Luiz Otávio Linhares. (Coords.). **Discriminação**. São Paulo: LTR, 2000. p. 354-367.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL SINDICAL NO PROCESSO DO TRABALHO

Vitor Salino de Moura Eça*

1 INTRODUÇÃO

Nossa Constituição Federal, em deliberada tentativa de promover a dignidade da pessoa humana, estabeleceu dentre seus princípios fundamentais os *valores sociais do trabalho*, categoria jurídica que permite a exigência de prestações do Estado. Assim, cabe a este a criação de mecanismos para sua efetivação, tais como: o direito de petição, consubstanciado na alínea *a*, do inciso XXXIV, e o direito de ação, inciso XXXV, ambos do artigo 5º/CF, apenas no âmbito processual, ou seja, dentro de nossa abordagem, sendo eles comuns a todos os cidadãos brasileiros, bem como aos estrangeiros que vivem em nosso solo.

Fez mais, contudo, pelos atores do mundo do trabalho, seguindo o princípio da *universalidade*, característico dos direitos fundamentais, porquanto a dignidade do homem é assegurada não apenas com as garantias inerentes à sua condição existencial, mas também por meio da efetivação de direitos de natureza econômica, que lhes são decorrentes e fatores de estruturação do primeiro. Destarte, empregados, empregadores, dentre outros trabalhadores, podem ter seus direitos exercidos não só diretamente, pelas modalidades supra mencionadas, mas também por intermédio das entidades sindicais, conforme inciso III, de seu artigo 8º, que trata dos direitos sociais.

Este permissivo constitucional mereceu, num primeiro momento, tímida interpretação por parte das cortes brasileiras, o que lhe restringia seu amplo espectro. Todavia, ao longo dessas quase duas décadas de vigência de nossa norma maior, o instituto amealhou crescente espaço no mundo jus-trabalhista, com nítido elastecimento jurisprudencial e acréscimos no direito positivo.

O ensejo da aproximação do vigésimo aniversário de nossa Carta Magna convida a doutrina processual do trabalho a refletir sobre esse avanço, bem como a ocupar o espaço que lhe pertence com exclusividade. E este trabalho objetiva demonstrar como o mencionado avanço se estabeleceu, e qual a tendência de aplicação do instituto perante a Justiça do Trabalho.

* Juiz do Trabalho no TRT da 3ª Região–Minas Gerais. Doutor em Direito Processual pela PUC-Minas, onde é Professor Adjunto III de Direito Processual do Trabalho, no Curso de graduação e de Direito Processual do Trabalho Comparado, no Curso de pós-graduação.

2 SUBSTITUIÇÃO E TÉCNICA PROCESSUAL

A técnica processual fixa que ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, nos termos do art. 6º/CPC, de integral aplicação no processo do trabalho.

Antes de tudo, convém explicitar quem poderá ser *parte*, sendo que tal conceito ainda causa perplexidade entre os operadores do direito, na medida em que está jungido à idéia de legitimação, situação que, sob certa perspectiva, o aproxima da conceituação de direito material. Entretanto, tal conceito tem caráter apenas processual. E assim, devemos entender como *parte* a pessoa credenciada para atuar a lei em juízo¹, ou o sujeito do contraditório instituído perante o Juiz (LIEBMAN, 1992, p. 81-82).

Note-se que, embora o comando legal preveja a necessidade de autorização legislativa para a substituição processual, não há obrigatoriedade que essa autorização seja *expressa*, como ocorre no direito processual italiano, adiante mencionado, onde o advérbio, *expressamente*, consta da norma. Com efeito, a norma brasileira visa apenas vedar a *substituição processual voluntária*, ou seja, aquela derivada de ato volitivo entre o substituído e o substituto.

Importante ainda distinguir que não se pode confundir a substituição processual com a substituição da parte, sendo esta última a que ocorre quando o direito controvertido se torna, no curso do processo, objeto de transferência de titular. E o que nos interessa agora é, efetivamente, a substituição processual. Tampouco se pode confundir com a *representação*, pois quem atua no processo em nome alheio não é parte nem substituto.²

¹ A parte é o agente processual do DEVER-SER jurídico e não o SER jurídico que é a LEI em si mesma. E a parte constitucionalmente legitimada é o agente do dever-ser normativo (devido processo legal) que se concretiza na procedimentalidade (efeito expansivo) para a criação (legiferação) ou definição (judicação) do direito (LEAL, 2.001, p. 72)

² Sobre tal distinção, à propósito, a lição do célebre Professor da Universidade de Roma, Giuseppe Chiovenda, a quem a ciência processual deve não só a concepção do instituto da *substituição processual*, na década de 20 do século passado, no *Principi di Diritto Processuale Civile*, mas também a distinção aqui aludida, que apenas ganhou o mundo nas Instituições. Acresça com magistralidade reconhecida: "As posições fundamentais e secundárias acima examinadas assume-as normalmente a própria pessoa que se afirma titular da relação deduzida em juízo. Mas excepcionalmente assume-as pessoa que não se afirma e apresenta como sujeito da relação substancial em litígio. Como no direito substancial casos se verificam em que se admite alguém a exercer no próprio nome direitos alheios, assim também outros podem ingressar em juízo no próprio nome (isto é, como parte) por um direito alheio. Ao introduzir e analisar essa categoria porfiei em definir-lhe o caráter, atribuindo-lhe a denominação de *substituição processual*. Categoria e denominação hoje aceitas por todos... Muitos dos casos por mim incluídos em tal categoria são comumente explicados como casos de *representação*; mas, conquanto se produzam, aí, alguns efeitos análogos aos da representação, não é de representação que se trata, de vez que o representante processual age em nome de outro, de sorte que parte na causa é, na verdade, o representado; ao passo que o substituto processual age em nome próprio e é parte na causa" (CHIOVENDA, 2000, p. 300-301).

Substituição processual é, então, o fenômeno jurídico-processual que ocorre quando, por expressa autorização legal, alguém pleiteia em juízo, ou defende, em nome próprio, direito alheio (ZANGRANDO, 2007, p. 598).

Trata-se, pois, de legitimação extraordinária, caracterizada pela imprescindibilidade de autorização legislativa. Vale dizer: na legitimidade ordinária as partes são os mesmo sujeitos da relação de direito material, enquanto na legitimação extraordinária, inexistente tal identidade.³

Importante notar que a legitimação extraordinária é o gênero da qual a substituição processual é uma espécie, e que a doutrina a classifica, com o fito de motivar sua compreensão. Assim, ela é *autônoma* quando a presença do legitimado extraordinário é indispensável à regularidade do contraditório; é *autônoma exclusiva* quando a lei confere ao legitimado extraordinário *status* de parte principal, sendo meramente acessória a presença da parte que seria, *a priori*, legitimada ordinária no processo; *autônoma concorrente primária*, quando, para a formação regular do contraditório, é indiferente a presença concomitante ou isolada do legitimado extraordinário ou do ordinário e a lei não estipula a observância de um prazo de inércia do legitimado ordinário para que os legitimados extraordinários possam agir; *autônoma concorrente subsidiária*, quando, além da indiferença anteriormente mencionada, a legislação exige a observância de um prazo de inércia do legitimado ordinário para que quem detém a legitimação extraordinária possa agir e *subordinada*, quando é exigida a presença do legitimado ordinário para a formação regular do contraditório, sendo permitida, contudo, a participação dos legitimados extraordinários como partes acessórias na lide (MOREIRA, 1969, p. 12).

Não são raros os exemplos dessa autorização legislativa, inclusive nos casos de pessoas com total capacidade de estar em juízo, como os advogados, detentores de *ius postulandi*, mas que podem ser substituídos pela Ordem dos Advogados do Brasil, nos moldes do inciso II, do art. 44, da Lei nº 8.906/94.

Não é diferente no Código de Defesa do Consumidor, onde há extenso rol de legitimados, art. 82, da Lei nº 8.078/90, a propor, em nome próprio e no interesse das vítimas e seus sucessores, demanda tendente a buscar a responsabilização dos causadores do dano.

Naturalmente que os trabalhadores e seus assemelhados, assim

³É interesse de toda a sociedade e, naturalmente, também do Poder Judiciário, atuar o direito do modo mais exauriente possível. Assim, quanto mais ampla for a universalidade de direitos (coletivamente representados), maior será a legitimação extraordinária. Esta situação está em sintonia com o direito abstrato de ação, com o caráter publicista do direito processual, e ainda com a matriz constitucional que nos recomenda a duração razoável do processual. E esta realidade somente poderá ser atingida plenamente por meio da substituição processual.

como os empregadores e ainda os titulares dos direitos elencados nos diplomas aludidos poderão exercer os respectivos direitos diretamente, sobretudo porque permanecem na qualidade de titulares da pretensão, mas, sempre que se tratar de interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais,⁴ de natureza indivisível, de que sejam titulares os integrantes da categoria, pode e deve o sindicato atuar na qualidade de substituto processual, assim como nos casos de interesses ou direitos individuais homogêneos, ou seja, os decorrentes de origem comum.⁵

Uma vez efetivada a substituição processual, qual o limite de atuação do substituto? Em princípio não lhe é permitida a realização de atos de disposição de direitos, como o reconhecimento de pedidos e a renúncia. Tampouco poderá reconvir, de acordo com o parágrafo único do art. 315/CPC, regra pela qual *não pode o réu, em seu próprio nome, reconvir ao autor, quando este demandar em nome de outrem*, sendo oportuno destacar a harmônica compatibilidade deste preceito com o processo do trabalho, art. 769/CLT.

A conciliação, no entanto, pode e deve ser incentivada. Além de ser um dos primados da Justiça do Trabalho, nos moldes do *caput* do art. 764/CLT. Tanto é assim que vários fatores demonstram a busca incessante pela conciliação no processo do trabalho, tal como a permissão legal para que as partes celebrem acordo, mesmo após a decisão com resolução de mérito (§ 3º, do art. 764/CLT), a exigência de tentativa conciliatória extrajudicial para que se ajuíze demanda trabalhista, quando houver CCP (art. 652-D/CLT, e assim por diante (AMORIM, 2004, p.86). O sindicato na qualidade de substituto processual deverá ter elevadíssimo senso de oportunidade e conveniência ao entabular qualquer conciliação, devendo a controvérsia ser caracterizada pela *res dubia*, porquanto não poderá ele renunciar direitos dos substituídos.

Essa perspicácia deve mesmo ser a tônica da performance sindical, pois em sua inestimável missão institucional jamais pode o sindicato oferecer ao integrante da categoria menos do que ele obteria ajuizando a demanda diretamente, ou seja, suportando diretamente os ônus econômicos, físicos e emocionais para o manejo de uma postulação judicial em face de seu empregador.

A substituição processual não é, entretanto, exclusiva dos sindicatos, sequer no processo do trabalho. O Ministério Público do Trabalho, bem como inúmeros outros entes poderão funcionar na qualidade de

⁴ Temos os interesses transindividuais como gênero, do qual são espécies os direitos difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

⁵ Interessante observar que a legitimação extraordinária é ampla, atingindo não só os direitos trabalhistas *stricto sensu*, mas também outros, de lhes são decorrentes, tais como os ligados à saúde, proteção e bem estar do trabalhador, a dignidade individual ou coletiva dos mesmos, e assim por diante.

substitutos, consoante a natureza da pretensão formulada, por conta do princípio da presunção de legitimidade *ad causam* ativa, pela afirmação do direito tutelável.

Antes de concluir este tópico, imprescindível abordar a litispendência e a coisa julgada, no sentido de se saber se os mencionados institutos atingem os substituídos.

Considerando-se que para haver litispendência é necessária a identidade de partes, a resposta deveria ser negativa. Entretanto, o direito aplicado não caminha nesse sentido, como regra. Talvez por uma questão de política judiciária, e a fim de não fomentar a insegurança jurídica e a multiplicidade de ações, até porque o desiderato da busca da tutela jurisdicional é coincidente. Assim, ainda que a identidade de partes não seja plena, o entendimento existente indica sua irrelevância, sempre a pretensão deduzida pelo substituído for idêntica àquela verificada na demanda aforada pelo substituto.

No mesmo sentido, quanto aos efeitos da coisa julgada, sobretudo nas substituições de caráter individual, onde o efeito *ultra partes* emerge de modo bem agudo, projetando-se sobre o patrimônio jurídico do substituído, sempre que a decisão judicial lhe seja benéfica. E inexistindo êxito nos pedidos formulados pelo sindicato, em demanda cuja pretensão sejam direitos individuais homogêneos, os efeitos da decisão são suportados apenas pelos substituídos que intervieram no processo.

3 NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL

Parte da doutrina afirma que a Constituição Federal legitima o sindicato em duas oportunidades para agir como substituto processual. A primeira na alínea *b*, do inciso LXX, de seu art. 5º, quando assegura que o *Mandado de Segurança Coletivo* pode ser impetido por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

A outra hipótese é a capitulada no artigo 8º, que trata dos direitos sociais, facultando a associação e conferindo ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria,⁶ inclusive em

⁶A categoria profissional ou econômica é uma realidade abstrata criada por lei, sem personalidade jurídica. O legislador, além de criar a categoria como instituto jurídico, a reconhece como sujeito de direitos. Esta assertiva encontra suporte na própria CLT que em seu artigo 617 atribui legitimidade a grupo inominado (parte da categoria), para a celebração de acordo coletivo, quando o sindicato, federação ou confederação não assumirem a direção da negociação coletiva. O art. 8º, III da CF/88, também corrobora esse entendimento ao atribuir aos sindicatos a defesa dos direitos individuais e coletivos da categoria. Assim, aplicando-se a teoria do superamento ou desconsideração da personalidade jurídica em desenvolvimento pela doutrina, reconhece-se na categoria a capacidade de ser parte, tanto

questões judiciais ou administrativas.

Não acreditamos, contudo, que no primeiro caso estejamos diante de *substituição processual* típica, porquanto não é dado aos atores sociais trabalhistas a interposição do mandado de segurança coletivo de outra forma. Cabe, com exclusividade, conforme preceito constitucional, apenas aos sindicatos e aos partidos políticos.

4 NORMATIVIDADE INFRACONSTITUCIONAL

A normatividade infraconstitucional em matéria de substituição processual, pelo sindicato, nos remete a demandas que são nossas antigas conhecidas, porquanto tipificadas na CLT. Aliás, a injustamente criticada Consolidação é pioneira, no Brasil, em normatividade de substituição processual, porquanto o antigo Código de Processo Civil, de 1939, não dispunha sobre a matéria. Entre nós, portanto, o instituto somente veio à luz em 1943, justamente com a CLT.

O § 2º, do art. 195, deste diploma, aduz que argüida em juízo insalubridade ou periculosidade, seja por empregado, *seja por sindicato em favor de grupo de associados*,⁷ o Juiz designará perito habilitado na forma do artigo, e, onde não houver, requisitará perícia ao órgão competente do Ministério do Trabalho.

As demais hipóteses correspondem à demandas típicas, quais sejam: dissídio coletivo e ação de cumprimento.

O artigo 857/CLT afirma que a representação para instaurar a instância em dissídio coletivo constitui prerrogativa das associações sindicais, excluídas as hipóteses aludidas no art. 856 (Presidente do Tribunal e MPT⁸), quando ocorrer a suspensão do trabalho. E considerando-se que instauração processual por parte do magistrado é incompatível como o modelo de Estado adotado pelo Brasil, temos que os sindicatos e o MPT são os únicos legitimados (por meio de substituição processual) para a propositura do dissídio coletivo, além das partes, é claro.

A Lei nº.7.316/1.985 permite ainda à Confederação Nacional das

no sentido material, como titular de direitos materiais, como no sentido processual, personificada como sindicato; “ente” necessário para expressar a vontade da categoria. Por isso a afirmação de que o sindicato é a própria categoria organizada (DUBUGRAS, 1998, p. 65).

⁷ Já houve a interpretação de que apenas os associados do sindicato poderiam ser substituídos por este, todavia o TST, por meio da Res. 121/2003 cancelou o verbete 271, de sua Súmula, reconhecendo a legitimidade do sindicato para substituir toda a categoria.

⁸ A regra do artigo 856/CLT, não se acomoda com o princípio da disponibilidade da demanda, consagrado pela Constituição Federal, para o exercício do direito de ação no âmbito do Estado Democrático de Direito, porquanto não é mais possível que o magistrado imponha à parte tal ônus processual. O artigo 8º, da Lei nº 7.783/89 o derogou. Assim, a demanda somente poderá ser proposta por iniciativa das partes ou, de forma supletiva, pelo Ministério Público do Trabalho.

Profissões Liberais a representatividade reconhecida aos sindicatos de categorias profissionais diferenciadas, tanto em ações individuais como coletivas, porém apenas em relação aos profissionais liberais. Sendo, portanto, a confederação integrante do chamado sistema confederativo, temos a hipótese como de substituição processual sindical.

A ação de cumprimento é mais uma modalidade de substituição processual, sendo ainda genuinamente trabalhista. Prevista no artigo 872/CLT, cujo *caput* preceitua que celebrado o acordo, ou transitada em julgado a decisão,⁹ seguir-se-á o seu cumprimento sob as penas estabelecidas, enquanto seu parágrafo único atesta que quando os empregadores deixarem de satisfazer o pagamento de salários, na conformidade da decisão proferida, poderão os empregados *ou seus sindicatos*, independente da outorga de poderes de seus associados, juntando certidão de tal decisão, apresentar reclamação à Vara do Trabalho competente, na medida em que a sentença normativa não comporta execução direta, e sim ação de cumprimento.

A jurisprudência inclusive tratou de ampliar o espectro da referida norma. A súmula do TST, por seu verbete 286, entende que a legitimidade do sindicato para propor ação de cumprimento estende-se também à observância de acordo coletivo, ou de convenção coletiva de trabalho.

A extensão promovida pela súmula é perfeita, em nada atentando contra o quanto já aqui assentado, no sentido de que somente por meio de autorização legislativa expressa a substituição processual pode ser admitida. Isso porque, consoante interpretação sistêmica da norma processual trabalhista, temos a demanda típica prevista no parágrafo único do art. 872/CLT, qual seja a ação de cumprimento, veio à luz pela Lei nº.2.275, de 20 de julho de 1954, com o fito de complementar o *caput* da norma, permitindo um meio objetivo de se efetivar o cumprimento da sentença normativa, vez que esta não se refere a um título executivo propriamente dito, diante de sua natureza jurídica.

O acordo e a convenção coletiva não estavam previstos na hipótese descrita no *caput* do artigo 872/CLT, porquanto tais institutos somente vieram a ser incorporados ao patrimônio jurídico dos trabalhadores e empregadores pelo Decreto-Lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967, que alterou a redação do artigo 611/CLT. Hoje, inclusive, contam com garantia constitucional de reconhecimento, conforme inciso XXVI, do art. 7º e inciso

⁹ A OJ 277, da SDI-I/TST, trata da ação de cumprimento fundada em decisão normativa que sofreu posterior reforma, quando já transitada em julgado a sentença condenatória, estando que: a coisa julgada produzida na ação de cumprimento é atípica, pois dependente de condição resolutiva, ou seja, da não modificação da decisão normativa por eventual recurso. Assim, modificada a sentença normativa pelo TST, com a conseqüente extinção do processo, sem resolução de mérito, deve-se extinguir a execução em andamento, uma vez que a norma sobre a qual se apoiava o título exequendo deixou de existir.

VI, do artigo 8º, ambos da Constituição Federal.

Temos, assim, única *mens legis*. Andou bem, portanto, o TST. E melhor ainda quando estabeleceu na súmula 246, que é dispensável o trânsito em julgado da sentença normativa para a propositura da ação de cumprimento.¹⁰ A sentença normativa poderá ser objeto de cumprimento a partir do 20º dia subsequente ao do julgado, com base no acórdão ou na certidão de julgamento, nos moldes do § 6º, do art. 7º, da Lei nº.7.701/88, junto ao TST. E na esfera de competência dos Tribunais Regionais também, entretanto, nestes, com fulcro no artigo 8º, da mesma norma.

A *Ação Civil Pública*, que entre nós deveria ser tipificada como *Ação Trabalhista Pública*, prevista na Lei nº7.347/1.985, tem lugar, conforme inciso IV, de seu artigo 1º, para tutelar além do meio ambiente, os direitos do consumidor, os bens artísticos, dentre outros, mas também *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*, seara em que se incluem os direitos dos trabalhadores.

O artigo 5º, da norma apontada, elenca os legitimados para a propositura da *Ação Trabalhista Pública*. Em primeiro lugar o Ministério Público (para nós o MPT), assim como as pessoas jurídicas de direito público interno e autarquias, fundações, sociedades de economia mista ou *associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil*.

Não há a menor dúvida que os sindicatos amparam-se nesta última condição para o adequado manejo da *Ação Trabalhista Pública* (repetimos a tipificação peculiar para sedimentação da idéia), como substitutos processuais, para a busca de satisfação dos interesses difusos e coletivos dos integrantes da categoria que representam, ou, ao menos, de seus associados.

Além da adequação normativa para a atuação do Ministério Público do Trabalho, decorrente da própria norma, a Lei Complementar nº.75, de 20 de maio de 1993, que após a Constituição Federal regulamentou as atividades do MPT, corrobora o entendimento, salientando em seu artigo 83, que compete ao MPT o exercício das atribuições que enumera, junto aos órgãos da Justiça Especializada, dentre elas, conforme inciso III, *promover a ação civil pública¹¹ no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos*, afastando qualquer dúvida eventualmente

¹⁰O sindicato poderá ajuizar a ação, independentemente da outorga de poderes dos substituídos. Isto quer dizer que o sindicato ajuíza ação em nome dos substituídos, mas não necessita de procuração para postular em juízo. Apenas os associados serão substituídos pelo sindicato e não a categoria. Há necessidade, contudo, de se apresentar a relação dos substituídos, sob pena de indeferimento da inicial (MARTINS, 2007, p. 912).

¹¹Sonhamos ainda ver os legitimados à Ação Civil Pública, ao ajuizar tal demanda perante a Justiça do Trabalho, escolherem o *nomem iuris* de *Ação Trabalhista Pública*.

remanescente quanto à sua legitimidade.

Na seqüência cronológica, é imprescindível lembrar que decorrido menos de um ano desde a promulgação da atual Constituição Federal, entrou em vigor a Lei nº.7.788, de 3 de julho de 1989, que expressamente autorizava os sindicatos a atuarem como substitutos processuais da categoria, estabelecendo ainda *não haver eficácia a desistência, a renúncia e transação individual*. Apesar do exagero em cercear a liberdade individual, parecia uma vitória, na época. Afinal, a autorização legal havia aparecido. No ano seguinte, no entanto, a discussão voltou, pois a Lei nº 8.030/90, ab-rogou a Lei nº.7.788/89, fazendo desaparecer a chancela legislativa. Logo após, o Presidente da República vetou os principais artigos da Lei nº.8.073, que instituía uma Política Nacional de Salários, mas sancionou o artigo 3º, que mais uma vez concedia às entidades sindicais a mesma autorização, sem as restrições individuais da antiga lei (CARNEIRO PINTO, 2004, p. 258).

Outra norma posterior à Constituição Federal e que também, expressamente, outorga poderes de substituição processual ao sindicato é a prevista na Lei nº.8.036/90, que atualmente rege o FGTS. Seu artigo 25 aduz que poderá o próprio trabalhador, seus dependentes e sucessores, *ou ainda o Sindicato a que estiver vinculado*, acionar diretamente a empresa por intermédio da Justiça do Trabalho, para compeli-la a efetuar o depósito das importâncias devidas nos termos da lei.

Além das fontes legislativas indicadas, outras disposições condicionam¹² a substituição processual sindical, notadamente no que tange à legitimidade do organismo sindical para o processo.

A OJ 15, da SDC/TST, assim preceitua: A comprovação da legitimidade *ad processum* da entidade sindical se faz por seu registro no órgão competente do Ministério do Trabalho, mesmo após a promulgação da Constituição federal de 1988. No mesmo sentido a OJ 22, também da SDC/TST, que a firma que para haver legitimidade *ad causam* do sindicato, é indispensável a correspondência entre as atividades exercidas pelos setores profissional e econômico envolvidos.

Igualmente trata do assunto a OJ 23, da mesma SDC/TST, nos seguintes termos: A representação sindical abrange toda a categoria, não comportando separação fundada na maior ou menor dimensão de cada ramo ou empresa.

Outras limitações ainda imperam no TST. A mesma SDC exige, segundo sua OJ 29, o edital de convocação da categoria e a respectiva

¹²Em passado relativamente recente, havia a OJ 24, da SDC/TST, que exigia, para a proposta de dissídio coletivo, que houvesse prévia negociação coletiva, nas chamadas *mesas redondas*, perante a DRT, como verdadeira condição da ação, a ensejar inválida limitação à substituição processual. Felizmente acabou cancelada em 31 de março de 2004, por violar o § 2º, do art. 114/CF.

ata de AGT como peças essenciais á instauração de processo de dissídio coletivo, ou seja, estabelecendo verdadeiras condições da ação extralegais, fato agravado se considerarmos que cabe apenas à União legislar sobre direito processual.

Volta a ser conservadora a SDC/TST na OJ 35, asseverando que se os estatutos da entidade sindical contam com norma específica que estabeleça prazo mínimo entre a data de publicação do edital convocatório e a realização da assembléia correspondente, então a validade desta última depende da observância desse interregno, em injustificável intervenção na ordem privada, totalmente incompatível com a liberdade de associação e com os princípios estabelecidos para o Estado Democrático de Direito.

5 SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL DO DIREITO ESTRANGEIRO

Como vimos, por conta do magistério de Chiovenda, que concebeu o instituto, o Código de Processo Civil Italiano (aplicável em matéria trabalhista) foi um primeiros a incorporar o instituto, o fazendo em seu artigo 81, que diz, *verbis*: *Fora dos casos expressamente previstos pela lei, ninguém pode valer-se em nome próprio de direito alheio* (ITÁLIA, 2000, p. 43).

O Código de Processo do Trabalho Português, Decreto-Lei nº.480, de 9 de novembro de 1999, preceitua em seu artigo 5º, que: *As associações sindicais e patronais são partes legítimas como autoras nas ações relativas a direitos respeitantes aos interesses coletivos que representam*. Dispõe mais, que: *As associações sindicais podem exercer, ainda, o direito de ação, em representação e substituição de trabalhadores que o autorizem [...] passando a enumerar as hipóteses de cabimento*.

Ao final, afirma que se verificando o exercício do direito de ação por parte do sindicato, na qualidade de substituto processual, os titulares do direito somente poderão intervir no processo na qualidade de *assistente* (PORTUGAL, 1999, p. 863).

No sistema argentino, a substituição processual é disciplina pela Lei nº.23.551, 22 de abril de 1988, a chamada *Lei das Associações Sindicais*, sendo disposta de dupla forma. A primeira, na forma de seu artigo 23, afirma que qualquer associação de trabalhadores adquire personalidade jurídica com seu registro e, a partir daí, pode substituir seus associados, em interesses individuais, a pedido dos respectivos titulares. Paralelamente, nas questões de direito coletivo, apenas as entidades sindicais propriamente ditas (*asociación sindical com personería gremial*), nos moldes do art. 31 da aludida lei, poderão substituir os trabalhadores processualmente.

Estas últimas conservam, entretanto, concorrentemente, o poder de substituição dos trabalhadores na defesa de interesses individuais, além

da possibilidade de atuar em nome de toda a categoria, e não apenas dos associados.

Em quaisquer dos casos, contudo, há necessidade de autorização expressa do titular do direito (ARGENTINA, 2006, p.149).

6 A JURISPRUDÊNCIA DO TST E DO STF

Inicialmente a jurisprudência do TST era refratária à substituição processual, chegando a negar, frontalmente, a aplicação do instituto constitucional, bem como sua própria existência.

Vejamos os elucidativos exemplos trazidos nos arestos transcritos, já em plena vigência da Carta de 1988, onde, no primeiro caso há efetiva negação de curso ao comando constitucional, enquanto no segundo a substituição processual, pelo sindicato, só tem lugar nas hipóteses onde a norma infraconstitucional autoriza,¹³ em esdrúxula situação na qual a norma inferior impõe limite à maior e não apenas a condiciona.

SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. 1. A substituição processual só é permitida nos casos previstos em lei. O art. 8º, III, da Constituição Federal não trata de substituição e, sim, de representação. 2. Preliminar de ilegitimidade de parte acolhida, julgando-se extinto o processo sem julgamento do mérito. TST. 1ª T. RR 23.187/91.2. Rel. Min. Giacomini. DJU de 6/2/1.992, p. 2.493.

Neste outro julgado, o entendimento de que a substituição processual somente poderia se dar nos casos anteriormente assentados na legislação, ou seja, tornando a matriz constitucional ineficaz. O único avanço que a Corte admitia era quanto à extensão dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida pela entidade sindical. Assim, após o advento da CF/88, pelo entendimento da época, passou o ente coletivo a poder substituir toda a categoria e não apenas os associados.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. Art. 8º, item III, da Constituição Federal. A substituição processual, no âmbito do processo trabalhista, não perdeu a característica de instituto excepcional, estando limitada às hipóteses expressamente previstas em lei: ação de cumprimento, ação visando à caracterização e cobrança do adicional de insalubridade ou periculosidade e, finalmente, ação de cobrança de reajuste automático decorrente de legislação salarial (art. 872, parágrafo único, e 195, § 2º da CLT e Lei nº7.238/84, art.

¹³Note-se injustificada negação de aplicabilidade ao preceito constitucional, como se ele próprio carecesse de autorização legislativa (ordinária), para que tivesse vigência, quando, em verdade, é auto-aplicável.

3º, § 2º, respectivamente). O art. 8º, III da CF limitou-se a ampliar a substituição em foco, que pode abranger, agora, toda a categoria e não apenas aos associados do sindicato-autor. TST. 3ª T. RR 19.523/90.1. Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas. DJU de 6/3/92, p. 2.500.

O posicionamento revelado em tais ementas era tão arraigado que no ano seguinte aos julgamentos mencionados, o Tribunal Pleno do TST criou a Resolução nº.1/93, publicada no DJ de 6 de maio de 1993, estabelecendo a famigerada Súmula 310, que representou, por mais de uma década, injustificada restrição ao comando constante do inciso III, do art. 8º/CF, na medida em que a Corte não admitia a substituição processual plena por parte dos sindicatos, opondo-lhe inúmeros embaraços.

Eis o seu texto, agora cancelado pela Res.119, de 1º de outubro de 2003.

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. I - O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. II - A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis nº 6.708, de 30.10.1979, e 7.238, de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 03.07.1989, data em que entrou em vigor a Lei nº 7.788/1989. III - A Lei nº 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV - A substituição processual autorizada pela Lei nº 8.073, de 30.07.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI - É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII - Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.

A situação permaneceu assim até que o Supremo Tribunal Federal, em maio de 1993, apreciando o célebre Mandado de Injunção 347-5, cujo

autor era um sindicato catarinense, rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa. Novamente o STF, no RE 202063-0-PR, de relatoria do Min. Octávio Gallotti, repetiu o entendimento. E noutras oportunidades renovou a posição da Corte, que ia se solidificando.

Foi assim em 26 de setembro de 1995, no julgamento do agravo regimental em agravo de instrumento nº.153148-8, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, que tinha como agravado o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Curitiba, no qual o STF consagrou a substituição processual sindical, posição essa repetida em inúmeros julgados que se seguiram, tais como os RREE nº. 93.503, 193.579, 208.983 e assim por diante.

Diante disso, o TST passou a rever o seu entendimento em torno do tema, culminando com o cancelamento da Súmula 310, nos moldes retro referidos.

O Tribunal Superior do Trabalho passa, então, a adotar postular liberal, aceitando a substituição processual sem as resistências de outrora, embora sem ostentar a esperada interpretação ampliativa.

Vejamos como a Corte maior trabalhista passou a tratar a matéria:

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. A substituição processual pelo sindicato obreiro é legítima no caso de direitos individuais homogêneos. Como evolução natural, este Colegiado cancelou a Súmula nº. 310, por meio da Resolução nº. 119, publicada no Diário da Justiça de 1º. 10.2003. Decorre daí que a posição ora adotada reflete a melhor interpretação dada ao artigo 8º, III, da Constituição Federal. TST, 2ª T. RR – 1.793/2003-004-03-00.4. Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva.

Mais ainda, com a superação da Súmula 310 do TST e da nova jurisprudência consolidada na Corte, na esteira do posicionamento do STF, de o inciso III do artigo 8º da Constituição ter contemplado autêntica hipótese de substituição processual *generalizada*, passou o TST a dispensar a relação dos substituídos,¹⁴ a outorga de mandato, na medida em que é o substituto que detém legitimação anômala para a demanda, e o alcance subjetivo dela não se restringe mais aos associados da entidade sindical, alcançando ao contrário todos os integrantes da categoria profissional, bem como a reservar-lhe honorários advocatícios sindicais, como meio objetivo de desestimular as demandas individuais.

¹⁴A indicação nominal dos trabalhadores substituídos pelo sindicato-autor não se apresenta como um pressuposto de constituição ou desenvolvimento válido e regular. O alcance da coisa julgada e a caracterização da litispendência tornam-se possíveis pelos contornos dados aos pedidos formulados, independentemente da existência de um rol expresso (AMORIM, 2004, p. 131).

Eis o lapidar aresto, que, apesar de longo, vale a pena ser transcrito:

SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO INCISO III DO ARTIGO 8º DA CONSTITUIÇÃO. I - Cabe salientar ter sido cancelada a Súmula nº. 310 do TST, em acórdão da SBDI Plena do TST, a partir do qual se firmou a jurisprudência de o artigo 8º, inciso III, de a Constituição ter contemplado autêntica substituição processual, não mais restrita às hipóteses previstas na CLT, abrangendo doravante interesses individuais homogêneos, interesses difusos e os coletivos em sentido estrito. II - Os interesses individuais homogêneos se apresentam como subespécie dos interesses transindividuais ou coletivos em sentido lato. São interesses referentes a um grupo de pessoas que transcendem o âmbito individual, embora não cheguem a constituir interesse público. III - Para a admissibilidade da tutela desses direitos ou interesses individuais, é imprescindível a caracterização da sua homogeneidade, isto é, sua dimensão coletiva deve prevalecer sobre a individual, caso contrário os direitos serão heterogêneos, ainda que tenham origem comum. IV - Nessa categoria acha-se enquadrado o interesse defendido pelo sindicato-recorrido, de se proceder à averiguação das condições de trabalho insalubres e perigosas, com a respectiva anotação na CTPS dos trabalhadores, tendo em vista a evidência de todos eles terem compartilhado prejuízos divisíveis, de origem comum. V - Com a superação da Súmula 310 do TST e da nova jurisprudência consolidada nesta Corte, na esteira do posicionamento do STF, de o inciso III do artigo 8º da Constituição ter contemplado autêntica hipótese de substituição processual generalizada, em relação à qual é dispensável a outorga de mandato pelos substituídos, pois é o substituto que detém legitimação anômala para a ação, o alcance subjetivo dela não se restringe mais aos associados da entidade sindical, alcançando ao contrário todos os integrantes da categoria profissional. VI - Por conta dessa nova e marcante singularidade da substituição processual, no âmbito do processo do trabalho, defronta-se com a desnecessidade da prévia qualificação dos substituídos, relegável à fase de liquidação da sentença. VII - Sublinhe-se a nova redação imprimida à OJ 121 da SBDI-1, segundo a qual o sindicato tem legitimidade para atuar na qualidade de substituto processual para pleitear diferença de adicional de insalubridade. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CANCELAMENTO DA SÚMULA 310 DO TST. CABIMENTO.** I - Com o cancelamento da Súmula 310 do TST, impõe-se ao exegeta buscar nova interpretação do art. 14 da Lei nº. 5.584/70, a fim de priorizar a identidade ontológica entre a substituição processual e a assistência prestada pelo sindicato de classe. II - Com efeito, se ao sindicato foi conferido tanto a prerrogativa de prestar individualmente assistência judiciária ao empregado, quanto o poder de substituir a ca-

tegoria por ele representada, não se mostra razoável que esteja impossibilitado de receber os honorários respectivos, a título de contraprestação pelos seus serviços, na condição de substituto processual. Se assim não fosse, estar-se-ia a privilegiar o ajuizamento de inúmeras ações individuais, na contramão do moderno movimento de coletivização das ações judiciais. TST, 4ª T. RR – 1661/2003-099-03-00.0. Rel. Min. Barros Levenhagen.

O julgado em destaque evidencia que o TST assimilou muito bem a interpretação constitucional do STF, chegando a ele emprestar amplitude nitidamente mais vantajosa. Entretanto, o Excelso Pretório busca permanente atualização e nos brinda com julgado que reconhece extensiva liberdade de substituição processual por parte do sindicato.

Mostra-nos que a evolução é constante. Nem sempre pacífica, é verdade, mas o avanço inexoravelmente segue seu curso. Em decisão ainda recente, proferida em 12 de junho de 2006 (em demanda que permanece *sub judice*), o Supremo Tribunal Federal mais uma vez examinou a extensão o inciso III, do art. 8º/CF.

A histórica decisão reconheceu, a um só tempo, que a legitimidade sindical é para a substituição de toda a categoria, afastou a necessidade de autorização dos substituídos, e ainda declarou que a legitimação abrange a liquidação e a execução direta dos créditos.

Em decisão com 6 votos a favor e 5 contra, o STF reconheceu a legitimidade do sindicato para a defesa de todos e quaisquer direitos subjetivos individuais ou coletivos trabalhistas dos quais sejam titulares os associados da categoria profissional, em demanda assim ementada:

SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. STF – RE 211.874. Rel. Min. Carlos Mário Velloso.

7 TENDÊNCIAS DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NA ESFERA PROCESSUAL TRABALHISTA

O afastamento definitivo da impossibilidade do sindicato substituir todos os integrantes da categoria parece ser a principal

tendência desses novos tempos, pois não só a solidariedade é um orientação permanente da Constituição Federal, quanto o próprio sistema confederativo se estriba no tratamento isonômico da universalidade dos trabalhadores do setor.

A construção de doutrina e jurisprudência capazes de suportar a legitimação extraordinária dos organismos sindicais, de forma peculiar, ou seja, sem o balizamento decorrente do direito processual civil. Isso porque, a disparidade de forças entre os demandantes perante a Justiça do Trabalho precisa ser compensada com técnica processual, única que pode criar mecanismos de reconhecimento da distinção real sem o aviltamento da dignidade do trabalhador. Em vez de ser o mero *hipossuficiente* do Estado do antigo regime, passa a ser o cidadão do Estado Democrático de Direito, destinatário das políticas públicas de promoção e inclusão social, sendo o processo um dos mais legítimos meios.

A substituição processual sindical livra o trabalhador de perseguições, e ainda torna os direitos trabalhistas mais efetivos. Além disso, desafoga o Poder Judiciário da inúmeras decisões individuais, desgastantes, caras e de baixo preço, porquanto atingem apenas um destinatário. Nas demandas coletivas, num só feito judicial, toda a categoria obtém os proveitos da ação do ente que atua em nome próprio o interesse comum.

Ao final, a expectativa de que a legitimação extraordinária conferida aos sindicatos se amplie cada vez mais, de modo a que possam estes deduzir, em nome próprio, até mesmo pretensões de um só trabalhador, desde que haja comunhão entre o interesse tutelado pelo organismo sindical e o interesse dos integrantes da categoria. Para tanto, basta que os interesses individuais sejam homogêneos, ou seja, decorrentes de origem comum e que possam ser apartados do todo sem que a indispensável coesão deixe de existir.

8 CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto, percebemos que há espaço para a ampliação das hipóteses de substituição processual sindical, não só por meio de novas técnicas e pretensões não deduzidas anteriormente, bem como pela reafirmação de antigas demandas, agora com maior espectro. Exemplo extraordinário deram os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do TST, garantindo aos trabalhadores a substituição processual, por intermédio de uma Federação, em sede de dissídio coletivo, onde o meio ambiente de trabalho seguro e saudável foi reconhecido como direito fundamental, suportado na Constituição Federal, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das

Nações Unidas, pela Convenção 155/OIT, e assim por diante.¹⁵

Inexplicavelmente, entretanto, a mesma Seção de Dissídios Coletivos ainda conserva as OJ 29 e 35, da SDC/TST, a primeira a condicionar, restritivamente, o exercício do direito de ação, por parte da entidade sindical que quer ajuizar demanda como substituto processual, criando condições extralegais, enquanto a segunda intervém na iniciativa privada, dispondo *in abstracto* como deve o sindicato observar seus estatutos.

Ambas as situações não se harmonizam com os princípios estabelecidos para uma atuação do direito de modo compatível com o Estado Democrático de Direito, razão pela qual esperamos o urgente e necessário cancelamento das apontadas disposições jurisprudenciais.

O mais importante, contudo, é dotarmos o Direito Processual do Trabalho de consistente densidade científica, de modo a que possamos atuar nossos princípios livremente, isto é, sem o balizamento preconizado pelo processo comum, porquanto as restrições hoje existente somente à ele servem.

Objetivando fomentar nova percepção do instituto da substituição processual sindical, de modo a ampliar suas hipóteses de atuação, impostergável a geração de doutrina e jurisprudência focando-o como o fator mais ágil disponível para que o Poder Judiciário tenha a desejada celeridade, com a observância das garantias constitucionais processuais; que no âmbito do Direito Processual do Trabalho, a substituição sindical deve ser a mais ampla possível; que a conciliação efetivada pelos substitutos não importe em renúncia de direitos, e, ainda, com vistas ao futuro, o reconhecimento de que a autorização legislativa para a substituição processual possa se efetivar é indeclinável, todavia não precisa ser expressa.

¹⁵Magnífico exemplo de afirmação de direitos sociais, como expressão de direitos humanos foi dado pela SDC/TST, em acórdão da lavra o Ministro João Oreste Dalazen, exatamente numa demanda em que o organismo sindical funcionava como substituto processual. O pleito tinha antiga formação. Era um dissídio coletivo, mas a amplitude dos direitos consagrados e a fundamentação são moderníssimas, evidenciando a substituição processual como fenômeno indispensável numa sociedade de massas. Diz a ementa: *omissis...* 2. O meio ambiente do trabalho seguro e saudável é direito humano fundamental do empregado, reconhecido na Constituição da República, bem como em normas internacionais de direito do trabalho que integram o ordenamento jurídico brasileiro (arts. 6o e 200, caput e inciso VIII, da Constituição Federal; Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, promulgado pelo Decreto nº. 592/92, art. 12; e Convenção nº. 155 da OIT, promulgada pelo Decreto nº. 1.524/94). 3. A tônica da Constituição da República quanto à tutela da higidez física e mental do trabalhador reside na adoção de medidas preventivas, eliminando-se fatores de risco para acidentes e agentes causais de enfermidades (art. 7o, inciso XXII, da Constituição Federal). 4. Nesse sentido, recai sobre o empregador a responsabilidade primordial pelas medidas de higiene e segurança que obstem a ocorrência de doenças profissionais e acidentes no trabalho (art. 16 da Convenção nº. 155 da OIT e art. 19, caput e parágrafos da Lei 8.213/91). TST-RODC-20027/2004-000-02-00.0.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Rodrigo de Abreu. **A substituição processual na esfera trabalhista**: a amplitude e os impactos de sua utilização. Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

ARGENTINA. **Compendio de legislación del trabajo y de la seguridad social**. Buenos Aires: La Ley, 2006.

CARNEIRO PINTO, Raymundo Antonio. **Enunciados do TST comentados**. 7.ed. São Paulo: LTr, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000. v.2.

DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. **Substituição processual no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

ITÁLIA. **Codice di procedura civile**. Milano: Cedam, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**: Princii. 5.ed. Milano: Giuffrè, 1992.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um Estudo Sistemático da Legitimação Extraordinária. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 58, n.404, 1969.

PORTUGAL. **Código de processo do trabalho**. Porto: Ed. Porto, 1999.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Processo do trabalho na moderna Teoria Geral do Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

PROCESSO DISCIPLINAR E OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA IMPARCIALIDADE

José Ernesto Manzi*

1 ADMISSÃO E PERMANÊNCIA DE SERVIDORES PÚBLICOS X INTERESSE PÚBLICO

Nesta primeira parte do trabalho trato da admissão e permanência dos servidores públicos no quadro de pessoal em face do interesse público. Por admissão me restrinjo apenas à questão dos concursos públicos, não abordando a nomeação para funções de confiança. Por permanência, neste tópico, examino algumas questões alusivas ao concurso público, deixando para o tópico seguinte, com o fito de aprofundá-lo, a questão da exclusão de servidores, em razão decorrência de processos administrativos disciplinares.

O foco da admissão, permanência ou exclusão de servidores públicos é sempre o interesse público que, por princípio, possui supremacia.

O princípio da supremacia do interesse público pode ser assim enunciado: “as normas de direito público, embora protejam, reflexamente o interesse individual, têm como objetivo primordial de atender o interesse público, ao bem-estar coletivo.”¹ Este princípio, que também é chamado de princípio da finalidade pública, vincula tanto o legislador, quanto a autoridade administrativa.

De que forma o interesse público se reflete na admissão e na atuação e permanência (no quadro de pessoal) de servidores públicos?

Na **admissão** se revela pela observância do **princípio do acesso**, a impor a submissão a concurso, para escolha daqueles que seriam teoricamente, os melhores para a função; se aperfeiçoa quando o estágio probatório se torna, efetivamente, um instrumento para apuração das reais capacidades e compatibilidades do servidor com o cargo, não se vitaliciando aqueles que se demonstrar, no dia-a-dia incompatíveis ou incapazes; se concretiza quando esta apuração (da capacidade/compatibilidade) é feita de forma impessoal e visando apenas o interesse público² e atinge o ápice

* Juiz do Trabalho em Santa Catarina desde 1990. Especialista em Direito Administrativo (Universidade de Roma), Direito Processual Civil (Unoesc-Chaçapécó, SC) e Processo Constitucional (Universidade de Castilla-La Mancha, Toledo, Espanha). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI, Itajaí, SC). Ex-professor da FMU e São Judas (São Paulo), Unoesc (São Miguel do Oeste), Uniplac (Lages, SC, Especialização) e da Univali em convênio com a AMATRA-XII (Especialização). Professor e ex-Coordenador Técnico da **Escola Judicial e de Administração Judiciária do TRT-SC**.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 62.

² Desvirtuada, pode tornar o próprio concurso público mero meio de formalização do aces-

quando se cobra eficiência quantitativa e qualitativa e se pune o servidor interessado apenas no proveito próprio, descompromissado com fins de sua atividade e da própria Administração pública, principalmente com o bem comum.

A indagação que se lança, neste momento, é acerca da eficiência dos métodos de **concurso**, bem como da efetiva utilização do **estágio** probatório para seus fins, diante da constatação de que, o número dos não-aprovados nele é pífio, comparado ao grau de eficiência e produtividade dos agentes públicos, em gênero.

A primeira vista, a pouca reprovação nos estágios probatórios poderia indicar a perfeição dos métodos de acesso, mas se fossem efetivamente perfeitos, não haveria tanta reclamação acerca da baixa produtividade em alguns setores do serviço público, nem sealaria tanto em inchaço da máquina administrativa, que ao lado do interesse político em ampliá-la em alguns períodos, tem também um componente que não pode ser desprezado ligado à produtividade dos servidores públicos. Em verdade, os concursos públicos precisam ser aprimorados, como precisa ser aprimorada a avaliação contínua e periódica dos servidores públicos.

A utilização de fórmulas genéricas, que não têm em vista a atividade que será exercida após a admissão é ineficaz. Não se podem admitir bons motoristas, sem verificar, na prática, como conduzem veículos ou bons faxineiros, sem exames práticos que revelem apenas a proficiência lingüística, matemática etc. e não a capacidade/aptidão para limpar. Ainda assim, abundam concursos com provas que unificadas para diversas carreiras, sem qualquer preocupação com a atividade que será exercida pelo servidor, uma vez inserido no quadro de pessoal.

As provas não conseguem, em muitas situações, servir à escolha dos melhores servidores, principalmente diante da profusão de cursos preparatórios que, pela excelência didática, formam candidatos “bons de concurso”, que nem sempre se tornam servidores “bons de serviço” e até da impropriedade de algumas provas que levam, por exemplo, universitários a serem aprovados para cargos de execução (faxina, segurança etc.) já contando com o desvio de função e aproveitamento em atividades próprias ao seu nível cultural, uma das razões da opção pela terceirização de mão-de-obra no serviço público.

Alguns entes da Administração Pública considerando a responsabilidade e as dificuldades da seleção resolveram terceirizá-las, principalmente para fundações universitárias, mas nem sempre isto redundou em aperfeiçoamento do sistema.

so irregular, mediante sucessivas nomeações e dispensas até que o apaniguado, pior classificado, seja nomeado ou mesmo pela utilização de provas, questões ou matérias que dirijão o resultado, de forma pessoal.

Se em verdade que alguns entes administrativos improvisavam Comissões de Concurso, por vezes formadas por servidores excelentes na atuação profissional, mas sem traquejo em admissão, formação ou aperfeiçoamento de pessoal, também é verdade que algumas Fundações Universitárias ou outros entes de terceirização no setor improvisam as provas de concurso, por vezes nelas inserindo apenas questões acadêmicas, até de conhecimento enciclopédico, sem relação com a atividade que o candidato exercerá, em admitido. A Administração, uma vez terceirizada a seleção, dificilmente adentra em qualquer aspecto relativo à prova, seus defeitos, seu conteúdo etc., contando, em alguns casos, com o auxílio da própria contratada, para elaborar o edital de concurso, no que se refere às matérias exigidas.

Não é rara a exigência, por exemplo, de conhecimentos teóricos na área de informática, redes de computadores³ etc. ou a aplicação de testes de lógica retirados de almanaques de banca de jornal, a servidores que precisarão utilizar do computador como mero ferramental e que, embora detentores de raciocínio aguçado, não foram dados aos exercícios dos almanaques.⁴

Nesta ótica, somente se justifica a terceirização dos concursos a instituições que façam análise detalhada das funções que serão exercidas pelo futuro servidor, estabelecendo, a partir dele, quais os conhecimentos e o perfil desejado, para então e somente então, elaborar provas específicas para cada uma das carreiras com cargos ou empregos por prover, com base no perfil buscado.

A realização dos concursos, em si, também não está totalmente isenta de falhas e fraudes. Abundam notícias de inúmeras questões de concurso anuladas por defeito e ainda de vícios que visavam direcionar certames à aprovação de certos e determinados candidatos, quiçá para regularizar uma situação de acesso irregular, dentre elas, inclusive, a atribuição de títulos pelo tempo do exercício espúrio, inviabilizando ou dificultando ao máximo o ingresso de estranhos, sem contar as fraudes externas, como a sofrida, recentemente, pela OAB/SP.

Contra os defeitos na seleção, é preciso pensar em profissionalizá-la, criando entes internos ou externos para sua realização e ainda estabelecendo um sistema de fiscalização que impeça qualquer

³ Há adolescentes, sem conhecimento teórico algum em informática, que poderiam dar aulas sobre a utilização de computadores.

⁴ Muitas vezes frutos de uma lógica própria, aprendida na realização na realização e refazimento de exercícios; como diz a galhofa popular, jogar xadrez é bom para desenvolver a capacidade de jogar xadrez.

possibilidade de fraude⁵, preferivelmente com a presença de terceiros⁶, representantes de universidades, ministério público, fundações de reconhecida idoneidade etc. Moralidade e transparência, a afastar quem quer que seja que busque se utilizar de um meio ilícito.

Também o estágio probatório ou mesmo a utilização de instrumentos disciplinares precisa ser aprimorada, porque mantém, no serviço público, quem nele não deveria estar.

Tal afirmação, não visa desmerecer os milhões de servidores que prestam, em sua maioria, um serviço de excelente qualidade. Visa destacar o fato de que, dentre eles, há maus servidores que não deveriam ter sido vitaliciado e sim demitidos após o estágio probatório, para que o interesse público prevalecesse sobre a amizade, companheirismo ou o corporativismo.

Posso manter um mal empregado em uma empresa privada, inclusive por razões de caridade; não posso manter no quadro um mal servidor público, nem mesmo por caridade, porque essa caridade seria exercitada com dinheiro público e fora das hipóteses legais (que estabelecem, de forma rígida, os métodos e os destinatários da assistência social governamental, não incluindo adultos em condições de trabalho). Entretanto, muito do que não se aceita pagar com dinheiro próprio, se é pródigo com o dinheiro público.

Qual é o preço para se manter, por exemplo, no ensino fundamental, uma péssima professora, responsável, em muitos casos, pelo abandono dos bancos escolares pelos alunos? Quantas pessoas “odeiam” matemática, porque lhes foi mal ministrada? Seguramente não é apenas o salário que se pagaria à mestra, mesmo porque, se ela for excluída, outro(a) deverá ser admitido(a).

Um fiscal ineficiente ou corrupto causa prejuízos à arrecadação, prejuízos estes que ultrapassam, inúmeras vezes, os seus proventos. Os exemplos seriam infinitos ressaltando-se, contudo que, ao contrário da iniciativa privada, os prejuízos não seriam apenas financeiros.

Diante desse quadro, indaga-se se é justo manter o mau servidor no posto, apenas para “garantir-lhes o sustento”?

Ainda existe uma cultura equivocada de se achar que um servidor dispensado por má-conduta ou mesmo por inadequação ao serviço público (ainda que restrita ao serviço para o qual foi admitido) revela

⁵ Mormente pela utilização de meios eletrônicos, substituição de candidatos por terceiros, perguntas dirigidas a determinadas regiões (indagando, por exemplo, detalhes sobre a vida de alguma personalidade apenas local, de algum aspecto geográfico ou de alguma expressão idiomática regional etc.). Os Tribunais de Contas poderiam criar órgãos especializados no acompanhamento de concursos públicos e impor a fiscalização obrigatória por ele, no curso do certame, procedendo-se, para tanto, às alterações legislativas.

⁶ O estranho no ninho costuma inibir os fraudadores.

vício na Administração Pública. Na verdade, revela a virtude de buscar aprimorar-se e da priorização do interesse público, em detrimento de aspectos corporativos ou pessoais; revela preocupação com eficiência administrativa, apenas recentemente considerada, com maior profundidade, pela Administração Pública.

Em um momento em que a confiabilidade das instituições é posta em cheque, se, por um lado, é necessário evitar a “caça as bruxas”, perseguições ou mesmo enxugamentos espúrios dos quadros, apenas para fins políticos, por outro é preciso demonstrar que as instituições estão se fortalecendo, o que só acontece quando se depuram, por vezes com amputações, que se não desejadas, são necessárias.

Todos concordam com o fato de que as instituições públicas devem se pautar por critérios de moralidade e legalidade, entretanto, poucos reconhecem quaisquer vícios nas instituições em que atuam, em sua própria atuação ou até no seu próprio agir funcional.

Muitos sindicatos clamam pela moralidade pública e administrativa, mas quando algum sindicalizado comete um deslize lutam com unhas e dentes para que ele não seja alijado. Se for verdade que ao sindicato cabe a defesa jurídica e administrativa dos membros da categoria e isso pode ser feito com a indicação (e pagamento) de advogado, por exemplo, por outro lado, o Sindicato deve ter um compromisso superior, com a própria categoria, que se resente quando um tumor permanece em seu seio e pode conduzir à metástase. Proteger a “fruta podre” pode prejudicar o nome e a qualidade de todo o pomar.

O sindicato deve pensar no indivíduo e até auxiliá-lo na defesa, mas sua obrigação principal é para com o grupo. Corporativismo cego prejudica a instituição onde está o mal servidor, mas prejudica também a categoria dos servidores, representada pelo Sindicato, que passa a ser vista pela sociedade, como incompetente, corrupta, etc., *in genero*. Tudo o que pode ser identificado como um grupo, é mais facilmente objeto de preconceito, por isso não se fala que fulano ou siclano é violento e sim que os militares são violentos, os fiscais são corruptos, os servidores públicos são inoperantes etc.

Os sindicatos de servidores públicos devem lutar para aperfeiçoamento dos métodos de admissão, formação, aperfeiçoamento dos servidores, valorização da carreira, limitação das nomeações de confiança, rigorosa e impessoal apuração dos ilícitos eventualmente praticados, para que a pecha, a mácula, fique limitada ao servidor infiel e não à categoria e para que nunca se passe a imagem de que a absolvição se deu por apuração inadequada ou favoritismo (o que prejudica, inclusive, o servidor inocente).

Ademais, um mal servidor sacrifica vários outros, obrigando-os

a realizar serões impagos para “cobrir” a ineficiência ou a ausência de devotamento de seus colegas. A proteção indireta do mau servidor, seja pelo desinteresse dos Administradores na utilização dos instrumentos destinados tanto à punição, quanto ao aperfeiçoamento do estágio probatório, tornando-o efetivo e dos próprios concursos de admissão prejudica a Administração, além dos administrados e o próprio corpo funcional. Prejudica ainda, a própria imagem do serviço público, objeto de anedotas no que se refere à ineficiência, cabide de empregos, paletó na cadeira etc.

É preciso se utilizar bem do **estágio probatório**, para que deixe a condição de mera formalidade, vista com desprezo pelas chefias, que “têm mais o que fazer,” quiçá criar órgãos destinados à formação e apuração efetivas. Ele precisa se tornar um instrumento complementar do concurso público, seqüência e conseqüência natural dele, com vista a verificar se aquele que demonstrou aptidão intelectual e física,⁷ na prática revele também atributos psicológicos e práticos, perfeita identificação com as atividades para as quais foi admitido.

Uma visão meramente formal do estágio probatório ou, o que é pior, uma visão corporativista do funcionalismo, induz a efetivação de servidores despreparados ou até desmotivados *ab ovo*, recordando-se que, sem uma política de formação, aperfeiçoamento e motivação, a tendência do servidor é de piorar seu desempenho e não de melhorá-lo.

Quem presta um serviço aquém do esperado no início,⁸ com o passar dos anos piorará, com desperdício de dinheiro público e prejuízo para os administrados e para o próprio servidor, porque pressionado além de suas forças ou capacidades, adoecerá⁹ e tratará o serviço apenas como um fardo a ser levado às costas até a aposentadoria, esperada com a mesma ânsia (e a mesma raiva) que o detento aguarda a liberdade.

As dificuldades na iniciativa privada, a ausência de estabilidade, aposentadorias inferiores etc. levaram milhares de pessoas não-vocacionadas a buscar o ingresso no serviço público, apenas pelas vantagens diretas ou indiretas, sem compromisso efetivo com o público destinatário ou com o bem comum.

Muitas descobriram uma nova vocação, outras uma grande frustração, de que não quiseram abrir mão, por conseguirem, de alguma forma, manter as vantagens, com mínimo de dedicação.

Algumas, seguramente, não conseguiriam se manter, com idêntico empenho e produção, em qualquer empresa privada séria, por tempo superior ao contrato de experiência, apenas conseguindo ingressar no

⁷ Para as carreiras em que esta é exigida.

⁸ Já diz o adágio popular: “vassoura nova, varre bem”.

⁹ Não são poucas as doenças psíquicas a desencadear outras patologias e afastamentos.

serviço público porque o concurso não aquilatou sua incompatibilidade e nele se manter, porque por pena, por despreparo ou por desinteresse, preferiu-se se fazer “vista grossa”, em prejuízo da coisa pública.¹⁰

O efeito colateral é o inchaço da máquina pública, porque não alijando os maus servidores, precisa sempre admitir mais e mais funcionários, ampliando a despesa pública e com ela as necessidades de receita, sem contar a redução ou mesmo supressão de investimentos (principalmente em infra-estrutura, equipamentos etc.).

Talvez a ampliação das terceirizações no serviço público seja outro efeito colateral desta desordem, encontrando-se nela uma forma de manter um quadro mais facilmente admissível e demissível, sem fazer conta da perda da dignidade dos trabalhadores, contratados cada vez com salários menores, para aumentar os lucros dos empresários do setor, ao mesmo tempo em que os serviços também vão perdendo qualidade e eficiência, na medida em que, quanto menores os salários, mais despreparados os interessados.

Para espanto geral, há Estados colocando parte da segurança de presídios em mãos de vigilantes que ganham menos de dois salários mínimos e Delegacias de Polícia onde grande parte das atividades burocráticas que desembocam no fornecimento de documentos importantes, é realizada por estagiários ou terceirizados. Aliás, o abuso na utilização de estágios pela Administração Pública já seria motivo suficiente para uma tese.

Chegamos ao ponto de estagnação. É preciso repensar o modo de acesso e permanência no serviço público.

É necessária uma completa revisão da sistemática de concursos, com estudos técnicos que tornem as provas avaliações específicas e dirigidas ao perfil buscado para a carreira, como, aliás, se faz na iniciativa privada. Na seqüência, é preciso se utilizar do estágio probatório, de forma impessoal, mas também com vista à supremacia do interesse público, da eficiência administrativa etc., **não como formalidade enfadonha**; por fim, mesmo após o estágio probatório, dar ao servidor um tratamento digno, mas exigir-lhe a contraprestação laborativa eficiente, não vitaliciando os que são indignos ou inadequados à função e mesmo, punindo os maus para preservar ou alcançar a excelência do serviço público.¹¹

Um único ponto, para encerrar o tópico. O fato de um servidor ser considerado inadequado para determinada função não constitui

¹⁰Para não referir o fato de que, em algumas repartições públicas a administração é exercida de forma empírica, sem a utilização de qualquer técnica de gestão ou até mesmo de gestão (cada servidor exerce suas atividades sem qualquer controle ou coordenação). A produtividade baixa é decorrência natural, sem contar a falta de motivação dos servidores, com desperdício de tempo dos usuários e de dinheiro público.

¹¹Do que se tratará a seguir.

uma mácula e não impede que ele busque ingressar em outra carreira, compatível com a sua vocação. O sofrimento causado pelo desligamento deste servidor será muito menor do que uma vida inteira de prestação de serviços indesejados, de frustrações.

2 PROCESSO DISCIPLINAR E SINDICÂNCIA

Ultrapassada a questão do acesso e do estágio probatório, em que a exclusão do servidor não traduz a prática de ilícitos, senão inadequação para a função, cabe adentrar na questão do processo disciplinar e da sindicância, como consequência natural.

A Administração Pública está sujeita, conforme disposto na Constituição Federal, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, além da eficiência.¹²

Esses princípios se transmitem aos **Servidores Públicos** que são, em último plano, os encarregados de fazer atuar a Administração no mundo fenomênico. Por isso é que Celso Antônio Bandeira de Mello pontifica:

Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir destes sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas na e pela vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado.¹³

Para Maria Tereza Zanella Pietro, servidor público, em sentido lato, é o termo utilizado para designar:

Servidor público é expressão empregada ora em sentido amplo para designar todas as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado e às entidades da Administração indireta, com vínculo empregatício; ora em sentido menos amplo, que exclui os que prestam serviços às entidades

¹²DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 12.ed., 2000. p. 67.

¹³BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. p. 106.

com personalidade jurídica de direito privado. [...] E ainda há as pessoas que exercem função pública, sem vínculo empregatício com o Estado. Daí a necessidade de adoção de outro vocábulo, de sentido ainda mais amplo do que o servidor público para designar pessoas físicas que exercem **função pública**, com ou sem vínculo empregatício. De alguns tempos para cá, os doutrinadores brasileiros passaram a falar em **agente público**¹⁴ nesse sentido amplo.”¹⁵

Entretanto, nem todos os servidores prestam seu labor à Administração pública com vínculo empregatício, como bem esclarece Vinci Júnior:

Dentro deste conceito, compreendem-se (I) os servidores estatutários, ocupantes de cargos públicos providos por concurso público, nos moldes do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, e que são regidos por um estatuto, definidor de direitos e obrigações. São também chamados de funcionários públicos; (II) os empregados públicos, ocupantes de emprego público também provido por concurso público (artigo 37, inciso II, da Carta Magna), contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho; (III) e os servidores temporários, que exercem função pública, despida de vinculação a cargo ou emprego público, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal), prescindindo de concurso público.¹⁶

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles: “São todos os agentes públicos que se vinculam à Administração Pública, direta e indireta do Estado, sob Regime Jurídico (a) estatutário regular, geral ou peculiar, ou (b) administrativo especial, ou (c) celetista (regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), de natureza profissional e empregatícia.”¹⁷

Independentemente da forma como se estabelece o liame com a Administração - mesmo que haja vício de origem, como, por exemplo, ausência de concurso público - a atividade funcional do Servidor Público deve ser regular, isto é, de acordo com as normas regulamentares ou legais que a disciplinem e ainda, nos balizamentos impostos pela ética.

¹⁴Que não podem podem possam podem ser confundidos com os “agentes políticos que são os componentes do Governo nos seus primeiro escalões, investidos em cargos, funções, mandato ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.” MEIRELLES, Hely. Op. cit. p. 71.

¹⁵DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Op.cit., p. 415-416.

¹⁶VINCI JÚNIOR, Wilson José. O servidor público estatutário e a nova ordem de competência da Justiça do Trabalho estabelecida pela E.C. n° 45/04. Capturado em: 15.02.07. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/34/2334>

¹⁷MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. p. 383.

O agente deve cumprir seus deveres (fazer o que a Administração manda) e ainda, não-fazer aquilo que a Administração proíbe,¹⁸ obviamente aquilo que manda e proíbe para o atingimento de suas finalidades. Deve ainda recusar fazer aquilo que a lei proíba, mesmo que lhe seja ordenado.

Administração Pública, por seu turno, sempre deve buscar o máximo de eficiência, economia e eficácia, observando os princípios que lhe são aplicáveis e que para Hely Lopes Meirelles seriam:

Legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público. Os cinco primeiros estão previstos expressamente no art. 37, caput, da CF de 1988; e os demais, embora não mencionados, decorrem do nosso ordenamento político, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo art. 2º da Lei federal 9.784, de 29.1.99.¹⁹

Se o servidor age em desconformidade com as normas e regulamentos ou mesmo com as ordens que recebe regularmente, comete **infração disciplinar**. “Infração disciplinar é o fato voluntário praticado pelo agente com violação de algum dos deveres decorrentes da função que exerce.”²⁰

O cometimento de infração disciplinar pelo Servidor impõe à Administração a punição, a busca do ressarcimento ou reparação dos danos e a inibição (de outros deslizes) na defesa do interesse público

A Administração possui para tanto, um *jus puniendi* e um *jus persequendi*, ou seja, o direito de perseguir e punir, decorrendo deles as identificações existentes entre o Processo Administrativo Disciplinar e o Processo Penal.²¹

Assim, quando o servidor público comete desvio em seu agir, em prejuízo da eficácia, da economia ou da eficiência (*exempli gratia*, descumpra qualitativa ou quantitativamente suas atribuições) a Administração Pública deve, mediante regular apuração, que só se dá pelo uso de meio formal e materialmente adequado, proceder à sua punição,

¹⁸Evidentemente aquilo que ela veda nos limites de sua competência e sem ofensa a direitos ou garantias.

¹⁹MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p.81-82.

²⁰CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina. 7.ed. p. 493.

²¹VIEIRA, Judivan J. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Thomson/IOB, 2005. p. 53.

sendo este ato vinculado²². O administrador não pode deixar de apurar e punir, senão ele próprio teria o agir desviado, estando sujeito também a processo disciplinar e às sanções correspondentes.²³

É por isso que o Estatuto dos Servidores Públicos Federais (reproduzido em muitos Estados e Municípios) determina, em seu artigo 143, *verbis*: “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurado ao acusado ampla defesa.”

As infrações administrativas são punidas após regular apuração, através de **Sindicância e Processo Administrativo Disciplinar**.

O *Processo Administrativo Disciplinar* é o instrumento próprio à apuração da autoria e materialidade dos ilícitos e à imposição de *sanções disciplinares* no âmbito da Administração Pública direta, autarquia, ou nas fundações públicas. Se diz próprio, diante da constatação de que, muitas vezes, a sindicância é utilizada com a finalidade de punir e, em outras vezes, processos disciplinares complexos sejam denominados sindicância apesar de seguir a forma e o rito complexos.

Sindicância corresponde ao procedimento sumário pelo qual se reúnem informações que *tendem* a fornecer elementos esclarecedores de determinados atos ou fatos, podendo ainda, dar ensejo à penalidade administrativa disciplinar de acordo com cada regime jurídico dos servidores públicos, desde que respeitados o *princípio do contraditório e ampla defesa*.

As infrações ou faltas podem ser leves, graves ou gravíssimas, decorrendo desta mesma gradação, a maior formalidade do Processo Disciplinar, em relação à Sindicância, que vem sendo utilizada como meio de punição de infrações leves.

Não é objeto deste trabalho as discussões acerca dos limites da utilização da sindicância como instrumento de apuração e punição de servidores públicos, aqui considerados em sentido “lato.”

Importa apenas que a Sindicância e o Processo Disciplinar são espécies de processos administrativos. Nos processos administrativos atuam dois sujeitos, o interessado e a Administração Pública. Nos processos administrativos disciplinares de um lado está o servidor imputado e de

²²O ato de punir é vinculado; discricionária é apenas a possibilidade da Administração optar entre as penalidades, quando as normas assim permitirem, por exemplo, a conversão de parte do lapso de suspensão na prestação não-remunerada do serviço ou quando estabelecem um lapso mínimo e máximo para a suspensão, a ser dosado, no momento da fixação.

²³Ressalva-se o fato de que parte da doutrina entende que há um certo grau de discricionariedade na aplicação de sanções disciplinares que residiria, mormente, na fixação da pena.

outro a Administração Pública, que cumula duas atribuições, **de parte interessada e de juiz.**²⁴

Aí reside ao que se verá a ineficácia do sistema e sua própria inconstitucionalidade, por impor a norma constitucional um **contraditório** que não é respeitado. Não há contraditório, porque não há bilateralidade da audiência, que é da sua essência, havendo, tão somente, **ampla defesa.**

De fato, tomando-se a lição de Medauar: “O contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fatos, documentos ou ponto de vista apresentados por outrem.”²⁵

Como a Comissão de Sindicância não apresenta argumentos ante fatos, documentos, pontos de vista, senão no relatório final, não influenciando na produção da prova, senão de forma contida (para não perder a imparcialidade), não há falar em contraditório, por ausente a atuação de um ente de acusação.

Este desrespeito ao contraditório dificulta que o Processo Disciplinar atue *pro societate*.²⁶ Inexistente a figura da acusação, na fase instrutória do processo, não há quem defenda a Administração-Sociedade na colheita das provas etc.

O contraditório nos processos disciplinares decorre de princípio constitucional, impondo-se incursão no estudo dos princípios que lhe aplicáveis.

3 FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O ordenamento jurídico é composto por **Normas Jurídicas**. **Norma** é uma regra de conduta, podendo se destinar a ordenar o agir moral, técnico, jurídico, científico etc., visando a realização de valores e garantir o desenvolvimento eficaz de determinada atividade²⁷. A **norma** se diz **jurídica** quando inserida em um ordenamento jurídico está destinada a impor, admitir ou reconhecer uma determinada conduta.

Atualmente se tem reconhecido que as normas jurídicas podem assumir duas formulações, qual seja, a de regras e princípios, não por

²⁴ARAÚJO, Fernando Eugênio. Limites do poder discricionário da Administração Pública na aplicação das sanções disciplinares aos servidores públicos. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 9, n. 495, 14 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5925>>. Acesso em: 20 fev. 2007

²⁵MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 96.

²⁶o processo é celebrado *pro societate* e esta tem o pleno direito de acompanhar e, inclusive, fiscalizá-lo.” VIEIRA, Judivan J. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Thomson/IOB, 2005. p. 57.

²⁷ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 717 -792.

uma diferença de grau, senão qualitativa. Não se pode falar em diferença de grau, porquanto determinados princípios podem estar subordinados a determinadas regras ou vice-versa.

As regras possuem a estrutura que tradicionalmente se atribui às regras de Direito, descrevendo ou tipificando²⁸ um fato, amparada em uma sanção (se buscar coibi-lo) ou não (se pretender permiti-lo). As regras são normas que somente admitem duas opções, ou seja, podem ser cumpridas ou não, contendo determinações no âmbito dos fatos e do juridicamente possível. Princípio, em sentido filosófico é o ponto de partida e o fundamento (ou causa) de um processo.²⁹

Bandeira de Mello pontifica de forma admirável o conceito de Princípio:

[...] princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.³⁰

Os Princípios fundamentam e identificam o sistema jurídico, tornando possível a respectiva compreensão sistemática ou a interpretação, integração e aplicação do direito positivo.³¹

O caráter normativo, a feição axiológica (valorativa) e a natureza normativa (no sentido de possuírem qualidade e força de norma, preceito ou regra) dos princípios ficam claros na lição de Tucci:

²⁸O que os italianos denominam *fattispecie*.

²⁹ABBAGNANO, Nicola. Op.cit., p. 792.

³⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros. 1993. p.230.

³¹SILVA, Moacyr Motta. **O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio da justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz**. Texto elaborado para o 1º ENCONTRO DE MAGISTRADOS DO SUL E DO SUDESTE DO BRASIL, do qual o autor participou como Painelista.

Na ciência jurídica, os princípios têm a grande responsabilidade de organizar o sistema e atuar como elo de ligação de todo o conhecimento jurídico com a finalidade de atingir resultados eleitos, por isso, são também normas jurídicas, mas de natureza anterior e hierarquicamente superior às normas comuns (ou “normas não principais”, servem de base axiológica e estruturante do conhecimento jurídico, sendo fontes de sua criação, aplicação e interpretação. As normas por assim dizer comuns são como conseqüência, subordinadas aos princípios. Para o sistema jurídico, se o princípio não for norma nenhuma relação tem com o direito.³²

E prossegue Tucci, citando Larenz ³³

[...] os princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica existente ou possível, apresentando uma função positiva e outra negativa: a primeira “consiste no influxo de exercem nas sucessivas decisões e, desse modo, no conteúdo de regulação que tais decisões criam: a segunda “consiste na exclusão dos valores contrapostos e das normas que assentam sobre tais valores.

A Constituição e os princípios visam garantir o próprio **Estado Democrático de Direito**, impondo um novo ponto de partida ao intérprete, a partir dos princípios inseridos na Constituição e que indicam sua ideologia , postulados básicos e fins, fundamentando e outorgando as qualificações essenciais à ordem jurídica instituída³⁴. Os princípios, em última análise, indicam os fins do sistema normativo.

O processo administrativo disciplinar ou a sindicância, a exemplo dos processos judiciais, está jungido **ao princípio do devido processo legal**, como garantia constitucional, porque somente se pode cogitar do respeito ao contraditório e à ampla defesa, onde haja uma sistemática processual pré-definida e necessariamente respeitada. É esta sistemática que indicará de que forma será exercida a bilateralidade da audiência, bem como, os contornos do exercício do direito de defesa.

Embora a Constituição seja expressa apenas quanto ao **contraditório e à ampla defesa**, ao falar dos processos administrativos, é evidente que está implícita a aplicação do devido processo legal, seja pela razão exposta no parágrafo antecedente, seja porque, do processo administrativo o pode resultar perda

³²TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93.

³³LARENZ, Karl. **Derecho justo**. Madrid: Civitas 1995 *apud* TUCCI, garantias... , p. 93.

³⁴BARROS, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.147.

da liberdade³⁵, seja a privação de bens.³⁶

É evidente assim, a aplicação aos processos administrativos disciplinares, do devido processo legal (com seus desdobramentos), assim como, do contraditório e da ampla defesa, como se infere da leitura sistemática do artigo 5º, incisos LIV e LV:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O (Sobre) **princípio³⁷ do devido processo legal**, pode ser considerado inserido na CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL a partir do momento em que a expressão "*direitos e liberdades constitucionais*" e a busca da proteção dos direitos e liberdades individuais passou a inspirar os legisladores constituintes, o que já se verificava na Constituição do Império de 1924, que já previa ação popular, princípio da legalidade, vedava prisões arbitrárias, afirmava a independência do Judiciário e a exigência do juiz natural, como já explicitado. Embora fossem emanações do princípio do devido processo legal, este já se poderia considerar explícito.³⁸

O Sobreprincípio do devido processo legal, por sua carga axiológica, por sua abrangência, por sua ascendência sobre os demais princípios ligados ao processo, que impende ser cogitável, inclusive, que por si só bastaria para que todos os efeitos decorrentes do feixe de princípios processuais fossem atingidos, como advoga Nery³⁹. A existência de princípios específicos e positivados na Constituição, serve para deixar inequívoca a intenção do legislador constitucional, de tal sorte que, nem o juiz - ou o administrador, que exerce função de julgar o processo disciplinar - pode ignorá-lo ao estabelecer a norma para o caso concreto,

³⁵No caso do processo disciplinar militar.

³⁶Perda de salários ou do próprio cargo ou emprego público.

³⁷Por sua abrangência e ascendência (sobre os demais princípios), o devido processo legal é um sobreprincípio.

³⁸CONRADO, Paulo César. **Introdução à Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 55-66.

³⁹NERY JÚNIOR., Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 40.

nem o legislador ao estabelecer normas abstratas de conduta e em nenhum deles, os efeitos são mais contundentes que no princípio do devido processo legal.

O **princípio do devido processo legal** é a base de todos os demais **princípios processuais**. Para Nery, inclusive, detém tal amplitude que, bastaria apenas que o **due process of law** tivesse sido inserido na Constituição Federal, para que “daí decorressem as conseqüências que garantiriam aos litigantes o direito a um Processo e a uma sentença justa. (...) o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do Processo são espécie.”⁴⁰

Do **Devido Processo Legal** surgiram outros princípios como o do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural,⁴¹ como ensina SZNICK: “Toda vez que uma norma processual impede o amplo exercício do direito de defesa (negativa do contraditório), há uma violação do devido processo legal. Do princípio da igualdade temos a das partes, a de assistência por defensor e a garantia do **juiz natural**.”⁴²

Humberto Theodoro Júnior complementa o raciocínio:

[...] do elenco constitucional, temos princípios informativos do processo: **devido processo legal**, inquisitivo ou dispositivo, do **contraditório**, duplo grau de jurisdição, da verdade processual (boa-fé), da verdade real; informativo do procedimento: princípio da oralidade, da publicidade, da economia processual, da eventualidade, da preclusão [...]⁴³

Como adverte Theodoro Júnior, ao tratar do princípio do devido processo legal, jurisdição e processo são institutos indissociáveis, de forma que o direito à jurisdição é também direito ao processo, como meio indispensável à realização da justiça. Decorre daí a importância de se garantir o direito ao processo, com uma tutela jurisdicional – ou a um processo administrativo - prestada dentro de normas processuais traçadas pelo direito, das quais não é dado ao juiz – ou a Administração atuando na apreciação do processo disciplinar - declinar perante nenhuma causa.⁴⁴

Um dos maiores estudiosos acerca do tema, o Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, ensina que:

⁴⁰NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

⁴¹Que visa, precipuamente, a imparcialidade.

⁴²SNICK, Valdir. **Princípios de defesa na Constituição**. São Paulo: Iglu Ed.,2002. p. 103.

⁴³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A nova lei da execução fiscal e outros estudos**. São Paulo: LEUD, 1982. p. 120-122.

⁴⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios informativos e técnica de julgar no processo civil. **Revista Forense**, n. 268, out./dez. 1979. p. 103.

O princípio da **ampla defesa**, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do **contraditório**, desdobrando-se i) no estabelecimento da oportunidade da defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; ii) na exigência de defesa técnica; iii) no direito à instrução probatória que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível; iv) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame no processo.

Embora sejamos forçados a concordar com a lição do ilustre administrativista, temos uma ressalva que consideramos importante.

A preocupação de grande parte da doutrina, ao tratar do contraditório é sempre de examinar a ótica do servidor e não da Administração. Se for verdade que a Administração deve provar suas alegações, é evidente de que a produção de provas induz sempre uma atuação proativa, formulando questões que possam comprovar a acusação, determinando diligências, procedendo acaresções etc., o que, embora efetivamente possa ser determinado pela Comissão, sempre o será com dúvidas acerca de sua imparcialidade.

Em outras palavras, contraditório exige dupla e antagônica parcialidade, coisa que a Comissão não poderá fornecer, sob pena de ser considerada parcial.

Em verdade, o processo disciplinar sofre de um defeito de personalidade, porque constitui uma adaptação do inquérito policial (que é inquisitório), com a diferença de que nele a defesa atua com toda a sua força e o relatório final propõe penalidade e deve ser acatado, salvo se divorciado da prova dos autos. O caráter inquisitório do inquérito permite uma investigação ampla, sucedida pela ampla defesa exercida apenas na ação penal; no processo disciplinar, a atuação da defesa “ab ovo” cumulada com a imposição de imparcialidade à Comissão, obviamente tolhe a produção das provas da acusação.

O princípio do juiz natural visa a imparcialidade, a constituição de Comissões destinadas a absolver ou a condenar, como ensina, em outra obra, também Bacellar Filho, que sustenta a propriedade de constituição de uma Comissão Permanente⁴⁵ (e não constituída “ad hoc”), “[...] para evitar que o administrador, ao seu talento, selecione os membros integrantes

⁴⁵A Comissão deve ser permanente, como permite a Lei nº 8.112/90, em seu artigo 143, § 3º da Lei nº 8.112/90. Uma leitura apressada do artigo 149, mormente no que se refere ao nível hierárquico e de escolaridade dos membros, pode indicar a necessidade da Comissão ser constituída sempre “ad hoc”, o que fere o princípio do juiz natural.

com o intuito preconcebido de absolver ou punir [...]”⁴⁶

Uma Comissão Permanente teria o mérito ainda, de aperfeiçoar e profissionalizar seus serviços, reduzir os casos de nulidade ou retardos na conclusão e até de prejuízos aos serviços ordinários dos servidores que a compõem, porque, dependendo do volume de suas atividades, poderiam se dedicar, ainda que temporariamente, exclusivamente ao mister.

Entretanto, se tem observado que a criação de Comissões “ad hoc” é o mais comum, havendo até quem sustente que a criação de Comissões Permanentes não seria admitida na legislação, na medida em que a Lei nº.8.112/90 coloca, em seu artigo 151, inciso I, como fase do Processo Disciplinar, a instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão.

4 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR E A INCOMPATIBILIDADE DA CUMULAÇÃO, PELAS COMISSÕES DISCIPLINARES, DAS FUNÇÕES DE ACUSAR E PROPOR DECISÃO VINCULATIVA (SALVO SE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS)

Também decorrência do devido processo legal é o princípio da imparcialidade do julgador: O Estado não poderia vedar a autotutela ou o exercício arbitrário das próprias razões pelas partes, assumindo o monopólio da solução dos litígios, senão conferisse às partes tratamento igualitário e apenas tomasse para si, o arbítrio que seria delas. O princípio da imparcialidade impõe, como dever ao julgador, o tratar igualmente os litigantes (art.125, I, do CPC), sendo uma decorrência direta do princípio isonômico inscrito no *caput* do art. 5o, da Constituição Federal (todos são iguais perante a lei...).⁴⁷

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que integra o ordenamento jurídico pátrio, por força do Decreto nº.678, de 6 de novembro de 1992, dispõe em seu artigo 8.1:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração formal de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁴⁶BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.88.

⁴⁷CAPPELETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 75-6.

Imparcial é o que julga desapaixonadamente; reto, justo; que não cede sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem.⁴⁸ A imparcialidade é o principal atributo do julgador. Assim como, o Judiciário não se justificaria como instituição, ocasionando desrespeito generalizado às suas decisões a existência de juízes parciais, peitados ou tendenciosos,⁴⁹ também a Administração Pública ofereceria mero arremedo de processo disciplinar e de ampla defesa, se os membros da Comissão Disciplinar se comportassem de forma parcial e tendenciosa, visando seja a absolvição, seja a condenação do servidor, a qualquer preço. A imparcialidade, para o julgador, é atributo necessário, não admitindo dosagem ou quantificação.

Revela-se, contudo a imparcialidade, como atributo do contraditório, no conceder-se às partes oportunidades iguais, impondo tratamento isonômico em todas as fases do procedimento, salvo se a lei estipular o contrário (por exemplo, ao conceder alguns privilégios processuais à Fazenda Pública, quanto a prazos – no interesse público) e no afastar-se, na medida do possível, escolhas de índole unicamente subjetiva ou ideológica.

Poder-se-ia afirmar aqui que a Comissão Disciplinar não julga, limitando-se a instruir, tomar a defesa e oferecer relatório, cabendo à autoridade administrativa o julgamento, daí porque, não se poderia falar esteja jungida ao princípio da imparcialidade.

Entretanto, a própria autoridade, a quem cabe, por lei, a aplicação da penalidade está limitada, porquanto deve acatar o relatório da comissão, salvo quando contrário à prova dos autos, podendo então, agravar a penalidade, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade. Assim, ela decide sem ter de levar em conta as conclusões do relatório se ficar evidente que contrarie a prova dos autos.⁵⁰

Há doutrina que entende que a imparcialidade, nos procedimentos administrativos estaria ligada à figura do agente público que decide ou instrui e não à própria Administração:

O atributo parcial ou imparcial aponta para algo bem diferente: refere-se ao indivíduo a quem atribuída uma

⁴⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo dicionário século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1081. Verbetes imparcial .

⁴⁹ “Se a alguém for confiado servir de juiz entre dois homens, é um preceito da lei de natureza que trate a ambos equitativamente. [...] Portanto aquele que for parcial num julgamento estará fazendo todo o possível para afastar os homens do uso dos juízes e árbitros, por conseguinte (contra a lei fundamental da natureza) estará sendo causa de guerra” (HOB-BES, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2a ed., 1979. São Paulo: Abril Cultural, p. 92.

⁵⁰ REIS, Palhares Moreira. **Processo disciplinar: comentários com instruções e esclarecimentos desde a denúncia de irregularidades até a revisão do processo**. 2.ed. Brasília: Consulex. 1999. p. 118.

competência pública, e aponta para condições pessoais que possam interferir no adequado cumprimento dessa competência, ou seja, na sua atuação de modo objetivo e justo diante de interesses contrapostos.⁵¹

Poder-se-ia também afirmar que a imparcialidade, nos processos administrativos é mitigada, porque a Administração Pública atua como parte e juiz, concomitantemente, por isso haveria um binômio e não um trinômio, como no direito processual civil.⁵²

Entende-se não haver incompatibilidade, porque ao decidir haveria desvinculação do conteúdo da posição de parte em sentido formal do conteúdo de parte em sentido substancial.⁵³

Na esteira desse pensamento, novamente a lição de Iuri Carvalho:

Podemos considerar parte a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que puder ter sua esfera de direitos afetada pelo ato administrativo. Assim, a Administração, enquanto pessoa jurídica, somente será parte se sua esfera de direitos puder ser afetada pelos efeitos do ato administrativo. O atributo parcial ou imparcial aponta para algo bem diferente: refere-se ao indivíduo a quem é atribuída uma competência pública e aponta para condições pessoais que possam interferir no adequado cumprimento desta competência, ou seja, na sua atuação de modo objetivo e justo.⁵⁴

O que defendemos aqui é que a função acusatória, ou mais propriamente, a função de promoção da responsabilidade do servidor, na fase instrutória e de defesa, não deveriam ser atribuídas aos mesmos agentes públicos que compõem a Comissão, porque ele se veria no dilema de ver confundido qualquer ato de ativismo processual (na forma de inquirir as testemunhas ou buscar provas que pudessem induzir a punição do servidor) com parcialidade.

Deveria sim, ser atribuída a um agente público que, no processo disciplinar, tivesse uma função específica e definida, qual seja, de acusar, de ver provados os fatos imputados e de ver aplicada a sanção

⁵¹CARVALHO, Iuri Mattos de. Do impedimento e suspeição no processo administrativo (arts. 18 a 21) In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.) **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p.127.

⁵²CRETELLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 40.

⁵³FLORESTANO NETO, Miguel. Da competência administrativa (arts. 11 a 15). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.) **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 95-96.

⁵⁴CARVALHO, Iuri Mattos de. Do impedimento e suspeição no processo administrativo (arts. 18 a 21). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (Coord.) **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 135-136.

administrativa, inclusive de recorrer caso entenda que a punição foi desproporcional às faltas cometidas.

A sanção administrativa, segundo Daniel Ferreira, consiste na: “direta e imediata conseqüência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, a ser imposta no exercício da função administrativa, em virtude de um comportamento juridicamente proibido, comissivo ou omissivo.”⁵⁵

É exatamente por não existir esta figura de promotor do “jus puniendi” que se cria um dilema, à medida que a Comissão deve, “[...] imbuída de boa-fé diligenciar por todos os meios legais para identificar a autoria e a materialidade dos fatos. Assim, havendo procedido dentro da legalidade e de forma diligente, nenhuma responsabilidade pode ser cobrada dos membros [...]”,⁵⁶ devendo contudo, ao mesmo tempo, manter-se imparcial, não sendo fácil, mormente ao leigo, distinguir parcialidade da diligência.

Por isso, uma atuação mais diligente pode resultar na imputação de parcialidade, embora ela seja afastada sob o argumento de que a Comissão não julga: “Quanto à alegada suspeição da Comissão, por motivo de parcialidade, é certo que o impetrante atribui a esse órgão uma competência que não têm: a de julgar.”⁵⁷

A tendência natural assim, para que a Comissão mantenha a aura de imparcial é abdicar, em algum grau, da diligência na apuração da autoria e da materialidade do ilícito administrativo, ou, pelo menos mascarar (a diligência).

O defeito reside no fato do processo disciplinar guardar alguma identidade com o inquérito policial, destinado à apuração da autoria e da materialidade; no crime, é sucedido pela ação penal, com a formulação de uma acusação pelo Ministério Público, produção de provas, inclusive determinação de baixa para diligências complementares etc., enquanto na seara administrativa, o que seria o mero relatório, já propõe uma solução que, salvo divórcio da prova dos autos, vincula a autoridade que proferirá a decisão.

É evidente que esta condição de propositor de uma solução, outorgada à Comissão, aliada ao dever de imparcialidade, acompanhada pela atuação da defesa do acusado, afeta o resultado, principalmente para a prevalência do direito de punir, mas não só para ele.

A própria ampla defesa resta lesionada nesse ínterim porque

⁵⁵CORREA BITTENCOURT, Marcus Vinícius. **Considerações sobre o processo administrativo disciplinar**. Disponível em: < http://www.vemconcursos.com/opinioao/index.phtml?page_id=1847>. Acesso em: 21.02.07

⁵⁶VIEIRA, Judivan J. **Processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Thomson/IOB, 2005. p. 63.

⁵⁷Trecho do parecer da Subprocuradora-Geral Odília da Luz Oliveira, transcrito no voto do Relator, Ministro Carlos Velloso, nos autos do Mandado de Segurança nº 21.635-2-PE, com decisão publicada pelo STF, em 20.04.95 In: SILVA, Edson Jacinto. **Sindicância e processo disciplinar**: doutrina, jurisprudência e prática. Leme-SP: Ed. Direito, 1999. p. 217.

quando o contraditório é exercido, com as sucessivas falas, se põe em realce os fatos desfavoráveis, de forma que, a parte que possa por eles ser prejudicada tem como a eles se opor, apresentando argumentos e provas. Como a Administração fica silente, somente se manifestando ao final, no relatório, o acusado pode ser surpreendido com uma interpretação absolutamente esdrúxula ou mesmo com uma nuance cuja relevância não percebeu e que poderia ser decisiva para o desfecho que levou à sua punição.

Também o princípio da eficiência que norteia todos os atos administrativos, resta lesionado. De fato, como vaticina Moreira Pires: [...] a instrução deve abarcar todas as hipóteses possíveis, evitando-se providências de ordem burocrática que prestigiem meras formalidades, mas ao final, estejam desprovidas de conteúdo. Deve-se ter como baliza o princípio da eficiência albergado em nossa Lei Maior [...]”⁵⁸

Ora, quais são as hipóteses possíveis?

Muitas vezes, uma representação contra um servidor faltoso é feita sem qualquer preocupação com a total narração dos fatos e seu enquadramento, mesmo porque, sucede de que ao fato denunciado, no curso das investigações, se acrescerem vários outros, com prejuízos tanto à acusação (que imputa mal), quanto à defesa (que pode ser surpreendida). A atuação da acusação, em todos os momentos, inclusive com a possibilidade de aditar a peça acusatória (com refazimento de todos os atos sucessivos) seria benfazejo tanto para a Administração, quanto para o servidor (que não sofreria um segundo processo em razão de nulidades).

Também um servidor que exercesse função acusatória como mister, poderia ser aperfeiçoado e se aperfeiçoar nesta atividade, de forma a eliminar, gradativamente, os defeitos na sua atuação. A constituição de Comissões “ad hoc” também tem este inconveniente (de se tratar algo sério e permanente como o poder disciplinar, como algo eventual e secundário).

A aplicação do princípio da eficiência ao processo disciplinar implica tanto no aperfeiçoamento da atuação da Administração no exercício do “jus puniendi,” quanto na observância do contraditório e da ampla defesa, porquanto nulidades que impliquem no refazimento de atos ou mesmo em apuração insuficiente, atentam contra o princípio da eficiência.

Também o princípio da economicidade (máximo resultado, com a mínima despesa) resta comprometido quando há a anulação de atos e necessidade de refazimento. Um efetivo contraditório implicaria sempre

⁵⁸PIRES, Lílian Regina Gabriel Moreira. Da instrução do processo (arts. 36 a 47) In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 176.

no afloramento imediato de qualquer vício, conforme ocorresse, sem prejuízo derivado da prática de vários atos posteriores, viciados pelo ato antecedente. Ademais, considerando-se que ao acusado muitas vezes interessa a nulidade, não enxergada pela Comissão, que a produziu, é evidente que a presença do acusador seria uma garantia a mais contra a existência de vícios.

Daí decorre a ofensa a outro princípio administrativo, o princípio da Supremacia do Interesse Público.

Um exame da doutrina que trata do processo administrativo disciplinar leva à conclusão de que, quando se fala de contraditório, se tem em mente apenas o acusado e não a acusação, ou seja, a Administração. Neste sentido, o contraditório está umbilicalmente ligado à ampla defesa e, ao mesmo tempo, completamente divorciado da acusação.

Entretanto, na acusação pode residir, na maioria dos casos, a defesa do princípio da supremacia do interesse público. Assim, no afã de se garantir a ampla defesa do servidor (que efetivamente não pode ser olvidada), relega-se a plano secundário o interesse público, que deveria, contudo, prevalecer em todos os casos.

Este interesse público é que impõe, em um primeiro momento, que o acesso aos empregos e cargos públicos se dê, via de regra, após regular aprovação em concurso; é este interesse também que impõe aos servidores agir com eficiência, economicidade etc.

O interesse público exige tanto que os bons servidores sejam protegidos de perseguições ou falsas acusações, quanto que os maus servidores sejam punidos, suprimindo-se a sensação de impunidade, a gerar um novo modo de atuação no universo de servidores e um aumento da confiança na própria instituição.

Um processo disciplinar que não demonstre que a Administração agiu com eficiência e impessoalidade para buscar a punição, sempre levantará sob o acusado a mácula de ter sido absolvido não por ser inocente, mas porque a Administração foi ao acusá-lo e processá-lo, ineficiente (deliberadamente ou não).

5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E PROCESSO DISCIPLINAR

O processo - também o processo disciplinar - é forma ou conjunto de formas. As formas não podem ser consideradas meros entraves, principalmente quando sua finalidade é garantir tanto a participação das partes nas atividades processuais (contraditório) quanto a garantia de que o direito de petição e de defesa serão respeitados. O atendimento das formas, além de estabelecer uma regra orientadora para as partes e para a Comissão, lhes dá uma boa margem de segurança e previsibilidade para

atuar. Nessa ótica, tem-se que as “formas processuais não são mais que o preço que as pessoas têm de pagar pela sua liberdade, constituindo, na verdade, uma garantia para a defesa de seus direitos.”⁵⁹

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, justificam a presença das formas no processo, devendo ser cotejados, na aplicação, com o princípio da finalidade.⁶⁰

Cabe indagar se há um processo administrativo disciplinar ou um mero procedimento, em razão da ausência da atuação de um órgão acusador. Se é verdade que há um meio procedimental, com forma determinada (ainda que por vezes estabelecida em regulamentos e regimentos internos), é duvidosa, segundo a doutrina mais recente, a existência de um processo disciplinar, diante da ausência de um ente da Administração destinado à acusação:

[...] lembremos que há na mais recente doutrina italiana, posição sobre a natureza jurídica do processo, desenvolvida pelos professores da Universidade de Roma N. Picardi e E. Fazzalari, segundo a qual o processo nada mais seria que um procedimento caracterizado pela presença do contraditório, isto é, no qual necessariamente deve-se buscar a participação daqueles, cuja esfera jurídica pode vir a ser atingida pelo ato final desse procedimento.”⁶¹ (grifo nosso)

Ora, duas são as esferas jurídicas que podem vir a ser atingidas no processo disciplinar, uma da Administração Pública e outra do acusado. A Administração Pública enquanto órgão imparcial de apuração e proposição de solução, não pode ser confundida com a Administração enquanto parte interessada na punição.

O Ministério Público, enquanto titular da ação penal, representa a vontade do Estado, mas nem por isso, sua atividade poderia ser exercida, diretamente, pelo juiz.

Ora, tendo em vista a pequena gravosidade de muitas penas previstas nas leis penais, principalmente nas chamadas contravenções, em comparação com a gravidade das penalidades que podem derivar de processo disciplinar (perda de função pública, suspensões longas etc.) é evidente que não se pode considerar, também do ponto de vista do acusado,

⁵⁹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 140.

⁶⁰Os atos processuais somente dependem de forma estabelecida, quando assim estiver explícito no ordenamento; ainda assim, se o ato praticado por forma diversa atingir a finalidade, deve ser tido por válido.

⁶¹FAZZALARI, E. **Istituzioni di diritto processuale**. 4.ed. Padova: CEDAM, 1986. p. 77 e ss. Apud GUERRA, Willis Santiago, Filho. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002. p. 42.

o processo disciplinar de somenos importância, a autorizar a cumulação na Comissão, das funções de acusar, instruir e propor sanção disciplinar.

Talvez se explique a ausência de um contraditório efetivo ao fato de que a Constituição anterior limitava a aplicação do mesmo contraditório, apenas aos Processos penais (art.153, § 16, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1967), embora a doutrina e a jurisprudência tivessem projetado a aplicação também aos Processos administrativos, civis e trabalhistas.

O princípio do contraditório, como pontifica Dinamarco, possui dupla destinação (a lei deve instituir meios de participação das partes no Processo e o juiz – ou a Comissão Disciplinar - deve franqueá-los); impõe que todos os procedimentos contenham momentos para que as partes peçam, aleguem e provem; o contraditório se resolve mediante a reação aos atos desfavoráveis (da parte contrária ou do juiz); impõe ainda informação válida, para provocar a reação; impõe ao juiz participar ativamente das provas (atos de direção, de prova e de diálogo) e efetiva direção do Processo (pelo impulso e saneamento, evitando atividades inúteis e retrocessos); a mitigação do princípio do dispositivo, tendo o juiz o poder-dever de suprir as deficiências probatórias; o juiz deve participar do contraditório, pelo diálogo com as partes, sendo exemplo o art.331, do CPCB e o art.16 do Nouveau Códice de Procédure Civile francês, segundo o qual o juiz “não pode fundamentar sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de-ofício, sem ter previamente chamado as partes a apresentar suas alegações.”⁶²

A ausência de atuação da acusação, como referido alhures, tanto implica em possibilidade de se delinear o ato desfavorável apenas ao final, de inopino e surpresa, como também em deficiências probatórias, mormente em detrimento da Fazenda Pública, que ao contrário do servidor acusado, apenas de forma não singular é que conta com a atuação proativa da Comissão, na apuração.

Barbosa Moreira reconhece que o princípio do contraditório se compreende na necessidade de assegurar às partes, o pleno gozo das garantias que o ordenamento lhes deve proporcionar, com o fito de permitir-lhes influir no desfecho do Processo.⁶³

Nessa ótica, a Comissão que esteja, de alguma forma, inspirada a absolver o servidor, não determinará diligências, encaminhará as provas para esta finalidade etc., mesmo que o faça sem perceber. Por outro lado, se estiver convencida de que deve condená-lo, poderá não deixar transparecer esta opinião até indicar a punição à autoridade

⁶²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Tomo I, p.133-137.

⁶³MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, n. 35, p.231, set./dez. 1984.

administrativa. Destes vícios não padece a acusação que, sendo órgão parcial, tenderá, desde o início, indicar as razões de seu entendimento e encaminhar os requerimentos de provas, no sentido de comprovar sua tese.

A maioria das causas decididas pelo Poder Judiciário depende da convicção do órgão judicial acerca dos fatos de que se originou o litígio; as exceções óbvias são as causas em que o julgamento depende apenas da solução de questões de direito. Decorre dessa constatação a importância de se assegurar às partes, na atividade instrutória, o pleno gozo das garantias que ordenamento lhes deve proporcionar, permitindo-lhes influir no desfecho do Processo, bem como, uma atuação eficiente na defesa de seus interesses, principalmente no esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório, de que se servirá o juiz para reconstruí-los.⁶⁴

Ora a atividade instrutória em um processo disciplinar, em que não funcione órgão de acusação tenderá a ser morna, porque qualquer tentativa probatória relevante que indique determinado desfecho para o processo, poderá indicar parcialidade.

O Juiz, face ao seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas de forma equidistante⁶⁵ a elas, quando ouve uma, necessariamente deve ouvir a outra, somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor as suas razões, de apresentar as suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz.

É um contra-senso que a Comissão fale após cada manifestação do acusado, apresentando razões contrárias etc., podendo ocorrer, quando muito que, em razão de determinada manifestação, se determine a realização de alguma prova, a expedição de algum ofício, a realização de alguma constatação in loco etc.

Ora, se somente pela porção de parcialidade das partes, uma apresentando a tese e outra a antítese, é que o juiz pode fazer a síntese⁶⁶ corporificada na motivação decisória. Este procedimento, observado em todas as fases do Processo, pode ser reconhecido como o estabelecimento do contraditório entre as partes, não há como reconhecer a existência de contraditório, quando a tese e a síntese possuem a mesma autoria.

Mas o contraditório não se limita às manifestações das partes nos autos. Para que o contraditório possa ser considerado como observado,

⁶⁴Id. Ibid.

⁶⁵"O juiz deve submeter-se ao governo das leis e agir como um guardião do sistema jurídico, mantendo-se **equidistante** dos interessados. Sua atividade subordina-se exclusivamente à lei, a cujo império se submete como penhor de **imparcialidade** na solução do conflito de interesses." (PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3.ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997. p.40.

⁶⁶CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1991. p. 55.

essas manifestações devem ser consideradas, conforme ensina André Cordeiro Leal, lembrando que a racionalidade decisional no Estado Democrático de Direito, já não permite a mera indicação de textos legais e de fórmulas de que se utilizara para a aplicação das normas ao caso posto pois:

[...] extirparia das partes o direito fundamental de construir discursivamente a própria racionalidade decisória. Mais do que a garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para motivação das decisões. Uma decisão que desconsidere, em seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade.⁶⁷

É exatamente a falta de manifestações sucessivas, no curso procedimental pela Comissão (o que não poderia fazer sem perder a imparcialidade) é que prejudica tanto a coleta das provas, quanto o próprio exercício da defesa, que somente conhecerá a posição da Comissão, ao final, após esgotadas as possibilidade de prova em contrário, portanto, de exercício do contraditório.

O contraditório está ligado à ampla defesa (na realidade o contraditório é uma emanção da ação e da defesa), podendo ser definido como a bilateralidade processual, determinando a manifestação das partes após argumentos, razões ou documentos oferecidos pela parte adversa, bem como, a ciência das ocorrências processuais, manifestação, contraposição, possibilidade de contrariar, de se manifestar, em prazo razoável sobre as questões de fato e direito. O fundamento lógico decorre do caráter bilateral da ação que como direito a um provimento jurisdicional, deve propor-se nos confrontos de uma contrapartida na sua esfera jurídica. O fundamento prático é que através dessa mesma atividade contraposta, facilita-se no Processo civil, dentro dos limites das questões propostas pelas partes ao juiz, a procura dos fatos e a atuação da lei, além de evitar a ocorrência de acontecimentos inesperados, que apenas servem para diminuir a fé na Justiça, como instituição.

É fácil concluir que isto não ocorre nos processos disciplinares, não se podendo anuir, data venia com entendimentos que reconhecem na Comissão a dúplice função, sem prejuízos por que “não julga,” como se não propusesse ela uma solução em alto grau vinculativa.

⁶⁷LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões: no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 105.

O contraditório é a razão principiológica do tratamento igualitário das partes, ou seja, reside no princípio da igualdade, em sua projeção processual (objeto de princípio constitucional próprio - o contraditório), aliado à proteção da dignidade das partes, dele decorrendo o dever de tratar as partes igualmente, oportunizando-lhes interferir, de forma efetiva, na produção da prova e na prática de todos os atos que servirão à formação da decisão. Quais manifestações a Comissão poderia fazer no iter procedimental sem demonstrar parcialidade? Como pode ela interferir, de forma mais ativa ou contundente na fase instrutória, sem levantar suspeitas quanto à equidistância? Estas questões não podem ser respondidas sem se colocar em dúvida a aplicação do contraditório, garantido constitucionalmente, nos processos disciplinares.

O contraditório substancial e não meramente formal assim o exige, como ensina Leal:

[...] é contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamentos, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos.⁶⁸

Sem atuação *pari passu* dos fatos, a reconstrução se dá ao final, de inopino, com base em materiais colacionados na fase instrutória pela atuação, principalmente, da defesa e, de forma contida, pela própria Comissão.

Por tudo o que foi dito é possível concluir que nos processos disciplinares não há contraditório real, em prejuízo da Administração Pública, mas também em prejuízo do servidor acusado, porque o contraditório serve, principalmente, para que as partes possam produzir uma ampla defesa⁶⁹ de seus direitos e interesses no processo. É a ampla defesa que protege o contraditório.

Se, nos processos judiciais o direito de defesa deve ser concedido na mesma medida, com a mesma amplitude que o Direito de Ação, pois um não se justifica sem o outro, assim também deveria ser nos processos administrativos, para que o direito de defesa pudesse ser exercido em plenitude. O direito de defesa, segundo Diomar Ackel Filho compreende:

⁶⁸Id. *Ibid.*, p. 77.

⁶⁹Eduardo Couture, em seu *Vocabulário Jurídico*, conceitua defesa como o “conjunto de atos tendentes a proteger um direito, seja mediante a exposição das pretensões inerentes ao mesmo ou mediante a atitude de repelir as pretensões do adversário”, anotando que a palavra *defesa*, origina-se do latim *defendere*, com o significado de *desviar-se de um golpe*.” (*Apud* SNICK, Valdir. **Princípios de defesa na constituição**. São Paulo: Iglu Ed., 2002. p.122).

[...] como primeiro requisito, a garantia de ser ouvido, de negar ou de afirmar, de calar ou de justificar, de rebater ou de explicar, indicando os meios como poderá ser provada a verdade, com a oportunidade de produzir tal prova... Seria uma meia-defesa ou não seria defesa alguma, jamais configurando o direito em tela e iludindo o devido processo legal. Porque sem o direito de ser ouvido e de produzir provas, com seus corolários, não há falar nem processo, nem em devido processo legal. Em tal hipótese, há somente inquisição e arbítrio, tornando tabula rasa os direitos humanos proclamados pelas grandes declarações e adotado pelas cartas constitucionais.⁷⁰

Sem a defesa e acusação, o processo não pode realizar seu fim, que é a decisão justa, baseada em visão bilateral dos fatos, no diálogo e não no monólogo. Sem defesa e a acusação, aliada à imparcialidade da Comissão, não haverá o equilíbrio necessário para uma decisão que preserve o interesse público, mais do que isso, a excelência do serviço público, a confiabilidade das instituições e até os servidores injustamente processados, diante das dúvidas que poderão pairar sobre a eficiência dos meios de apuração e punição de faltas funcionais.

A Comissão Disciplinar para poder agir com independência e imparcialidade dependeria da atuação de um agente público, com função específica de acusar e provar (a acusação).

6 POLÍTICA JURÍDICA: CORREGEDORES-PÚBLICOS

Não há, no nosso ordenamento jurídico, a função específica de acusador-administrativo.

O Decreto n. 5.480/2005, do Presidente da República, embora tenha manifestado toda uma preocupação com a efetividade do sistema de correição, no Poder Executivo Federal, praticamente criou uma estrutura de fiscalização da atividade punitiva e de seu exercício. De qualquer forma, sua aplicação estaria circunscrita ao Executivo Federal, não abrangendo nem o Legislativo Federal, nem o Judiciário Federal, muito menos as outras esferas do Poder Público.

A questão é de política jurídica, portanto. A política jurídica propõe o ingresso ou o expurgo de normas jurídicas do sistema normativo, na medida de sua utilidade, justiça e justiça.

Nosso sistema jurídico não se preocupou com a questão da acusação nos processos administrativos disciplinares, senão no sentido

⁷⁰ACKEL FILHO, Diomar. The due process of law. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, São Paulo, v.99, p.9, mar./abr. 1986.

de garantir a ciência ao acusado de seu conteúdo para os fins da ampla defesa e da apresentação da contrariedade.

Este sistema não é suficiente, nem eficiente.

Propomos que cada ente da Administração Pública possua um “Corregedor” (ou Acusador ou Advogado, etc. - a denominação é pouco importante), se necessário auxiliado por Sub-Corregedores, cuja função única seja a de dar início aos processos administrativos-disciplinares e/ou acompanhá-los (nas fases postulatória, decisória e recursal), sempre visando fazer prevalecer o interesse da Administração Pública de punir.

Caberia a este agente público a nobre tarefa de acusar e buscar provar os termos da acusação e de exercer, em nome da Administração, o contraditório durante o processo disciplinar.

É evidente que se a denúncia for oca ou absolutamente infundada, o “Corregedor” não estará obrigado a dar início ao processo disciplinar, sem prejuízo de que o terceiro prejudicado denuncie o fato ao Ministério Público, Tribunal de Contas, Controladoria etc. ou mesmo busque, judicialmente, a responsabilização de quem de direito. Deverá, contudo ser criado um sistema recursal que possibilite um exame revisional no caso de arquivamento, como ocorre também no Ministério Público.

O mesmo sistema deveria ser utilizado, inclusive, nos órgãos de fiscalização profissional (OAB, CREA, CRECI, CRM etc.), para evitar que mesmo a insinuação de corporativismo jamais prevaleça, em contar o evidente interesse público que levou à regulamentação de determinadas atividades, cuja prevalência exige medidas idênticas às preconizadas para o restante da administração pública.

7 CONCLUSÃO

Uma incursão na doutrina e na jurisprudência leva a concluir que nelas, via de regra, as referências ao contraditório estão, mais propriamente, inseridas na campo da ampla defesa, ou seja, não há uma preocupação com a atuação da “acusação” na fase de instrução.

A atividade acusatória se esgota na denúncia do ilícito à autoridade administrativa.

Se poderia afirmar que a Administração é uma é que estaria representada na Comissão Disciplinar. Entretanto, é atributo da Comissão Disciplinar a imparcialidade e a isenção. Ao se reconhecer ao acusado a ampla defesa sem atuação de órgão destinado à acusação, quebra-se o equilíbrio processual, porquanto, embora ele possa influir na produção da prova, visando sua absolvição, não há qualquer atuação da Administração, por elemento diverso dos componentes da comissão sindicante/disciplinar visando a comprovação da imputação e a aplicação da penalidade.

Sem bilateralidade não há contraditório; portanto, não há contraditório, em sentido técnico no processo administrativo disciplinar, não obstante expressa imposição constitucional nesse sentido.

É preciso então, em termos de política jurídica, a instituição da figura do acusador nos processos disciplinares, para preservar a imparcialidade da Comissão, a ordem jurídica, a ampla defesa (que não pode ser surpreendida) e a própria supremacia do interesse público.

A Administração precisa aperfeiçoar o sistema de admissão, formação, avaliação e punição de servidores e aumentar assim sua eficiência, reduzindo seus custos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000. 1014p.

ACKEL FILHO, Diomar. The due process of law. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, São Paulo, v.99, p.9, mar./abr. 1986.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1991.320p.

ARAÚJO, Fernando Eugênio. Limites do poder discricionário da Administração Pública na aplicação das sanções disciplinares aos servidores públicos . **Jus Navigandi**, Teresina, v.9, n.495,14 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5925>>. Acesso em: 20 fev. 2007.

BARROS, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 320p.

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. 7.ed. Coimbra: Almedina.

CARVALHO, Iuri Mattos de. Do impedimento e suspeição no processo administrativo (arts. 18 a 21) In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.) **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum. 2004.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. 134p.

CONRADO, Paulo César. **Introdução à teoria geral do processo civil**. São Paulo: Max Limonad, 2000. 363p.

CORREA BITTENCOURT, Marcus Vinícius. **Considerações sobre o processo administrativo disciplinar**. Capturado em <http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml?page_id=1847>, em 21.02.07.

COUTURE, Eduardo, *Apud* SNICK, Valdir. **Princípios de defesa na Constituição**. São Paulo: Iglu Ed., 2002.

CRETELLA JR., José. **Prática do processo administrativo**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Atlas. 2000..

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 695p. Tomo I.

FAZZALARI, E. **Istituzioni di diritto processuale**. 4.ed. Padova: CEDAM, 1986. p.77 e ss. *apud* GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2002. 234p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo dicionário século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128p.

FLORESTANO NETO, Miguel. Da competência administrativa (arts. 11 a 15) In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**. Madrid: Civitas 1995 *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões:** no direito processual democrático. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 111p.

LUZ OLIVEIRA, Odília. Trecho de parecer transcrito no voto do Relator, Ministro Carlos Velloso, nos autos do Mandado de Segurança nº21.635-2-PE, com decisão publicada pelo STF, em 20.04.95 In: SILVA, Edson Jacinto. **Sindicância e processo disciplinar:** doutrina, jurisprudência e prática. Leme-SP: Ed. Direito, 1999.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26.ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestrero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo.** 4.ed. São Paulo: Malheiros. 1993. 484p.

PIRES, Lílian Regina Gabriel Moreira. Da instrução do processo (arts. 36 a 47). In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (Coord.). **Comentários à lei federal do processo administrativo (Lei nº 9.784/99).** Belo Horizonte: Fórum. 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A garantia do contraditório na atividade de instrução. São Paulo: Revista dos Tribunais. **Revista de Processo**, n. 35, set./dez. 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 7.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. 265p.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença.** 3.ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1997.168p.

REIS, Palhares Moreira. **Processo disciplinar:** comentários com instruções e esclarecimentos desde a denúncia de irregularidades até a revisão do processo. 2.ed. Brasília: Consulex,1999.

SILVA, Moacyr Motta. **O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio da justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz.** Texto elaborado para o 1º ENCONTRO DE MAGISTRADOS DO SUL E DO SUDESTE DO BRASIL, do qual o autor participou como Painelista.

SNICK, Valdir. **Princípios de defesa na constituição.** São Paulo: Iglu Ed., 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A nova lei da execução fiscal e outros estudos.** São Paulo: LEUD, 1982.

_____. Princípios informativos e técnica de julgar no processo civil. **Revista Forense**, n. 268, out./dez. 1979. p. 103

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 262p.

VIEIRA, Judivan J. **Processo administrativo disciplinar.** São Paulo: Thomson/IOB, 2005.

VINCI JÚNIOR, Wilson José. O servidor público estatutário e a nova ordem de competência da Justiça do Trabalho estabelecida pela E.C. nº 45/04. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/34/2334> . Acesso em 15.02.07.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CONTRATO DE FACÇÃO: FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATANTE POR CRÉDITOS TRABALHISTAS DOS EMPREGADOS DA CONTRATADA

Oscar Krost*

Os que trabalham têm medo de perder o trabalho.
Os que não trabalham têm medo de nunca encontrar trabalho.
Quem não tem medo da fome, tem medo da comida.
Os automobilistas têm medo de caminhar e os peões têm medo de ser atropelados.
A democracia tem medo de recordar e a linguagem tem medo de dizer.
Os civis têm medo dos militares, os militares têm medo da falta de armas.
É o tempo do medo.
Medo da mulher à violência do homem e medo do homem à mulher sem medo.
"O medo global"

Eduardo Galeano

1 INTRODUÇÃO

Ao optarem por viver em sociedade, fazem os homens uma escolha pautada nas vantagens e desvantagens daí advindas, aderindo ao chamado "contrato social."¹ Assumem de forma direta a responsabilização pelos efeitos produzidos por seus atos.

Tal observação ganha ainda maior relevância se consideradas as profundas alterações pelas quais atravessa o processo produtivo, especialmente por sua fragmentação e por seu desmembramento, pelo repasse a terceiros de atividades tidas por desvinculadas do fim do negócio, dando origem ao neologismo "terceirização," atualmente em voga.²

Todavia, por ausência de regulação específica, bem como pelo

* Juiz do Trabalho da 12ª Região/SC

¹ Desde o século XVII, com Thomas Hobbes, autor de "Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil" (1651), se desenvolve no Ocidente a idéia da convivência humana em uma sociedade politicamente organizada, com diversos fundamentos e concepções de Estado. O tema também foi objeto de estudos por John Locke, em "Tratado do governo civil" (1689), e Jean-Jaques Rousseau, em "Contrato Social" (1762). Ainda hoje, em vista da globalização e da formação de grandes blocos econômicos em que as fronteiras nacionais são relativizadas, como a União Européia, a matéria suscita discussões e questionamentos. (PANIAGUA, 1988, pp. 111 e segs).

² A terceirização representa, segundo palavras de José Augusto Rodrigues Pinto e de Rodolfo Pamplona Filho "a transferência de segmento ou segmentos do processo de produção da empresa para outras de menor envergadura, porém de maior especialização na atividade transferida", esclarecendo, ainda, o primeiro, que "o neologismo, embora tenha sido

pouco tempo de existência, alguns fenômenos acabam por ocupar uma zona “cinzenta,” carecendo de uma qualificação jurídica precisa, tarefa destinada aos operadores do Direito.

Em uma destas situações, se encontram os efeitos gerados em relação à contratante pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas pela contratada em face de seus empregados, no ajuste conhecido popularmente por “facção.” Neste, determinado sujeito repassa a terceiros a realização de dada atividade integrante da produção, efetuando a paga apenas pelas unidades encomendadas e entregues, prática comum no ramo têxtil.

Assim, propõem-se, no presente o exame da relação de emprego, da “terceirização” e da empreitada, além das respectivas hipóteses de co-responsabilização do beneficiário final do trabalho. Por derradeiro, examinar-se-ão as particularidades do “contrato de facção,” inclusive quanto aos efeitos produzidos em face da contratante pelo inadimplemento de créditos trabalhistas pela contratada. Para tanto, serão utilizados textos normativos e doutrinários, além de precedentes jurisprudenciais.

2 RELAÇÃO DE EMPREGO, “TERCEIRIZAÇÃO” E EMPREITADA. CONCEITOS. CO-RESPONSABILIZAÇÃO

Consoante teor dos arts. 2º, *caput*, e §1º, 3º e 442, todos da CLT,

[...] contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”, negócio jurídico que tem por sujeitos o empregador e o empregado, assim compreendidos, respectivamente, “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” ou, por equiparação, “os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados” e “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”³

aceito com foros de irreversível, não expressa, por via de nenhuma das derivações, a idéia do que pretende passar, ou porque a empresa prestadora não é terceiro e sim parceiro, no sentido de contratante direto com a tomadora, nem os empregados de cada uma são terceiros perante elas, ou porque a atividade de apoio não é obrigatoriamente terciária, podendo ser secundária ou até mesmo primária. O que se está tratando, sob essa nova denominação, é apenas de um contrato de prestação de serviço de apoio empresarial, que exprimirá, decerto, com mais eloquência e precisão, seu conteúdo e sua finalidade com o batismo de contrato de apoio empresarial ou, igualmente, contrato de atividade de apoio.” (apud PAMPLONA FILHO, 2001)

³ Não será objeto do estudo em curso o exame da ausência de precisão com que se reveste o conceito legal de contrato individual de trabalho, registrando-se, apenas, decorrer da

O vínculo jurídico se forma diretamente entre o tomador e o prestador de serviços, sem qualquer intermediário. De um lado, o empregador, ente despersonalizado, que responde pelo riscos do empreendimento, dotado de poder de comando. De outro, o empregado, pessoa física e credora de salários, subordinado a ordens.

Destaque-se, ainda, o elemento não-eventualidade, que caracteriza os serviços “necessários e permanentes, vinculados ao objeto da atividade econômica, independentemente do lapso de tempo em que prestado, antítese dos serviços eventuais, circunstancialmente necessários, destinados ao atendimento de emergência,” de acordo com Camino (2003, p.188). Não há relevância, no aspecto, do elemento cronológico ou temporal, mas sim, da pertinência entre o trabalho e o negócio, se essencial ou de apoio.

Na hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas, responde o patrimônio do empregador, podendo, ainda, ser alcançado o de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, pelo que dispõe o art. 2º, §2º, da CLT.

A partir de concepções “modernas” de gestão, tem início o repasse pelo empreendedor da atividade econômica a terceiros da realização de serviços ligados à atividade-meio, reputados acessórios, secundários ou periféricos.

Deixa o empregador “clássico” de manter relação direta com o sujeito que lhe presta labor, alijando-se do poder de comando, não mais contando com a atuação de uma pessoa específica.

De acordo com Souto Maior (2006, p.9) “a terceirização é prática administrativa que se instalou no modelo produtivo que se convencionou chamar de ‘toyotismo’ e “representa um modo de pensar a produção.” tendo por objetivos a produção baseada no fluxo da demanda, o combate ao desperdício, a flexibilização da organização do trabalho, a instalação do *kanban* (sistema que indica a utilização de peça do estoque), a produção de vários modelos, em série reduzida, e o desenvolvimento de relações de subcontratação com fornecedores de autopeças.

No Brasil, o marco inicial da intermediação de mão-de-obra se deu com a edição da Lei nº 6.019/74, instituidora do regime de trabalho temporário, assim compreendido “aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços” (art.2º). Tal espécie de “terceirização” se diferencia pela possibilidade de haver pertinência entre o serviço prestado pelo empregado da Empresa de Trabalho Temporário e aquele visado pela Empresa Tomadora de

controvérsia existente à época da elaboração da CLT entre as correntes contratualista, predominante e aceita nos dias de hoje, anticontratualista e acontratualista ou paracontratualista. Sobre o tema, ver CAMINO (2003, pp. 200-10).

Serviços ou Cliente, bem como pela fixação do prazo máximo de 3 meses para sua duração, ressalvada a hipótese de autorização concedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego (art.10).

Posteriormente, foi atingido o segmento de segurança de instituições bancárias e de transporte de valores, conforme as disposições da Lei nº 7.102/83 (art.10).

O entendimento jurisprudencial, até então, mostrava-se restritivo, tendo o TST editado, por meio da Resolução nº 04/1986, a Súmula 256, a qual consagrava a ilegalidade da “*contratação* de trabalhadores por empresa interposta” em situações não abrangidas pelas Leis nº 6.019/74 e 7.102/83 “formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

Passados alguns anos, marcados por sucessivas crises econômicas e constantes trocas de moeda, bem como pelo crescimento vertiginoso da “terceirização”, reviu o Tribunal Superior do Trabalho seu precedente, o cancelando. Em substituição, editou a Súmula 331, pela Resolução 23/1993, pela qual foi chancelada a intermediação de mão-de-obra quanto a atividades “de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” (item III).⁴

Em que pese o incremento da atuação de empresas “terceirizadas” na economia,⁵ inexistente até hoje legislação própria disciplinando a atividade, a qual é orientada pelos parâmetros estabelecidos na Súmula 331 do TST e por normas esparsas sobre a matéria.⁶

Tanto na contratação de trabalhadores temporários, quanto na “terceirização” de serviços, há margem para responsabilização do destinatário do trabalho - *Empresa Cliente ou tomadora* - por créditos trabalhistas dos empregados da Empresa de Trabalho Temporário e das prestadoras. Na primeira, de forma solidária, em caso de falência da empregadora, enquanto que na segunda, em caráter subsidiário (Lei nº 6.019/74, art. 16, e Súmula 331, item IV, do TST).

⁴ Segundo CAMINO (2003, p. 236), há permissivo implícito no sistema brasileiro de “terceirização” de serviços de asseio e de conservação, pelo previsto no Quadro Anexo do art. 577 da CLT, no 5º grupo, vinculado ao Turismo e Hospitalidade da Confederação Nacional do Comércio.

⁵ De acordo com notícia veiculada no site: <http://www.enas.org.br/?page=noticia&id=610&pais=bra>, da Entidade Patronato constituída pela UGL, “o emprego terceirizado sofreu uma rápida expansão no país nos últimos dez anos. Entre 1995 e 2005, de cada três novas vagas de trabalho criadas no setor privado uma foi pela terceirização, segundo dados divulgados pela Agência Brasil, órgão oficial do governo federal.” (Acesso em 05.10.2007)

⁶ Segundo PASTORE (2006, p. 63), foi retirado do Congresso Nacional pelo Presidente da República o Projeto de Lei nº 4.302/98, após cerca de 6 anos de tramitação, que tinha por finalidade disciplinar o trabalho temporário e a “terceirização”. A justificativa adotada foi de incumbir a discussão da matéria ao Fórum Nacional do Trabalho, em curso.

Se verificada a fraude, pela inobservância dos limites tolerados pela jurisprudência para a “terceirização” de serviços ou fixados em lei para contratação em caráter temporário, por interposta pessoa, configurado se encontra o vínculo de emprego diretamente com o destinatário do labor.

Há, ainda, o contrato de empreitada, caracterizado, segundo Ribeiro de Vilhena (2006, p.310), por “uma determinada execução que necessariamente alcançará um resultado e a contraprestação do credor será o correspectivo desse resultado, não da prestação em si.” Pode contar, também, com o fornecimento de material, sendo regido no Direito Brasileiro pelo disposto nos arts. 610 a 626 do Código Civil.

Não há qualquer regra que imponha ao dono da obra responsabilidade pelos créditos trabalhistas titulados pelos empregados do empreiteiro. Diversamente, podem os empregados do subempreiteiro buscar junto ao empreiteiro o pagamento de valores decorrentes da relação de emprego, na forma do art. 455 da CLT, assegurado o direito de regresso.

O Judiciário, ampliando o espectro tutelar da lei, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SDI I do TST, estendeu ao dono da obra a responsabilidade pelo pagamento de verbas trabalhistas não adimplidas pelo empreiteiro em face de seus empregados, em situações em que aquele seja empresa construtora ou incorporadora, não sendo feita qualquer menção sobre benefício de ordem.

De acordo com os elementos apresentados, possível se traçar um paralelo entre a “terceirização” e a empreitada.

Em ambas, há o repasse do cumprimento de uma dada obrigação, sempre em benefício de uma contratante, sem qualquer vínculo de subordinação ou de pessoalidade entre esta e os empregados da contratada, como regra geral.

No entanto, na “terceirização,” a atuação diz respeito a uma obrigação de meio (serviço), enquanto que na empreitada ajusta-se a realização de uma obrigação de fim ou de resultado (obra).

Tanto em um negócio, quanto em outro, passível a responsabilização da contratante, beneficiária final do trabalho, em gradações variáveis, pela ponderação harmônica do valor social do trabalho com a livre iniciativa, fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro (Constituição, art. 1º, inciso III).

3 “CONTRATO DE FACÇÃO”. RESPONSABILIDADE DA CONTRATANTE POR CRÉDITOS TRABALHISTAS DOS EMPREGADOS DA CONTRATADA. FUNDAMENTOS

Com o passar dos anos, pela dinâmica da vida e pela incessante busca pelo incremento da produção, acompanhada da redução de custos,

criou-se uma figura híbrida na indústria, com elementos de “terceirização” e de empreitada, conhecida por “facção.”

Por tal ajuste, ocorre a fragmentação do processo fabril e o desmembramento do ciclo produtivo de manufatura, antes setorizado, dentro de uma mesma empresa. Há o repasse a um “terceiro” da realização de parte (facção) das atividades necessárias à obtenção de um produto final, fenômeno comum no ramo têxtil.

Ocorre, por óbvio, a transferência de significativa parcela dos riscos do empreendimento, em grande parte das vezes a pequenos artífices, ex-empregados da contratante da “facção,” os quais se vêem obrigados a admitir outros trabalhadores, cujos direitos não encontram garantia no real beneficiário dos serviços.

Atualmente, inexistente consenso na jurisprudência, havendo julgados no sentido de inexistir responsabilidade da contratante, acaso não verificada a pessoalidade dos trabalhadores e a exclusividade da empresa contratada, considerado o cunho comercial com que se revestiria o liame, bem como pela responsabilização subsidiária, em decorrência da aplicação analógica do entendimento vertido na Súmula 331 do TST.⁷

A responsabilização da contratante encontra amparo na Teoria do Risco Criado e do Risco Benefício, na medida em que, segundo Venosa (2007, p.1-6) “o sujeito obtém vantagens ou benefícios e, em razão dessa atividade, deve indenizar os danos que ocasiona,” já que “um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social [...] a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.”

Expondo as matrizes históricas, pondera Salim (2005, p. 24-36) que

[...] a teoria subjetiva não mais atendia à demanda surgida com a transformação social, principalmente ante o pesado ônus da prova que recaía 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.

Se o próprio Direito Civil admite a atribuição de responsabilidade, de forma ampla e geral, a todos os responsáveis pela produção de um dano, em sentido lato, não há justificativa, pelo que dispõe o art. 8º da CLT, para deixar de adotar este entendimento na esfera trabalhista, principalmente se considerada a natureza alimentar dos créditos nela originados.

⁷ Pela ausência de responsabilidade, TST-AIRR-52415/2005-513-09-40, 6ª Turma, Relator Min. Aloysio Corrêa da Veiga, Publicado em 03.8.2007. Em sentido contrário, TST-RR-1621 /2002-011-12-00, 1ª Turma, Relator Min. João Oreste Dalazen, Publicado em 27.4.2007.

A ausência de pessoalidade e de subordinação pelo empregado da empresa contratada não podem servir de óbice à responsabilização da contratante, já que tais requisitos não são exigidos pela jurisprudência quando ajustada a “terceirização” (TST, Súmula 331).

De outro lado, a exclusividade na prestação de serviços sequer se apresenta como elemento essencial do liame de emprego, podendo um empregado manter contratos com empregadores diversos, de modo concomitante, sem que um interfira no outro, caso típico de professores e de médicos, tampouco sendo exigida na “terceirização.”

O cunho civil do pacto firmado entre contratante e contratada também não serve de impeditivo à co-responsabilização daquela, já que desta natureza também se revestem os contratos de “terceirização,” de empreitada e de subempreitada.

O fato do trabalhador atuar fora do parque fabril da beneficiária final do trabalho não apresenta incompatibilidade com a co-responsabilização desta por créditos trabalhistas gerados em face da contratada, já que a própria CLT, ao reger a relação de emprego “típica,” regula hipótese de trabalho em domicílio, em seus arts. 6º e 83. Se dá, tão-somente, a mitigação da pessoalidade, fato igualmente ocorrido na “terceirização” e nas hipóteses de “teletrabalho.”

No campo normativo, amparam a atribuição de responsabilidade solidária entre contratante e contratada no negócio de “facção” pelos préstimos dos empregados desta o disposto nos arts. 927, 932, inciso III, 933 e 942, todos do Código Civil.

A opção pelo repasse de parte do processo produtivo a terceiros traz em si, ainda de modo implícito, a assunção dos respectivos riscos, devendo aquele que assim proceder se cercar de todo o zelo, agindo com probidade e boa-fé, pelo que dispõe o art. 422 do Código Civil.

Afinal, como manifestado por Souto Maior (2000, p.319-22)

[...] ainda que a terceirização representasse – o que não se acredita sinceramente – uma evolução em termos de técnica produtiva, sua implantação não pode resultar na impossibilidade de os trabalhadores receberem os direitos pelos serviços que já prestaram. [...] A responsabilidade, em uma terceirização considerada válida, deve ser sempre solidária, pois de uma forma ou de outra as empresas contratantes utilizam o trabalho prestado pelo empregado.

O próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei nº.8.078/90) atribui a todos os integrantes da cadeia produtiva, do fabricante ao importador, a responsabilidade objetiva por danos causados por produtos ou serviços que apresentem algum tipo de defeito (art.12), não sendo razoável que os

trabalhadores que atuaram em proveito desta mesma linha, tão vulneráveis quanto o destinatário final, estejam desguarnecidos de similar tutela.

Por fim, possível reexaminar o prescrito nos arts. 10 e 448, ambos da CLT, sob o prisma da atual estruturação do sistema fabril, fundamentando a co-responsabilização da contratante no entendimento de que, em sentido amplo, o negócio de “facção” representa uma modalidade de mudança “estrutural da empresa,” atingindo os “direitos adquiridos” pelos trabalhadores, legal e constitucionalmente.

Sob qualquer prisma que se examine a questão, considerando se tratar a busca pelo aprimoramento das instituições de um objetivo incessante, necessário o reconhecimento, pelas vias legislativa e/ou jurisprudencial, da co-responsabilização da empresa contratante pelos haveres trabalhistas decorrentes da relação havida entre a contratada e seus empregados, como forma, inclusive, de assegurar o equilíbrio entre o valor social do trabalho e a livre iniciativa.

4 CONCLUSÃO

Atualmente, por diversos fatores, das mais variadas ordens, vive-se um tempo de constantes mudanças, caracterizado pelas alterações das estruturas sociais, não sendo diferente em relação ao processo produtivo.

Contudo, a carência de normatividade disciplinando alguns fenômenos não podem servir de óbice ao operador do Direito na preservação dos valores fundantes do ordenamento jurídico, por meio de processos de interpretação e de aplicação analógica de normas.

Sob esta perspectiva, com base na ampliação do alcance da responsabilidade civil, cabível o reconhecimento da co-responsabilidade, em sede trabalhista, da contratante por créditos trabalhistas dos empregados da contratada no negócio de “facção,” por ostentar traços similares aos da “terceirização” de serviços e aos da empreitada.

Atuais se apresentam, a este respeito, as palavras de Prata (1982, p. 55), no sentido de que “dentro do espaço específico de ação reservado aos tribunais, encontra-se uma ampla possibilidade de controlo do âmbito e termos da actuação resultante da autonomia privada,” ratificando o entendimento sobre a inexistência, em um regime democrático, de qualquer direito absoluto, mesmo reconhecida a adoção de um modelo de livre concorrência.

REFERÊNCIAS

CAMINO, Carmen. **Direito individual do trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, v.5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2036>>. Acesso em: 02.10.2007.

PANIAGUA, José Maria Rodriguez. **História del pensamiento jurídico**. Madri: Universidad Complutense, 1988. v.1.

PASTORE, José. **As mudanças no mundo do trabalho**: leituras de sociologia do trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

SALIM NETTO, Adib Pereira. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS, n. 257, p.24-36, maio 2005. p.24-36.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Terceirização na administração pública**: uma prática inconstitucional. Porto Alegre: HS, n. 273, p.9-26, set.2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2007. v.4. (Col. Direito Civil).

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2006.

CONCURSO PARA CARGOS OU EMPREGOS PÚBLICOS - CRITÉRIO ETÁRIO PARA DESEMPATE - INCONSTITUCIONALIDADE

Izidoro Oliveira Paniago*

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública, tal qual o setor privado, deve observar o veto constitucional à adoção de critério etário desarrazoado para admissão em cargos ou empregos.

Tal regra, entretanto, não raro segue sendo violada em concursos públicos, geralmente por via oblíqua,¹ qual seja, a adoção de critério etário para desempate.

A sutileza da violação indireta não a faz menos inconstitucional, motivando-nos a explicitá-la, fomentando a discussão e corroborando para que haja fiel cumprimento da Constituição, no particular, reiteradamente violada inclusive em concursos do Judiciário.²

Alicerçando tal desiderato consideraremos inicialmente o princípio da igualdade, intimamente correlacionado ao tema.

2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E VETO À DISCRIMINAÇÃO

O art. 5º, *caput*, da CF positiva o princípio da igualdade, proclamando igualdade de todos perante a lei, dele emergindo a compreensão sedimentada na consciência popular de que é inadmissível a discriminação, inclusive por idade, para fins de contratação.

Há outras disposições na Constituição que corroboram de forma mais específica para com tal regra impeditiva da discriminação etária (art. 7º, XXX e art. 39, §3º).

Tais preceitos, evidentemente, não têm contornos absolutos, reivindicando, ao contrário, interpretação à luz da finalidade que almejam (LICC, art. 5º): evitar a discriminação *desarrazoada e ilógica*, até porque também é de sabença geral que a isonomia pressupõe consideração das diferenças na esteira da conhecida afirmação de Aristóteles consoante a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT 24ª Região. Ex-Juiz Substituto do TRT 23ª Região e Ex-Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul.

¹ A violação direta há muito, é fortemente combatida pelo Poder Judiciário, tornando-se cada vez menos usual.

² Corriqueiramente veiculadores de critério etário de desempate como se infere dos vários editais divulgados na internet.

Bem por isso, poucos ousam sustentar ser inconstitucional a proposta de contratação restrita a pessoas mais jovens para fins de atuação em atividade que reivindique maior vigor físico (p. ex.: Polícia Militar, marcada pela atuação ostensiva).

Acontece que, conforme leciona Celso Antonio Bandeira de Mello só há como ser entendida inconstitucional uma discriminação legalmente fixada quando ela não guarde correlação lógico-racional para como o fim almejado.

Com efeito, leciona o citado doutrinador:

[...] o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;

b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido como critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;

c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.³

Na mesma esteira, considerando a finalidade almejada, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de acordo com o qual é possível, por lei,⁴ restringir o acesso a cargos públicos por requisito de idade, desde que a natureza da função o autorize.⁵

Tal entendimento foi adotado pelo STF antes da EC 19/1.998 que, positivando-o expressamente, acresceu a parte final do art. 39, §3º segundo o qual é possível, quando a natureza do cargo o exigir, restringir o acesso em razão da idade.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio de igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros. p. 21-22.

⁴ Quanto ao estabelecimento de requisitos para ingresso em cargos públicos vige o princípio da reserva legal (exegese da CF, art. 37, I).

⁵ Súmula 683 – O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º. XXX. Da Constituição, quando possa se justificar pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Em síntese, o veto repousa na eleição de discrimen não justificado/desarrazoado e não na discriminação pura e simplesmente, muitas vezes efetivamente necessária.

Fixadas tais premissas, cuidemos da problemática envolta à adoção de critério etário para desempate em concursos públicos.

3 CONCURSO PÚBLICO – CRITÉRIO ETÁRIO DE DESEMPATE - INCONSTITUCIONALIDADE

O concurso público é instituto amplamente republicano que, além de propiciar a escolha dos mais capacitados para o desempenho da função pública (atendendo ao princípio da eficiência), materializa os princípios da igualdade e da impessoalidade possibilitando a todos a participação direta na coisa pública.⁶

O interesse público por vezes justifica, dentro de certa razoabilidade, a fixação de idade mínima/máxima para acesso/desempenho de dada função, sempre por meio de lei (exegese do art. 37, I, da CF e Súmula 14 do STF) e, ainda assim, desde que tal limitação encontre razão na natureza do cargo evidenciando não se tratar de discrimen injustificado.

Já o usual estabelecimento, geralmente via edital, de critério etário para desempate entre candidatos de idêntico desempenho no concurso não tem respaldo no interesse público e não guarda razoabilidade alguma, sendo, incompatível com a CF.

Interpretação dos incisos I e II do art. 37, da CF revela que, nem por lei, é admissível ofensa ao princípio do amplo acesso aos cargos públicos, cabendo ao legislador, respeitando-o, fixar requisitos que guardem estrita correspondência para com a natureza do cargo ou emprego.

Confira-se:

Art. 37[...]

I - os cargos, empregos e funções públicas são **acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei**, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de **aprovação prévia em concurso** público de provas ou de provas e títulos, **de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei [...]**.

Destarte, embora a natureza do cargo/emprego possa, quando for o caso, render ensejo à fixação razoável de limitação etária (art. 39, §3º, parte final da CF), como, por exemplo, exigência de idade mínima de 18 anos e máxima de 45 anos para ingresso nos quadros da PM⁷ (contida

⁶ Princípio constitucional do amplo acesso aos cargos públicos – CF, art. 37, I e II.

⁷ ADMINISTRATIVO – MILITAR – CONCURSO PÚBLICO – LIMITE DE IDADE – A atividade

em diversas leis estaduais), tal razoabilidade não agasalha a eleição de critério de idade para desempate entre os candidatos.

Ora, consagrados na CF tanto o amplo acesso aos cargos públicos como o veto à adoção de critério desarrazoado de idade para fins de admissão (CF, art. 7º, XXX cc art. 39, §3º), e, ainda que a lei autorize, quando caso, a fixação de faixa etária a ser observada, TODOS os candidatos compreendidos em tal faixa estão aptos à função sem que se possa estabelecer entre eles distinção em razão da idade.

Traço marcante do concurso público é a igualdade de condições entre os candidatos (CF, art. 5º, caput), princípio que macula de inconstitucional qualquer previsão de desempate por critério de idade, até porque este *discrímen* não tem razoabilidade entre aqueles que têm idade compatível com a faixa etária eventualmente exigida em razão da natureza especial de uma dada função.

Dito de outro modo, quando a lei autoriza a fixação de limites de idade, já o faz em exceção aos princípios do amplo acesso e da igualdade (sempre considerando a natureza da função), comportando a excepcionalidade interpretação necessariamente restritiva para que todos os compreendidos no parâmetro etário exigido tenham condições isonômicas, afinal o fato de ser mais idoso ou mais jovem não faz um candidato ser a melhor opção para a Administração.

A eleição do *discrímen* etário para desempate fere ainda o primado da eficiência, revelando que a Administração não priorizou critérios outros (v.g., maior pontuação nas matérias de afinidade mais estreita à função) efetivamente correlacionados com as exigências do cargo/emprego e, pois, aptos à escolha do mais capacitado.

Em síntese, cabe à Administração veicular critérios de desempate que além de não contrariarem a CF, prestigiem o concorrente de melhor aptidão sempre considerando a natureza do cargo (decorrência do princípio da eficiência – CF, art. 37, *caput*), abolindo as previsões de desempate por idade, assegurando o tratamento isonômico a todos os candidatos (exegese dos artigos 5º, *caput*, 37, *caput*, e inciso XXI e 39, § 3º, da CF).

militar requer aptidões absolutamente distintas daquelas exigíveis para a grande maioria dos empregos, razão pela qual é de todo pertinente prever-se limitação de idade para o seu exercício – Legalidade do edital, que fixa limite de idade para a inscrição no Concurso de Admissão ao Estágio de adaptação à Graduação de Sargentos da Aeronáutica – 2005, visto que a atividade militar é de natureza especial. – Apelação e Remessa Oficial providas. (TRF 5ª R. – AC 2004.83.00.025426-0-1ªT. – PE - Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas – DJU 10.03.2006 – p.864).

4 INOCUIDADE DE PREVISÕES EDITALÍCIAS QUANTO À CIÊNCIA E PRETENDIDA ANUÊNCIA PARA COM EXIGÊNCIAS INCONSTITUCIONAIS

Os editais de concursos sempre prevêm que o candidato inscrito está ciente e anui às exigências neles divulgadas, inclusive a regra de desempate etário quando utilizada.

Tais previsões não têm o condão de escudar cláusulas inconstitucionais, eivadas de evidente ilicitude nos termos do CC/02, art. 166, II e VI e que são passíveis de declaração de nulidade em qualquer ação judicial, inclusive de ofício, pois é incumbência natural do magistrado aplicar/defender a CF e, nos termos do Código Civil em vigor:

Art. 168 [...]

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Da esterilidade da previsão de ciência/anuência, resulta a ampla possibilidade de questionamento, judicial e administrativo, destinado a extirpar o uso inconstitucional de critério etário para desempate em concursos públicos.

5 CONCLUSÃO

- A adoção de critério etário para desempate em concursos públicos ofende aos princípios da isonomia, do amplo acesso aos cargos públicos e da eficiência, sendo inconstitucional ainda que veiculada por meio de lei;
- São inconstitucionais e nulas de pleno direito as disposições legais e editalícias que fixem critério etário para desempate entre candidatos de idêntico desempenho;
- Cabe à Administração adotar parâmetros de desempate que prestigiem o concorrente de melhor aptidão sempre considerando a natureza do cargo e nunca considerando a idade dos concorrentes habilitados.

HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITOS HUMANOS SOCIAIS DO TRABALHADOR

Rubia Zanotelli de Alvarenga*

No mundo do direito, resiste-se contra a violação da lei, e, às vezes, contra a própria lei, violadora do justo. Mas no mesmo mundo do direito e com igual frequência, os homens se submetem, ora a lei violada, ora à justiça esquecida.

Márcio Túlio Viana¹

1 IMPORTÂNCIA DA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

A interpretação consiste em ferramenta indispensável à boa compreensão da norma que compõe o ordenamento jurídico, visando, sobretudo, a resguardar os preceitos da democracia social, ao levar em conta as condições sociais no momento da aplicação da norma, por meio de recursos aos métodos interpretativos. E os direitos sociais do trabalhador se destinam a garantir o devido amparo e proteção social àqueles que não dispõem dos recursos necessários para viver dignamente.

Neste trabalho, procura-se desenvolver raciocínio a fim de demonstrar a importância de uma interpretação no Direito do Trabalho em conformidade com a realidade social brasileira. No direito, para alcançar os anseios de um povo, deve-se interpretar a lei de forma que gere a justiça social desejada.

Destarte, a atualidade sociojurídica aponta a inefetividade das normas fundamentais do trabalho, a crise da justiça social, a morosidade, o problema de acesso à justiça e a não-implementação dos direitos sociais, etc. E todos esses fatores se expressam pela absoluta falta de função social do Direito, ou seja, pelo cotejo entre o texto constitucional e o contexto social.²

* Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Finac-ES e de Direito Previdenciário da Pio XII-ES. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Curso de Pós Graduação da Fadvale-MG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MG.

¹ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996. p. 24.

² Assevera Lenio Luiz STRECK de que é preciso dar um sentido de Constituição que exsurge da proposta civilizatória do Estado Democrático de Direito, calcado na realização dos direitos fundamentais e da função social do direito. A respeito, consultar o artigo doutrinário A hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do direito a partir da ontologia fundamental. **Revista Filosofia Unisinos**, v. 3, n. 4, p.110, jan./jun. 2002.

Nesse caminhar, necessário trazer à baila o pensamento de Carlos Maximiliano:

É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.³

O papel do intérprete contemporâneo deve consistir em um trabalho construtivo de natureza teleológica, calcado no cotejo da norma com os princípios do Direito do Trabalho, aptos a valorar e a desenvolver a realização dos Direitos Humanos sociais do trabalhador na seara juslaboral. Assim, a interpretação no Direito do Trabalho consiste em reconstruir o conteúdo da norma de Direito Social, em nome da efetividade dos Direitos Humanos, pois, à medida que a lei se afasta de sua finalidade, ela perde seu compromisso com o bem comum.

O intérprete deve estar atento aos princípios constitucionais do Direito do Trabalho por meio de um processo hermenêutico-interpretativo que coadune pelo comprometimento dos Direitos Fundamentais sociais do trabalhador. O intuito das diversas formas de interpretação é o de buscar a implementação dos Direitos Humanos no Direito do Trabalho, tendo como escopo a busca legítima da aplicação da lei e de uma interpretação que compatibilize a norma com a realidade social brasileira.

Os Direitos Humanos sociais do trabalhador foram entronizados na Constituição Federal de 1988 para receberem o *status* de direitos essenciais do homem, ligados à vida digna por intermédio do exercício do trabalho, por estarem intrinsecamente relacionados com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no Direito do Trabalho brasileiro.

Convém, ainda, mencionar o princípio de interpretação jurídica da norma mais favorável (também compreendido na expressão *in dubio pro operário*), que determina que o intérprete deve escolher, entre as várias formulações possíveis para um mesmo enunciado normativo ou diante de várias interpretações que comporta uma norma, aquela que melhor atenda à função social do Direito do Trabalho. Assim protegerá aquele que dependa das políticas sociais para a sua subsistência.

Ana Virginia Moreira Gomes, em sua obra *A aplicação do princípio*

³ Maximiliano, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 1.

protetor no Direito do Trabalho, explana com mestria o significado do princípio em tela:

A regra *in dubio pro operario* constitui um critério de interpretação jurídica, conforme o qual, diante de mais de um sentido possível e razoável para a norma, o aplicador do Direito deve escolher o que seja condizente com o abrandamento da desigualdade material que caracteriza a relação de emprego. Como dimensão do princípio protetor, é um instrumento através do qual este manifesta sua função interpretativa.⁴

A autora salienta ainda: “sendo a regra do *in dubio pro operário* uma expressão do princípio protetor, a finalidade que se busca é a melhoria das condições de trabalho do empregado, devendo ser aplicada a norma no sentido que mais satisfaça a esse fim”.⁵

Convém repisar que a função normativa própria dos princípios possui o condão de invalidar toda lei que com eles seja incompatível. Por isso, eles solucionam problemas interpretativos em situações imprecisas e buscam melhor concretização dos direitos sociais do trabalhador.

Nesse contexto, os Direitos Humanos sociais do trabalhador estão resguardados como cláusulas de imutabilidade e, dessa maneira, absolutamente inaptos à renunciabilidade pelo trabalhador. As cláusulas pétreas garantem a proteção ao *patamar mínimo civilizatório*⁶ com que o Direito do Trabalho brasileiro se sustenta na ordem trabalhista brasileira. Destarte, “além de assegurarem a identidade da Constituição, podem ser elas próprias consideradas parte integrante desta identidade”.⁷

Maurício Godinho Delgado, em sua célebre obra Curso de Direito do Trabalho, ensina:

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral; as normas de tratados e convenções internacionais vigente no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5, § 2, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases

⁴ GOMES, Ana Virginia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 47.

⁵ Id.Ibid.

⁶ A expressão é apresentada por DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 1.322, ao tratar do princípio da adequação setorial negociada, como um dos princípios especiais do ramo do Direito Coletivo do Trabalho.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 422.

salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc.).⁸

Nessa linha de pensamento preceitua Gomes Canotilho

O número essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.⁹

Dessa forma, não podemos deixar de salientar a passagem que se constitui um verdadeiro postulado, da lavra de Mauricio Godinho Delgado, de que “o papel decisivo dos princípios no Direito do Trabalho advém do caráter essencialmente teleológico, finalístico, desse ramo jurídico especializado”.¹⁰

O intérprete não pode ignorar a realidade social e os valores que engendrariam a atividade judicial e jurisdicional de maior justiça e solidez. A solução contida na lei não é plena, sendo forçoso se recorrer a outras fontes e perseguir o chamado direito justo.

A legislação deve compreender um reflexo da realidade e das necessidades de uma sociedade, pois, com o decorrer do tempo, surgem mudanças sociais que devem ser abraçadas pelo legislador. Errôneas, assim, são a análise e a aplicação unitária e isolada de um artigo da lei que contrarie um Direito Fundamental do trabalhador que visa às necessidades humanas reais na sociedade capitalista contemporânea.

Exige-se do intérprete e aplicador do Direito uma interpretação condizente com a totalidade do sistema existente. Para suprir tais lacunas, ou melhor, para atender ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que consiste na erradicação da pobreza, é que o Poder Judiciário, valendo-se do uso da hermenêutica, deve adentrar na interpretação conforme os ditames da justiça social e a plenitude dos fins sociais da norma.

No esteio de Raimundo Bezerra Falcão,

O intérprete não pode esquecer que determinadas normas, ainda quando válidas e vigentes são, às vezes, tão monstruosamente injustas e lesivas ao próprio sentimento

⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 1.323.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed.. Coimbra: Livr. Almedina. p. 450.

¹⁰DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit. p. 197.

de humanidade que se faz aconselhável interpretá-las atenuadamente, quando não seja pura e simplesmente o caso de as interpretar mais com base nos princípios que na letra da lei expressa.¹¹

Nesse sentido, deve o intérprete rejeitar a interpretação que confronte com os princípios fundamentais da ordem jurídica democrática brasileira, consubstanciados nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal de 1988.

A interpretação, como adequação da norma ao fato concreto, pode mudar, de forma significativa a realidade social, pela prevalência dos Direitos Humanos no Direito do Trabalho brasileiro. Por isso, é inadmissível confundir-se o direito com a lei.

Conforme expõe Michel Temer,

[...] a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribuiu às palavras do Texto Constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após a correta apreensão da principiologia que ampara aquela palavra.¹²

Verifica-se, desde logo, que os princípios são de suma importância para o atendimento dos Direitos Humanos sociais do trabalhador, pois exigem do intérprete grande sensibilidade para que capte a essência do ramo juslaboral. Nesse sentido, ao se tratar da busca do sentido normativo juslaboral, devem-se buscar os princípios do Direito do Trabalho que se relacionam com a questão, que são o núcleo de todo o universo juslaboral e que, por isso, devem ser sopesados na medida das necessidades de aplicação do caso concreto. O Direito do Trabalho deve ser interpretado e aplicado de modo consentâneo com o princípio constitucional fundamental da dignidade humana.

Destarte, cumpre ao intérprete e aplicador do Direito do Trabalho a adaptabilidade da norma pela via interpretativa, da correção das desigualdades socioeconômicas que imperam ante o processo econômico neoliberal de desvalorização do ser humano em relação ao poder econômico nacional e internacional, pois o que estamos presenciando no Brasil de hoje são verdadeiras tentativas de fraude à Constituição e aos Direitos Humanos sociais do trabalhador, posto que configurem uma grave ameaça ao Estado Democrático de Direito.

¹¹FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 246.

¹²TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 67.

Conforme ensina Plauto Faraco de Azevedo,

O jurista, visto como técnico a serviço de uma ordem jurídica dita neutra, em verdade é formado para ser o ordenador do poder instituído, seja ele qual for. Preparado para nada contestar, torna-se incapaz de colaborar de modo efetivo na construção da democracia, que passa necessariamente pelo adequado encaminhamento dos problemas suscitados pela justiça distributiva, reclamando agentes de pensamento aberto, habituados ao confronto e discussão de idéias contrárias, capazes de compreender o presente e planejar o futuro.¹³

É preciso estar atento, pois a Constituição Federal de 1988 constitui o diploma supremo nacional do Estado e ela menciona como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o respeito à dignidade da pessoa humana.

Conforme aponta Clémerson Merlin Clève,

Os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloqüente significação.¹⁴

Ao tratar do significado da interpretação no Direito, ensina com vivacidade Lenio Luiz Streck que “não é a interpretação que conduz a alguma coisa, mas antes, é a compreensão que atua como condição de possibilidade desse ato interpretativo [...]”.¹⁵

O autor, ainda, ressalta que “é preciso, pois, desocultar os pré-juízos advindos do pensamento dogmático do Direito que velam e condicionam a

¹³AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 66.

¹⁴CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 14, n. 54, p.30, jan./mar. 2006.

¹⁵Esclarece, ainda, o autor que não foram criadas as condições propiciadoras da abertura necessária e suficiente para a manifestação do ser da Constituição (e de seus desdobramentos jurídico-políticos, como a igualdade, a redução da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos humanos fundamentais, etc.). Por isso, o jurista encontra-se em face do seguinte dilema: como pode o ente constituição vir à presença do agir-cotidiano-dos-juristas e nela permanecer? A respeito disso, consultar o artigo doutrinário Hermenêutica Jurídica: compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos. **Revista Estudos Jurídicos**, v. 37, n. 101, p.37, set./dez. 2004.

interpretação do direito [...]”.¹⁶

Nesse sentido, elucidativo é o estudo proposto por Maurício Godinho Delgado, na obra clássica Curso de Direito do Trabalho, sobre interpretação, integração e aplicação no Direito do Trabalho. Com a mestria que lhe é peculiar, conceitua a interpretação como um “processo analítico de compreensão e determinação do sentido e extensão da norma jurídica enfocada”.¹⁷

Vaticina o professor que a interpretação consiste em um “processo intelectual mediante o qual se busca compreender e desvelar um determinado fenômeno ou realidade de natureza ideal ou fática. É, portanto, uma dinâmica de caráter intelectual voltada a assegurar a seu agente uma aproximação e conhecimento da realidade circundante”.¹⁸

Elucidativo, ainda, é o entendimento de Maurício Godinho Delgado ao tratar da distinção entre hermenêutica e interpretação. Ensina o autor que a hermenêutica traduz “o conjunto de princípios, teorias e métodos que buscam informar o processo de compreensão e reprodução intelectual do Direito”¹⁹, ao passo que a interpretação traduz, no Direito, “a compreensão e reprodução intelectual de uma dada realidade conceitual ou normativa”.²⁰

Nesse sentido, “a interpretação é, em síntese, um processo, enquanto a hermenêutica é a ciência voltada a estudar o referido processo, lançando-se princípios, teorias e métodos de concretização”.²¹

Cabe, ainda, a análise de Reis Friede, ao ressaltar que

[...] interpretação não se confunde com o de hermenêutica, pois a interpretação é, em essência, mera aplicação da hermenêutica, uma vez que somente descobre e fixa os princípios que regem a última. A hermenêutica pode ser, portanto, entendida como a verdadeira teoria científica da denominada arte da interpretação.²²

¹⁶STRECK, Lenio Luiz, A hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do direito a partir da ontologia fundamental. **Revista Filosofia Unisinos**, v. 3, n. 4, p.123, 2002.

¹⁷DELGADO, Maurício Godinho. Op.cit. p. 222.

¹⁸Ensina o professor Maurício Godinho Delgado que toda cultura humana, todo conhecimento, resulta de um processo de interpretação. Os diversos tipos de saber, ou melhor, os diversos graus de saber, resultam, de forma coerente, de processos próprios de interpretação. Consultar a obra Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007. p. 223.

¹⁹DELGADO, Maurício Godinho. Op. cit. p. 224.

²⁰Idem, p. 224.

²¹Idem, p. 224. Cabe mencionar aqui a exposição de Maurício Godinho Delgado sobre os principais métodos interpretação do direito. Segundo o autor, diante dos principais métodos de exegese do direito, a hermenêutica jurídica recomenda que se harmonizem, na operação interpretativa, os métodos lógico-sistemático e teleológico. Expõe o autor que não há pesquisar o pensamento contido na lei sem a análise conjunta e unitária dessas três formas interpretativas. Nesse sentido, consultar a obra Curso de Direito do Trabalho, editora LTr, 2007, p. 235.

²²FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 154.

Nesse caminhar, é importante pontuar o papel da interpretação no instante de elaboração da norma jurídica (fase pré-jurídica) e, em seguida, no momento da compreensão da norma já elaborada no contexto interpretativo (fase jurídica propriamente).

A fase de construção da norma é destinada ao Poder legislativo, isto é, no momento político em que se elaboram as normas jurídicas. Nessa fase, cabe à atividade legiferante criar normas justralhistas em sintonia com os princípios do Direito do Trabalho e com os valores sociais que fundamentam a existência do Estado Democrático de Direito.

Na fase do Direito construído, cabe ao intérprete e aplicador do Direito do Trabalho, no contexto sistemático e universal do fenômeno do Direito vigente, a compreensão dos significados e sentidos das normas que compõem o ordenamento jurídico, sempre de modo mais favorável ao trabalhador.

Segundo Ana Virgínia Moreira Gomes, o princípio da norma mais favorável

[...] tem como base o princípio protetor, ou seja, a possibilidade da intervenção direta do Estado nas relações de trabalho, assegurando assim a diminuição da desigualdade material entre as partes; da mesma forma pela qual este princípio é fundamentado pela busca da dignidade humana e da realização do trabalho como valor social e não apenas econômico [...].²³

Nesse diapasão, o princípio da norma mais favorável, insculpido no *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988, busca elaborar um nível mínimo de direitos sociais para desempenho do trabalho que somente pode ser ampliativo.²⁴

Além disso, o presente princípio dispõe que o aplicador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao empregado em três situações distintas: no momento de elaboração da regra jurídica, no instante de confronto entre regras concorrentes e no contexto de interpretação das regras jurídicas.²⁵

Segundo a síntese magistral de Maurício Godinho Delgado,

[...] no processo de aplicação e interpretação do direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito,

²³GOMES, Ana Virgínia Moreira. **A aplicação do Princípio Protetor no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2001. p. 57.

²⁴GOMES, Ana Virgínia Moreira. Op.cit. p. 58.

²⁵Na fase pré-jurídica, o princípio da norma mais favorável age como critério de política legislativa, influenciando no processo de construção do Direito do Trabalho. Na fase jurídica, o princípio em tela atua como critério de hierarquia e interpretação de regras jurídicas.

deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho.²⁶

Carlos Maximiliano (1994, p.5) ressalta, ainda, que “não basta conhecer as regras aplicáveis para determinar o sentido e o alcance dos textos. Parece necessário reuni-las e, num todo harmônico, oferecê-las ao estudo, em um encadeamento lógico”.

Ora, o Direito deve acompanhar as mutações sociais. Não raro, o ordenamento justralhista é acusado de estar descompassado e obsoleto em face da realidade social, inapto a atender aos clamores da justiça social na órbita jurídica nacional. O hermeneuta deve, portanto, mediante sua atividade, enriquecer a interpretação de modo que forneça à norma a força de sentido de acordo com a principiologia que resguarda o Direito do Trabalho. Cabe ao intérprete a atividade de renovação e integração das normas, ressaltando a importância dos Direitos Humanos no Direito do Trabalho.

Cabe ao jurista, na lição de Clèmerson Merlin Clève,

[...] adaptar o direito às exigências da sociedade contemporânea, fazendo uso, para tanto, das mais variadas técnicas ou métodos de interpretação. Cabe especialmente ao jurista ampliar, a partir da prática jurídica cotidiana, os espaços democráticos do direito dominante, facilitando a emergência de um direito libertário e protetor da dignidade do homem.²⁷

Conforme expõe Carlos Maximiliano,

[...] o intérprete é o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do Direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita. Esta é a estática, e a função interpretativa, a dinâmica do Direito.²⁸

Mais uma vez, inadiável é a criação de um Direito como instrumento de luta, para reforçar o caráter democrático do Direito do Trabalho brasileiro. Dessa maneira, espera-se que a concepção de justiça se expanda a fim de moldar os Direitos Humanos no Direito do Trabalho, pois esse é o

²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Op.cit. p. 200.

²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 204.

²⁸ Maximiliano, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 12.

momento de se restabelecer a luta pelos Direitos Humanos sociais do trabalhador. Conforme é notória, a questão é desafiante no Direito do Trabalho. Somente pela constituição sistemática da norma, por intermédio da adaptação da lei ao fim social almejado, é que poderá alcançar a verdadeira justiça social. Temos uma sociedade que clama pela aplicação dos direitos sociais no Direito do Trabalho. Inolvidável a emergência de um novo Direito, isso realmente é necessário.

Ora, o Direito do Trabalho surgiu para exaltar a dignidade da pessoa humana do trabalhador e como fonte de melhoramento da condição humana. Toda a humanidade necessita dos benefícios do trabalho regulado, do qual é mantida continuamente a vida humana. É o trabalho regulado e digno que integra o homem na sociedade e contribui para a plena realização da personalidade do ser humano.

Ora, esse direito à vida requer, como conseqüência imediata, que o homem disponha dos meios necessários à sua subsistência. O homem é responsável pelo mundo em que nasce e o trabalho digno é sua condição de evolução.

2 HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITOS HUMANOS SOCIAIS DO TRABALHADOR

Há um descompasso freqüente entre a ordem justralhista e a realidade social. A presente reflexão visa a apontar a necessidade de maior aprofundamento da exegese no ramo juslaboral, ante o discurso liberal individualista que impera no Direito do Trabalho brasileiro.

O que se faz aqui é ampliar a perspectiva hermenêutica nos Direitos Humanos sociais do trabalhador, esboçando uma abordagem global do Direito, sob o aspecto da dialética no ramo juslaboral. Conforme esclarece Lenio Luiz Streck, “não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito”.²⁹

Nessa senda, é relevante frisar que a hermenêutica jurídica se refere a todo processo de interpretação e aplicação da norma que implique a compreensão total do fenômeno jurídico. É de crucial importância, nesse momento político-histórico, identificar a contribuição da moderna hermenêutica jurídica para o Direito do Trabalho Brasileiro, pois a interpretação justralhista deve ser feita ao aspecto do Direito como instrumento de transformação social.

Conforme expõe Jorge Luiz Souto Maior, “os direitos sociais foram fixados a partir de noções principiológicas e é esta compreensão de poder

²⁹STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005. p. 33.

e de responsabilidade que se exige dos homens do direito”.³⁰

Urge adaptar o Direito aos interesses sociais da sociedade contemporânea, pois é a justiça que irá gerar igual tratamento material aos cidadãos na vida social. Nesse caminhar, será o uso da exegese o instrumento para a correta aplicação do Direito, por permitir a delimitação do sentido e a extensão da norma enfocada.

Em consonância com essa postura, enfatiza Ana Virgínia Moreira Gomes: “a aplicação do direito é dinâmica, os fatos nunca se dobram às normas; assim uma regra nova ou um caso com elementos diferentes dos usuais desafiam interpretações consolidadas”.³¹

Com efeito, o presente debate procura verificar a contribuição do labor interpretativo na aplicabilidade dos Direitos Humanos sociais do trabalhador no Direito do Trabalho brasileiro, pois é a hermenêutica uma importante ferramenta de importação dos Direitos Humanos para o Direito do Trabalho.

Nesse sentido, a interpretação e a aplicação no Direito do Trabalho devem levar em consideração a realidade social do Brasil e os postulados constitucionais fundamentais encarnados na Constituição Federal de 1988. O Direito deve ser direcionado de maneira que propicie aos componentes da sociedade uma apropriada distribuição dos Direitos Humanos sociais a todos os cidadãos.

Nessa perspectiva, tal modalidade exegética se presta ao processo de aplicação da norma jurídica levado a cabo pelo aplicador do Direito. Sob esse aspecto, a concepção da hermenêutica como interpretação da norma, no momento pré-jurídico e na fase jurídica propriamente, deve ser de um importante mecanismo de efetivação dos Direitos Humanos no Direito do Trabalho.³² É a exegese que aproxima o Direito da Justiça, por isso “não é desejável cultivar o respeito às leis no mesmo nível do respeito aos direitos”.³³ Dessa maneira, é imprescindível discutir a lei, observar qual o justo a ser aplicado e não aplicá-la quando em conflito com a finalidade social colimada para o Direito do Trabalho.

³⁰MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 43.

³¹GOMES, Ana Virgínia Moreira. Op.cit. p.46.

³²Para um estudo mais aprofundado sobre interpretação, integração e aplicação do Direito do Trabalho, consultar a obra Curso de Direito do Trabalho, editora LTr, do professor Maurício Godinho Delgado, capítulo VII. Ressalta o autor que a interpretação atua em dois momentos fundamentais do fenômeno jurídico, no instante de elaboração da norma de direito e no instante da compreensão do sentido e extensão da norma já elaborada. O primeiro instante caracteriza-se pela gestão e concretização em norma jurídica de ideários e propostas de conduta e de organização fixadas socialmente. Já o segundo instante caracteriza-se pela apreensão do sentido e extensão da norma definitivamente elaborada, para sua aplicação ao caso concreto.

³³THOREAU, Henry David. **A desobediência civil e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002. p.35.

Ora, é sabido que, em virtude do atual contexto econômico e político, o Direito do Trabalho, em especial, a relação de emprego, enfrenta uma crise sem precedentes, em virtude do modelo econômico neoliberal. Observam-se, na atualidade, propostas legislativas que concernem no desvirtuamento da função essencial do ramo trabalhista.

É ponto ilustrativo as seguintes hipóteses de flexibilização autorizadas pela legislação, se não vejamos:

- a) A contratação por prazo determinado o aumento das hipóteses de contrato determinado, com a alteração ocorrida no art. 443 da CLT, através do Decreto-Lei n. 229/67 que acrescentou o § 2;
- b) O contrato provisório para estímulo a novos empregos (lei n. 9.601/98). A Lei n. 9.601, de 21.01.98, além de agregar na legislação laboral a nova modalidade contratual, denominada como contrato de trabalho por prazo determinado, também foi responsável pela criação do “banco de horas” (art. 59, § 2 da CLT).
- c) A utilização de trabalhadores temporários, na forma da Lei n. 6.019/74;
- d) A liberdade de o empregador em despedir imotivadamente o empregado com a criação do regime do FGTS (antiga lei n. 5.107/66) e atual lei n. 8.036/90 e extinção do regime anterior preconizado nos arts. 478 e 492 da CLT
- e) Quebra do princípio da irredutibilidade salarial, através do art. 7, inciso IV da CF/88 e do art. 58-A da CLT
- f) Flexibilização das jornadas de trabalho, por intermédio do art. 7, inciso XIII da CF/88 e do art. 59, § 2 da CLT que criou o banco de horas
- g) Ampliação da jornada de seis horas para os turnos ininterruptos de revezamento quando autorizada por negociação coletiva (art. 7, XIV CF/88);
- h) A possibilidade, mediante acordo entre as partes e desde que notificado o sindicato, da habitação do rural não ter natureza salarial (art. 9, § 5 da Lei n. 5.889/73)
- i) Trabalho por tempo parcial que autoriza a redução proporcional dos salários (art. 58-A CLT)
- j) A ampliação das hipóteses de terceirização, pelo enunciado 331 do TST
- k) Possibilidade de adesão ao programa de alimentação do trabalhador afastando a natureza salarial da alimentação in natura ou equivalente, fornecida pelo empregador (Lei n. 6.321/76)
- l) Suspensão do contrato de trabalho para redução de curso (art. 476-A CLT)

- m) O trabalho em domicílio (art. 6 CLT)
- n) Lei das microempresas autorizando benefícios burocráticos trabalhistas, como isenção do controle de ponto, de livro de inspeção, de contratação obrigatória de aprendizes, descaracterização das horas in itinere
- o) Ampliação das hipóteses de descontos salariais, que autoriza desconto no salário e nas parcelas da rescisão, mediante adesão voluntária e irretroatável, para fins de empréstimo, financiamento e operações de arrendamento mercantins concedidos por instituições financeiras e outras mencionas na lei, desde que não ultrapassem 30% da remuneração do empregado
- p) Inclusão do trabalhador rural no inciso XXIX do art. 7 da CF/88 através da EC 28/00, estendendo a prescrição parcial rural
- q) A limitação do valor do crédito trabalhista a 15 salários mínimos para fins do art. 449, § 1 da CLT, isto é, limitação para fins de crédito privilegiado na falência (art. 83, I da Lei n. 11.101/05)
- r) Redução do percentual do FGTS para os aprendizes e exclusão das hipóteses previstas nos arts. 479 e 480 da CLT, bem como aumento da idade para 24 anos (lei 11.180/05)
- s) A criação das comissões de conciliação prévia (art. 625-E CLT)

Como se não bastasse, ainda encontramos, no plano social, a existência de trabalho escravo, a exploração do trabalho infantil, cooperativas fraudulentas, o descumprimento de regras primárias acerca da jornada de trabalho, enfim, uma série de irregularidades que violam os Direitos Humanos do trabalhador.

Feitas tais considerações, é preciso reconhecer que, na medida em que a norma fundamental justralhista se afasta de sua finalidade social original, ela perde o compromisso de conferir o bem-estar social à coletividade. A busca da Justiça deve-se pôr como um fim da ordem social e, se ela não é justa, significa que não deve ser aplicada, de forma que se aproxime o mais possível do ideal de justiça social, para atender às classes sociais economicamente desfavorecidas no mercado de trabalho brasileiro.

A hermenêutica jurídica dos Direitos Humanos Sociais do trabalhador se realiza para a promoção da máxima realização constitucional da dignidade humana do trabalhador.

Diante dessa perspectiva, o Direito do Trabalho precisa eleger a hermenêutica, como instrumento de combate à flexibilização dos direitos sociais do trabalhador, para recuperar dos setores da população brasileira, grupos sociais que se encontram desprotegidos pela relação de emprego, no anseio concreto de almejar os princípios fundamentais do Direito do Trabalho como pilares para o processo de reconstrução do direito social

ao pleno emprego, pois a miséria do povo se torna cada vez mais dolorosa e a inexistência de estabilidade no emprego enfraquece o verdadeiro ideal de distribuição de renda no sistema democrático brasileiro.

Como ensina Lenio Luiz Streck, a “linguagem não é um mero fato, e, sim, princípio no qual descansa a universalidade da dimensão hermenêutica”.³⁴

Nesse panorama, torna-se necessário compensar as desigualdades existentes na sociedade por meio de mecanismos interpretativos e hermenêuticos condizentes com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal procedimento somente se dará pelo aprimoramento dos métodos interpretativos no ordenamento justرابalista brasileiro. Destarte, constitui a hermenêutica jurídica uma tentativa de perpetuar as injustiças sociais dos tempos atuais.

Nesse clima, expressa Márcio Túlio Viana: “a lei deve ser vista como uma forma viva, mutável, dinâmica, sempre aberta a receber um sentido novo. Em sua criação há um momento do legislador e um momento do juiz”.³⁵

Como bem ensina Atahualpa Fernandez,

Quando as normas negam conscientemente a vontade da justiça, quando os princípios, os direitos e as garantias consagradas são arbitrariamente violados, carecem tais normas de legitimidade e validez, pois não se pode conceber o Direito, inclusive o direito legislado, de outra maneira que não esteja destinado a servir a justiça. E quando a injustiça não é oportunamente eliminada pelo legislador, corresponde ao operador do direito o dever e a coragem de deixar de efetivá-la, de negar o pretenso caráter jurídico das normas arbitrariamente impostas. Esse é o papel que cabe ao operador do direito na sua práxis hermenêutica.³⁶

O autor, ainda, vai além

A virtude e a independência do operador do direito não é outra coisa que a manifestação da autonomia do direito, comprometido ceticamente com o imperativo segundo o qual o direito deve ser manipulado de tal maneira que suas conseqüências, sempre compatíveis com a maior possibilidade de evitar ou diminuir a miséria humana, permitam a cada um viver com o outro na busca de uma humanidade comum, isto é, com a criação de um modelo sócio-institucional livre, justo

³⁴STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005. p. 192.

³⁵VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996. p. 405.

³⁶FERNANDEZ, Atahualpa. **Argumentação jurídica e hermenêutica**. São Paulo: Impactus, 2007. p. 92.

e solidário que permita a constituição de uma comunidade de homens livres e iguais unidos por seu comum, legítimo e compartilhado submetimento ao direito e em pleno e permanente exercício de sua cidadania.³⁷

Neste diapasão, é perfeitamente admissível a transposição de Geovani de Oliveira Tavares, no atual Estado Democrático de Direito que “a diferença social e econômica existente entre ricos e pobres, a exclusão social, as distorções na distribuição das riquezas e a omissão do Estado diante desse quadro da realidade, justifica, legítima e autoriza a desobediência das regras de convivência já postas em sociedade”.³⁸

Com efeito, ao jurista incumbe, na sua função de intérprete e aplicador da lei, dar exegese construtiva e valorativa às normas fundamentais justtrabalhistas, para que se aperfeiçoem os fins teleológicos do Direito do Trabalho e os princípios basilares do Estado Democrático e Social de Direito.³⁹ Nesse sentido, a lei deve ser interpretada para alcançar a verdadeira justiça social. E, por mais clara que pareça, requer sempre um esforço hermenêutico visando à aplicabilidade plena dos Direitos Humanos sociais do trabalhador no Direito do Trabalho, pois o art. 3º, inciso III, elege como objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Como já alardeava Carlos Maximiliano,

Desapareceu nas trevas do passado o método lógico, rígido, imobilizador do Direito: tratava todas as questões como se foram problemas de Geometria. O julgador hodierno preocupa-se com o bem e o mal resultantes do seu veredictum. Se é certo que o juiz deve buscar o verdadeiro sentido e alcance do texto; todavia este alcance e aquele sentido não podem estar em desacordo com o fim colimado pela legislação – o bem social.⁴⁰

Cumpre-nos inovar a aplicação dos métodos hermenêuticos no Direito do Trabalho para renovar a ordem justtrabalhista, que deve ser estabelecida sempre de modo mais elevado ao cidadão brasileiro. Para isso, deve ser ressaltado que, para se alcançarem soluções para o quadro político-jurídico vigente, ao aplicador do Direito do Trabalho será preciso

³⁷FERNANDEZ, Atahualpa. Op.cit. p. 93.

³⁸TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência civil e direito político de resistência**: os novos direitos. Campinas: Edicamp. 2003. p. 58.

³⁹A norma contida no artigo art. 5 da Lei de Introdução ao Código Civil refere-se à interpretação finalística utilizada pelo intérprete-aplicador na aplicação justa da lei. Conforme se depreende da leitura de seu texto, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁴⁰MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 131.

desvestir a couraça positivista que lhe veste o ensino tradicional, pois, em tempos de constantes transformações políticas e ideológicas, a pobreza e a miséria espalham-se em índices inimagináveis.

Conforme se pode constatar, é preciso avançar para garantir igual dignidade às pessoas e uma distribuição mais equitativa dos bens materiais, isto é, dar a todos o que é racionalmente necessário para gozar de oportunidades semelhantes e viver dignamente. É preciso respeitar os direitos das pessoas e o caráter próprio de cada povo, eliminando as diferenças socioeconômicas que hoje existem e crescem com frequência, ligadas à crise do Direito do Trabalho no Brasil.

Essa situação somente pode ser resolvida por uma tomada de consciência da igualdade dos homens, por medidas políticas e jurídicas voltadas para o atendimento de melhores condições de integração e de desenvolvimento universal do ser humano: o emprego. É necessário avançar nesse aspecto, pois a sociedade clama pela cristalização do pleno emprego e pela destinação dos Direitos Humanos sociais do trabalhador.

Pelo que já foi posto, fica em evidência o papel do intérprete-aplicador em empregar a regra jurídica em conformidade com os anseios da sociedade, pois a democracia somente se legitima mediante a atuação criativa e transformadora no Direito do Trabalho.

Como bem ilustra Márcio Túlio Viana, “enquanto, em alguns casos, luta-se pela lei que já se tem, em outros se combate pela lei que se quer”.⁴¹

Desse modo, deve o intérprete-aplicador do Direito do Trabalho almejar por uma ordem jurídica justa, no objetivo de atentar à proteção da dignidade da pessoa humana no Direito do Trabalho, pois o Direito deve constituir uma realidade cultural que se põe sempre a serviço do valor justiça.

Para estabelecer um pensamento sobre o assunto, transcrevemos os ensinamentos de Plauto Faraco Azevedo:

O jurista, visto como técnico a serviço de uma ordem jurídica dita neutra, em verdade é formado para ser o ordenador do poder instituído, seja ele qual for. Preparado para nada contestar, torna-se incapaz de colaborar de modo efetivo na construção da democracia, que passa necessariamente pelo adequado encaminhamento dos problemas suscitados pela justiça distributiva, reclamando agentes de pensamento aberto, habituados ao confronto e discussão de idéias contrárias, capazes de compreender o presente e planejar o futuro.⁴²

⁴¹VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996. p. 42.

⁴²AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 65.

Nesse panorama, destaca Ana Virgínia Moreira Gomes:

[...] o operador do Direito necessita de critérios que o auxiliem na aplicação da norma, ainda que ela já tenha sido muitas vezes devidamente interpretada na doutrina ou nos tribunais, possuindo mesmo um dos seus possíveis sentidos enunciados por órgãos de instâncias superiores.⁴³

A par disso, a realização da justiça exige que a mobilidade necessária a um Direito do Trabalho em desenvolvimento seja organizada de tal modo que a vida dos indivíduos e de suas famílias não se torne mais instável e precária, pois a concepção de Estado adotada por nossa Constituição Federal de 1988 guarda íntima relação com os Direitos Humanos sociais do trabalhador.

Qualquer que seja a sociedade historicamente considerada, somente a real justiça efetiva e igualitária será capaz de fomentar incessantes transformações sociais no Direito do Trabalho, de maneira que os direitos decorrentes da cidadania e assegurados pela democrática sejam aplicados de forma universal a todos os integrantes da sociedade.

Como bem expõe Márcio Túlio Viana, “a tarefa do juiz não se reduz nos tribunais: como juiz cidadão, deverá levar a sua mensagem de resistência a toda a coletividade, lutando por uma ordem social mais justa e por mecanismos que dignifiquem o trabalhador”.⁴⁴

É vital que as leis sejam elaboradas e aplicadas em consonância com as necessidades da população, pois os Direitos Humanos declaram, ao longo da história, o que vem sendo construído no universo jurídico, por meio dos movimentos sociais. A luta faz parte do Direito de tal forma que é preciso alimentar a ajuda material e moral aos espoliados do sistema capitalista contemporâneo, pois a luta pelo trabalho digno se funda na constituição do Direito.

Segundo Jorge Luiz Souto Maior, “é exatamente diante da busca desmesurada da exploração do capital sobre o trabalho humano que o direito do trabalho encontra, com muita razão, a lógica de sua existência”.⁴⁵

Como bem explana Lutiana Nacur Lorentz,

[...] para que a igualdade não seja uma quimera, bem como não seja o Estado Democrático do Direito meramente formal e não fático, é preciso que os cidadãos e seus Estados nacionais em desenvolvimento encontrem caminhos de resistência à voracidade das empresas e capitais transnacionais e busquem a valorização e o

⁴³GOMES, Ana Virgínia Moreira. A aplicação do princípio protetor no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2001. p. 46.

⁴⁴ VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996. p. 408.

⁴⁵MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007 p. 43.

respeito às singularidades nos âmbitos pessoal, grupal e nacional.⁴⁶

De tudo quanto foi exposto, o que importa é que, à medida que os postulados da justiça se põem como objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil, o avanço no Direito do Trabalho será inevitável, pois a aplicabilidade dos direitos humanos do trabalhador é condição essencial para a manutenção do Estado democrático brasileiro.

Conforme enfatiza Lutiana Nacur Lorentz, “[...] o importante é alcançar-se um sistema alternativo de idéias, de práticas e de vida, o que talvez só possa ser conseguido com a união, em âmbito mundial, de movimentos de resistência [...]”⁴⁷

Nesse contexto, torna-se veemente necessário conclamar os Direitos Humanos na seara juslaboral, pois são eles constituídos e ligados pelos mesmos sentimentos humanos e aspirações que definem o que é o Direito e firmam o caminho de novas conquistas.

Nenhuma norma do direito positivo representa apenas a si mesma, mas ao menos se relaciona com todo o ordenamento jurídico, por isso, se conclui, no pensamento de Juarez Freitas que,

A interpretação sistemática tem que ser feita de maneira a resultar topicamente em conformidade com os fins, princípios e objetivos do sistema, os quais precisam rumar para a concretização plena numa sociedade livre, justa e solidária, na qual se dê a sujeição da ordem econômica aos ditames teleológicos e racionais da justiça social.⁴⁸

O autor, ainda, arremata que “cada preceito normativo deve ser visto como uma parte viva do todo, eis que é do exame em conjunto que pode resultar melhor resolvido qualquer caso em apreço em apreço, desde que se busque descobrir qual é, na respectiva situação, o interesse mais fundamental”⁴⁹

Nesse desiderato, apenas com o uso adequado da Hermenêutica é que se alcançará a verdadeira liberdade de consciência, suficiente para evitar que o Direito permaneça mudo ante as necessidades da sociedade do trabalho contemporânea. É necessário encontrarem-se caminhos com o fito de enriquecer a atividade interpretativa do jurista e permitir a eficiência e a aplicabilidade dos Direitos Humanos sociais do trabalhador no Direito do Trabalho brasileiro.

⁴⁶LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: LTr, 2007. p. 85.

⁴⁷LORENTZ, Lutiana Nacur. Op.cit. p. 84.

⁴⁸FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 137.

⁴⁹FREITAS, Juarez. Op.cit. p. 53.

Ao fim deste estudo, temos por firmado o entendimento de Márcio Túlio Viana:

Sempre que a lei se revelar a negação do Direito, devemos ajustá-la, adaptá-la, reeducá-la. Abandonarmos a postura de irresponsáveis por sua formação, para assumirmos a de responsáveis por sua mutação, como se fôssemos (e efetivamente o somos) seus co-autores, apenas que distanciados no tempo e no espaço do órgão legislativo.⁵⁰

3 A APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS SOCIAIS DO TRABALHADOR NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

Em relação à aplicabilidade das normas constitucionais, é tradicional a teoria de José Afonso da Silva no que tange à eficácia das normas jurídicas. Para o autor, as normas constitucionais podem ser de aplicabilidade imediata e eficácia plena; de aplicabilidade imediata e eficácia contida ou restringível e de aplicabilidade mediata ou eficácia limitada.⁵¹

As normas constitucionais de aplicabilidade imediata e eficácia plena são aquelas que não dependem de atuação legislativa posterior para a sua regulamentação, estando, desse modo, aptas a produzir todos os seus efeitos jurídicos. Podemos apontar as normas referentes às competências dos órgãos (CF, art. 48 e 49) e os *remédios* constitucionais (CF, art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXIII).

Nas normas constitucionais de aplicabilidade imediata e eficácia contida, o legislador constituinte originário regulou suficientemente a matéria, porém possibilitou ao legislador ordinário restringir os efeitos dela. São normas constitucionais que possuem aplicabilidade imediata, mas uma lei posterior poderá conter os seus efeitos. Como exemplo, cita-se o art. 5º, inciso XIII, da Carta Republicana de 1988, que diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Nesse sentido, se não houver uma lei regulamentado as profissões, toda pessoa poderá exercer livremente qualquer tipo de atividade.

Por fim, classificam-se como normas de aplicabilidade mediata e eficácia limitada preceitos normativos que necessitam da atuação legislativa posterior, para que possam gerar plenamente todos os direitos e obrigações nela contidos. Os preceitos de eficácia limitada se dividem em normas de princípio institutivo e normas de princípio programático.

⁵⁰VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996. p. 410.

⁵¹SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

De princípio institutivo são aquelas normas em que o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições dos órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei. Ilustra esse tipo de normas a previsão de criação do código de defesa do consumidor (CF, art. 5º, XXXII), a regulamentação do direito de greve do servidor público (CF, art. 37, VII), a organização administrativa e judiciária dos Territórios Federais (CF, art. 33).

As normas de princípio programático são aquelas normas que dependem de legislação a serem implementadas, por meio de um programa constitucional a ser cumprido mediante a vontade constitucional. Ilustra esse tipo de norma o direito ao salário mínimo digno (CF, art. 7º, IV), o direito à moradia, ao trabalho, à segurança (CF, art. 6º). São direitos que exigem uma conduta positiva dos órgãos legislativos e administrativos na realização no Estado Social de Direito.

Prosseguindo, cumpre mencionar o desafio pela efetividade dos Direitos Humanos sociais no Direito do Trabalho brasileiro. Ora, é preciso alcançar fórmulas argumentativas capazes de superar o discurso do *status quo*, que busca restringir a aplicabilidade dos Direitos Humanos sociais do trabalhador no Brasil.⁵²

Nessa perspectiva, urge integrar uma estratégia de democratização social no Direito do Trabalho brasileiro, capaz de incentivar a aspiração coletiva pela aplicabilidade desses direitos, pois, como adverte Lenio Luiz Streck, “o sentido da constituição não pode continuar velado (isto porque, passados mais de 12 anos desde sua promulgação, grande parte de seu texto continua inefetivo, portanto, não descoberto)”.⁵³

Nesse contexto, vale rememorar a preciosa lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, independentemente da forma de sua positivação (mesmo quando eminentemente programáticos ou impositivos), por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, já que não há mais praticamente quem sustente que existam normas constitucionais (ainda mais

⁵²Cumpre ressaltar que o mandado de injunção, previsto no art. 5º, § 1º da CF de 1988, responsável em tornar as normas constitucionais aplicáveis, não cumpre de forma satisfatória a realização dos direitos fundamentais. Este instituto, junto com a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, visando à tutela dos direitos fundamentais, não substanciam de forma plena e suficiente a satisfação dos Direitos Humanos Sociais na seara juslaboral, decorrente da inércia do poder público. Além disso, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão apresenta-se como um instrumento absolutamente frágil de controle das omissões inconstitucionais.

⁵³STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do direito a partir da ontologia fundamental. **Revista Filosofia Unisinos**, v. 3, n. 4, p.112, 2002.

quando definidoras de direitos fundamentais) destituídas de eficácia e, portanto, de aplicabilidade.⁵⁴

Dessa forma, ao intérprete e aplicador do Direito do Trabalho cabe um importante papel: o de possibilitar uma justiça social capaz de impulsionar o crescimento de um ramo juslaboral voltado para o pleno desenvolvimento da sociedade civil, pois é necessário que as amarras do direito posto, que impossibilitam o implemento da cidadania e do valor da pessoa humana no Brasil, sejam rompidas em prol de uma justiça que penetre no território dos preceitos normativos destituídos de eficácia plena e imediata.

O desafio em questão precisa ser urgentemente enfrentado, pois a luta agora é pela efetividade dos Direitos Humanos sociais do trabalhador. Esse mecanismo, logicamente, decorre de políticas públicas que terão como compromisso último a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil e, simultaneamente, o cumprimento pelos princípios do Direito do Trabalho.

Como se vê, o tema é de muita relevância. A população brasileira, já demasiadamente alijada do direito à cidadania e, por conseqüência, das necessidades básicas de sobrevivência, clama por uma justiça sensibilizada com a realidade social do Brasil.

Diante dos vários comandos programáticos, os quais negam a máxima eficácia aos Direitos Humanos sociais do trabalhador, Clèmerson Merlin Clève adverte que “o ofício do jurista eticamente ligado com a práxis libertária assumirá vastas proporções, em face das inúmeras possibilidades argumentativas que poderão ser descobertas”.⁵⁵

Como assevera Jorge Luiz Souto Maior,

[...] é urgente não deixar que sejam abaladas as bases fundamentais do direito do trabalho, para que se possa, urgentemente, pôr em aplicação um direito do trabalho que, efetivamente, se insira no contexto atual na real perspectiva de evitar que o trabalho humano seja explorado sem a contrapartida do social e da própria proteção da dignidade humana.⁵⁶

Esse é o momento em que toda a sociedade jurídica deve atuar na luta por um Direito mais justo e por um mundo com mais esperança. Por

⁵⁴SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 10, p.10, jan. 2002.

⁵⁵CLÈVE, Clèmerson Merlin. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de direito alternativo 1**. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 114.

⁵⁶MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 95.

isso, reside aqui uma dimensão humanizadora para o Direito do Trabalho, capaz de criar uma cultura jurídica plenamente favorável ao exercício do constitucionalismo social no Brasil. Assim, respeitaremos as rédeas do destino dos cidadãos vivos e dos que haverão de surgir.

Segundo Jorge Luiz Souto Maior, “a função do direito e principalmente do direito social não é senão a de corrigir a realidade, atribuir efeitos obrigacionais necessários às relações sociais, para fazer valer os valores que nele foram integrados por obra da humanidade [...]”.⁵⁷

Esse é o caminho para se alcançar a aplicabilidade dos Direitos Humanos no ramo juslaboral, pois é preciso considerar que proteger o homem que vende a sua força de trabalho para sobreviver é defender a dignidade humana do homem. Consoante nos ensina Jorge Luiz Souto Maior, “à justiça do trabalho compete aplicar um direito do trabalho por inteiro e cada vez mais eficaz, até porque este é o caminho natural do direito do trabalho”.⁵⁸

É imperioso para sobrevivência do Direito do Trabalho contemplar a aplicabilidade plena e imediata dos Direitos Humanos sociais do trabalhador, a fim de impedir que o Estado possa obstaculizar o exercício do direito pleno pelo cidadão, um direito que poderia ser por ele exercido não fosse a intenção desconforme do Poder Público Legislativo em constituir um ordenamento justralabista flexível, pronto a se adaptar às exigências empresariais de atender à volatilidade do capital financeiro internacional e a atrasar a formação do Estado Democrático e social de direito.

Esse quadro precisa mudar, pois, como adverte Lenio Luiz Streck, ao se referir à crise de paradigmas e à concepção liberal-individualista-normativista do direito que obstaculiza o acontecer da constituição, “olhamos o novo com os olhos do velho, com a agravante de que o novo ainda não foi tornado visível”.⁵⁹

Na proteção social obtida pelos direitos de segunda geração, fruto do ideário político denominado Estado de Bem-Estar Social, o sistema capitalista somente vivenciou a sua fase dourada porque conseguiu unir idéias de solidariedade social, liberdade política e desenvolvimento econômico.⁶⁰ Ocorre que o processo de internacionalização da economia tenta descaracterizar toda a concepção tutelar do Direito do Trabalho ao dificultar a intervenção do Estado diante do essencial objetivo de promover a justiça social.

⁵⁷ Id. Ibid, p. 87.

⁵⁸ Id. Ibid, p.112.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. A Hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do direito a partir da ontologia fundamental. **Revista Filosofia Unisinos**, v. 3, n. 4, p.11, jan./jun. 2002.

⁶⁰ A propósito de desregulamentação e flexibilização da legislação trabalhista, recomendamos a leitura de DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006., em que o tema é tratado com percuência.

Como ensina Fahd Medeiros Awad, isso é resultado da falta de proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e conhecimento.⁶¹

Conforme assevera Jorge Luiz Souto Maior, vivenciamos uma fase de “implementações de técnicas para fugir das amarras do direito social e para tornar menos nítida a exploração do capital sobre o trabalho [...]”.⁶²

Destarte, o desenvolvimento social passa a ser considerado um obstáculo à potencialidade da noção de mercado consumidor, conduzido pela ideologia neoliberal, pois nele o Estado já não tem por objetivo tutelar interesses sociais. É possível afirmar, ainda, que esse sistema econômico deseja a ruptura de qualquer mecanismo de garantia legal dos Direitos Humanos sociais do trabalhador, bem como o fim de todos os elementos jurídicos protetores responsáveis pela valorização do emprego no Direito do Trabalho brasileiro.

Consoante nos ensina Jorge Luiz Souto Maior, “no novo paradigma destrói-se a noção de uma classe de trabalhadores, que tem a consciência de que a exploração de seu trabalho constitui a força motriz de um sistema que enriquece a alguns poucos e provoca a miséria de muitos”.⁶³

A norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, imputa ao legislador não somente a obrigação legislativa de regulamentar ou concretizar o conteúdo das normas de conteúdo programático, mas também a de editar normas que não atentem contra o núcleo essencial do direito fundamental nelas consagrado, deformando-lhe o sentido ou a finalidade.⁶⁴

Nesse campo, portanto, onde o Estado aparece como inerte, o intérprete e aplicador do Direito do Trabalho possuem um importante papel a cumprir. E isso é perfeitamente possível, pois, como afirma Lenio Luiz Streck, citando Miguel Angel Pérez,

[...] uma constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que

⁶¹AWAD, Fahd Medeiros. O problema da eficácia dos direitos fundamentais. **Revista da Universidade de Passo Fundo: Justiça do Direito**, v. 18, n. 1, p.207, 2004. Como bem ensina o jurista, a justiça é conivente com a violação dos direitos humanos, por isso há um enorme fosso entre os problemas socioeconômicos e as leis. Segundo ao autor, não existe a finalidade de fazer valer os direitos sociais elementares dos cidadãos situados abaixo da linha da pobreza.

⁶²MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op.cit. p. 43.

⁶³MAIOR, Jorge Luiz Souto. Op. cit. p. 28.

⁶⁴QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006. p. 134.

estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios, mas, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico.⁶⁵

Corroborando tal entendimento, ressalta Clèmerson Merlin Clève que “as conquistas jurídicas sempre foram alcançadas em face de concretização de uma certa idéia de direito que reivindica um lugar no espaço normativo do direito positivo”.⁶⁶

Destarte, as palavras contidas na Constituição devem ser interpretadas para atender aos princípios fundamentais que norteiam uma existência digna para o homem na sociedade. Só assim será verdade admitir a sintonia existente entre os Direitos Humanos e o Direito do Trabalho no sistema jurídico brasileiro.

Ora, desde o nascimento do ramo jurídico laboral, trava-se uma luta pela realização do ideário dos Direitos Humanos sociais do trabalhador no ramo juslaboral. Essa luta precisa continuar na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e da dignidade humana, pois o Direito deve estar sempre em construção.

Como adverte Plauto Faraco de Azevedo,

[...] pode-se admitir realisticamente a existência das leis injustas, por desconhecerem ou ignorarem as necessidades sociais ou por traduzirem interesses de setores, classes ou grupos sociais em detrimento do bem-comum. Pode também acontecer que a lei atenda às exigências da justiça, revelando-se entretanto, injusta sua aplicação ao caso concreto, cuja singularidade resiste a seu enquadramento legal.⁶⁷

Destarte, é preciso reconhecer a conexão existente entre os Direitos Humanos e o Direito do Trabalho como duas realidades inseparáveis. Essa conexão envolve a vida e o trabalho, a liberdade e a dignidade. Todos esses atributos são inerentes à pessoa humana e o Direito não pode afastar-se dessa realidade. Emerge, assim, rever os Direitos Humanos na qualidade de fenômeno social.

Nessa esteira, urge reformular o Direito do Trabalho comprometido com o processo de redemocratização no espaço jurídico-social, por meio da interpretação constitucional sistemática e ampla a favor da

⁶⁵STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livr. do advogado, 2005. p. 325.

⁶⁶CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Os direitos e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001. p. 187.

⁶⁷AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.139.

aplicabilidade dos valores fundamentais sociais do trabalho na sociedade contemporânea.

Fundamentado nessas idéias, expõe Vieira de Andrade que “o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo e sentido”.⁶⁸

Essa deve ser a luta legitimadora pelo uso do bom Direito na seara juslaboral. Ante toda a exposição, é preciso atentar que o Direito do Trabalho é o ramo jurídico que melhor expressa o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sob o símbolo da juridicidade dos direitos sociais do trabalhador.

Nessa linha de pensamento, vale a pena consignar o ensinamento de Fahd Medeiros Awad de que “os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis e, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção ativa e continuada dos poderes públicos”.⁶⁹

É essencial uma práxis libertadora cotidiana, promotora da cidadania e dos Direitos Humanos no Direito do Trabalho brasileiro, capaz de definir o valor da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento integral de todos os seres humanos. Por isso, esse é o tempo de reproduzir um novo sentido para as palavras contidas na lei, pois a “luta pela democratização da sociedade política passa obrigatoriamente pelo direito. E que o direito como espaço de luta que é, não pode ser desprezado pelos interessados na democratização da sociedade”.⁷⁰

Diante disso, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] a melhor exegese da norma no art. 5, parágrafo 1, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...].⁷¹

⁶⁸VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina. 1987. p.211.

⁶⁹AWAD, Fahd Medeiros. O problema da eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito da Faculdade de Direito de Passo Fundo**, v.18, n. 1, p.209, 2004.

⁷⁰CLÉVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 205.

⁷¹SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 247.

Como bem assevera Hermano Queiroz Júnior,

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser considerado como o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e com fundamento nesta devem ser interpretados".⁷²

É pelos direitos sociais do trabalhador, advindos da concepção de Estado de Bem-Estar Social, que se encontra presente o ideário social, que consiste na proteção à dignidade da pessoa humana, pois é o trabalho regulado que revela o valor do homem na sociedade contemporânea.⁷³

Nesse limiar, é preciso evitar um Direito que se converta gradativamente em um fator de degradação do homem que trabalha. Agora urge uma ordem jurídica que lute pelo desenvolvimento social e pelo emprego digno a todos os cidadãos. Essa deve ser a tarefa indeclinável dos Direitos Humanos no Direito do Trabalho.

Nesse contexto, é preciso evitar os efeitos nefastos causados pelas distorções capitalistas na desconstituição do emprego no Direito do Trabalho brasileiro. Essa é a proposta almejada no presente ensaio, pois "o primado do trabalho e do emprego na vida social constitui uma das maiores conquistas da democracia no mundo ocidental capitalista".⁷⁴

Destarte, é necessária a afirmação de uma legislação trabalhista que reconsidere a importância do trabalho regulado na sociedade contemporânea, ou melhor, um Direito do Trabalho em condições de atender de todo às necessidades vitais do ser humano e, conseqüentemente, os Direitos Humanos sociais do trabalhador advindos de tal relação jurídica. Só assim o caráter teleológico do Direito do Trabalho será atendido.

É por intermédio da relevância que se dá a relação de emprego é que o Direito do Trabalho atingirá o equilíbrio entre as forças da produção capitalista e o trabalho humano. Por essa razão, o objetivo maior da ordem justaltrahista deve ser a proteção da relação de emprego por meio da permanência do trabalhador no mercado formal de trabalho, pois só assim lhe serão assegurados todos os direitos e garantias fundamentais que o Direito do Trabalho brasileiro lhe vem proporcionando ao longo dos tempos.

⁷²QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2006, p. 85.

⁷³Para um estudo mais detalhado sobre o tema Estado de bem estar social, consultar a obra organizada por Maurício Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto, sob o título O Estado de bem estar social no século XXI. São Paulo: LTr, 2007.

⁷⁴A propósito de desregulamentação e flexibilização da legislação trabalhista, recomendamos a leitura de DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego. Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução**. São Paulo: LTr, 2007, p. 26.

Conforme nos assegura Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocadamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.⁷⁵

Convém rememorar a importância do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, que retrata a interação da proteção à relação de emprego com os Direitos Humanos sociais do trabalhador, visto que é fruto de conquistas da classe trabalhadora. Dessa maneira, não é permitida a negociação, quer na seara individual, quer na seara juscoletiva do trabalho, que implique a diminuição dos direitos sociais dos trabalhadores, sob pena de acarretar a violação direta do princípio em tela e de toda a principiológica que resguarda a seara laboral.

A indisponibilidade ou inderrogabilidade desses direitos consistem na limitação à autonomia individual ou coletiva pela qual se impede um sujeito de efetuar total ou parcialmente atos de disposição sobre um determinado direito, salvo se para melhorar a condição do trabalhador. Por isso, todos os direitos oriundos da relação empregatícia são considerados indisponíveis. Nesse contexto, cabe ao Estado editar normas protetivas, sempre mais vantajosas e garantidoras dos Direitos Humanos sociais do trabalhador.

Como bem assevera Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar do princípio da proibição de retrocesso social,

[...] o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais têm sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.⁷⁶

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 139.

⁷⁶SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e Proibição de Retrocesso: Algumas Notas Sobre o Desafio da Sobrevivência dos Direitos Sociais num Contexto de Crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**: Escola Superior de Direito Constitucional, n. 4, p.245, jul./ dez. 2004.

Segundo o autor,

Negar reconhecimento ao princípio de retrocesso social significa, em última análise, admitir que órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.⁷⁷

O princípio em tela se caracteriza pela impossibilidade de reduzir as implementações de direitos fundamentais sociais já realizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Impõe-se a não-redução dos Direitos Humanos sociais, de modo a preservar o índice mínimo civilizatório do Direito do Trabalho. Embora não expresso de forma taxativa pelo corpo constitucional, o princípio encontra clara previsão constitucional na leitura do art. 5º, § 2º, da CF e do *caput* do art. 7º da CF, este enunciando os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, “sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Destarte, o princípio em tela serve de esteio a reformas destrutivas da legislação social existente, sob pena de contrariar o próprio fundamento da CF/88, a proteção à dignidade da pessoa humana.

Como bem ensina Jorge Luiz Souto Maior, na obra *Relação de Emprego e Direito do Trabalho*,

A centralidade do direito do trabalho na relação de emprego, ademais, é o que tem permitido que este ramo do conhecimento jurídico, o direito do trabalho, evolua constantemente. A melhoria da condição social e econômica do empregado, cumpre não esquecer, é o princípio fundamental do direito do trabalho e com o avanço constante da normatividade trabalhista a aquisição de uma relação de emprego passou a ser sinônimo de status social e segurança [...].⁷⁸

De fato, muito deve ser feito ainda no campo dos Direitos Humanos sociais do trabalhador. É imprescindível a luta pela realização do Direito do Trabalho e pela aplicabilidade plena dos Direitos Humanos nessa seara.

A canção a seguir expressa a contestação das desigualdades sociais e seus versos reiteram a luta pelos direitos iguais, para que todos vivam plenamente e desfrutem a verdadeira dignidade humana.

⁷⁷SARLET, Ingo Wolfgang. Op.cit., p.149.

⁷⁸MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007. p. 95.

Bebida é água
Comida é pasto
Você tem sede de quê?
Você tem fome de quê?
A gente não quer só comer.
A gente quer comer e fazer amor.
A gente não quer só comer,
A gente quer prazer para aliviar a dor.
A gente não quer só dinheiro,
A gente quer dinheiro e felicidade.
A gente não quer só dinheiro.
A gente quer inteiro e não pela metade.⁷⁹

REFERÊNCIAS

AWAD, Fahd Medeiros. O problema da eficácia dos direitos fundamentais. **Revista da Universidade de Passo Fundo: Justiça do Direito**, v. 18, n.1, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3.ed.. Coimbra: Livr. Almedina.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.14, n.54, jan./mar. 2006.

_____. **Os direitos e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001.

_____. Uso alternativo do direito e saber jurídico alternativo. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de direito alternativo 1**. São Paulo: Acadêmica, 1991.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006.

⁷⁹ Canção "Comida", dos compositores Marcelo Fromer, Arnaldo Antunes e Sérgio Brito (Titãs).

_____. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). **O estado de bem estar social no século XXI.** São Paulo: LTr, 2007.

FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. **Hermenêutica.** São Paulo: Malheiros, 1997.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Argumentação jurídica e hermenêutica.** São Paulo: Impactus, 2007.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** São Paulo: Malheiros, 1998.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

GOMES, Ana Virginia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência.** São Paulo: LTr, 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2007.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 1994.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988.** São Paulo: LTr, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

_____. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista Brasileira de Direito Constitucional:** Escola Superior de Direito Constitucional, n. 4, jul./dez. 2004.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002.
SILVA, Christiane Oliveira Peter da. **Hermenêutica de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros Ed., 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e a tarefa da construção de uma nova crítica do direito a partir da ontologia fundamental. **Revista Filosofia Unisinos**, v. 3, n. 4, 2002.

_____. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005.

TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência civil e direito político de resistência**: os novos direitos. Campinas: Edicam, 2003.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

ASSÉDIO MORAL DECORRENTE DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Francisca Reis da Silva Barros*

1 INTRODUÇÃO

Para falarmos sobre o assédio moral é importante que se faça uma rápida digressão doutrinária sobre os ideais que marcaram a história da humanidade em busca da proteção da dignidade da pessoa humana, que é o valor principal que se pretende tutelar no pós-positivismo. O assédio moral embora possa constituir uma prática antiga, apenas agora está galgando relevância jurídica, sendo que na ordem pátria não há ainda uma legislação federal tipificando-o como crime, contudo, isso não impede que os agentes e as entidades em nome de quem os atos são praticados sejam punidos.

Para enfatizar, ressaltamos que vivemos em um Estado Democrático de Direito que tem como um dos fundamentos basilares o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual coloca o ser humano como começo, meio e fim de toda ordem jurídica. Preservar a vida, promover o bem estar e a saúde é o que as nações democráticas visam alcançar. Pois quando se luta pela preservação da natureza; bem como pelo fim das discriminações, do racismo, da escravidão, da miséria é a boa qualidade de vida que se pretende atingir.

A história registra que o marco inicial da defesa pelos direitos humanos remonta ao cristianismo pregava a igualdade entre os homens, muito embora essa concepção se desenvolvesse perante Deus. Essa verdade teleológica identificava o homem à imagem e semelhança do criador, derivando dessa circunstância sua grandeza e dignidade.

Na antiguidade clássica, os gregos não conheciam a dignidade da pessoa individual. Edgar Bodenheimerin na obra *Ciência do Direito – Filosofia e Metodologia Jurídica*, traduzido por Enéas Marques ensina que Aristóteles exaltava o homem como melhor de todos os animais, seria, portanto, perfeito. Contudo quando afastado do direito e da justiça seria o pior de todos. Para os estóicos, os homens eram essencialmente iguais, razão pela qual as discriminações entre eles por conta do sexo, classe, raça ou nacionalidade eram injustas e contrárias à lei da natureza.

* Servidora do TRT da 16ª Região-São Luís-MA. Especializada em Direito Civil, Processo Civil, Constitucional, Administrativo e Tributário pela Universidade Estácio de Sá.

São Tomaz de Aquino também fulcrou sua concepção no ideal de justiça que, segundo ele, consistia em dar a cada um o que lhe pertence. A justiça teria um caráter distributivo, sendo que deveriam ser conferidas coisas diversas a pessoas diversas, na medida de sua dignidade pessoal.

Immanuel Kant defendia a idéia de que o homem, pela sua dignidade, valia por si mesmo, de onde se vislumbra não somente sua dimensão individual, mas também sua dimensão comunitária e social. Manifestava-se contra toda e qualquer forma de coisificação do ser humano.

Esse ideal voltado para a valorização da pessoa natural, originário do pensamento cristão, buscando sempre pôr em relevo a sua dignidade, passou, com o pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, por um processo de racionalização e laicização, mantendo a noção fundamental da igualdade de todos os homens, em dignidade e liberdade. A idéia do racionalismo e do direito natural na Europa culminou com a Revolução Francesa de 1789, que tinha como tema “a liberdade, igualdade e fraternidade,” dando início ao nascimento das chamadas dimensões de direito.

Com efeito, a primeira dimensão de direito se afirmou após a supracitada Revolução, momento em que se pretendeu formar um Estado Liberal burguês para que florescesse a autonomia privada, sem que o ente político pudesse intervir. Exigia-se uma abstenção estatal, sendo esse o maior motivo para o surgimento da opressão daqueles detentores dos meios de produção sobre os hipossuficientes representados, em sua grande maioria, pelos operários. E aqui, a dignidade da pessoa humana, que serviu de justificativa para a busca do referido Estado, passou por um processo de aviltamento degradante.

Os ideais da Revolução Francesa que mudaram o rumo da história, em razão do abuso da classe burguesa, passaram a ser rejeitados na Europa. A resistência às premissas racionalistas daquele ato revolucionário culminou no surgimento dos Estados fascistas, tendo na Alemanha maior expressividade com a instituição do Nazismo, marcado por legitimar as mais vis atrocidades praticadas contra o ser humano, que culminou no extermínio de mais de 11 milhões de pessoas, no início do Século XX.

Após as graves atrocidades, com o fim dos grandes conflitos mundiais, ressurgiu o fenômeno do constitucionalismo para a reconstrução de uma sociedade democrática, pautada no cânone da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, emergiram os denominados direitos de segunda dimensão, representados pelos direitos econômicos, sociais e culturais que dominaram o século XX. Nasceram juntamente com o princípio da

igualdade, traço característico das constituições do segundo pós-guerra.

Em seguida, surgiram os direitos de terceira dimensão decorrentes do fenômeno da coletivização do direito onde estão insertos os transindividuais, que abrangem os coletivos e difusos. Tais direitos referem-se ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz, à propriedade comum da humanidade e à comunicação.

Inobstante a controvérsia sobre a matéria e a não aceitabilidade pela maioria doutrinária, defende-se a existência de direitos de quarta geração que estão relacionados ao patrimônio genético como fenômeno oriundo da bioengenharia e biotecnologia, tratando-se de questões relativas à vida. Entre os defensores dessa concepção encontra-se o constitucionalista Paulo Bonavides, segundo o qual tais direitos resultam do fenômeno da globalização dos direitos fundamentais.

Sem muita consistência, há ainda defensores dos chamados direitos de quinta geração que seriam aqueles vinculados aos sistemas de comunicação através da informatização, que fizeram romper a noção de fronteiras.

Esse processo de multiplicação dos direitos, que vem sendo denominado, outrossim, de geração de direitos (enfatizamos), tem sempre em foco os direitos fundamentais, que buscam a preservação do ser humano com qualidade de vida e saúde. Não se pretende mais proteger os bens materiais, mas o homem ontologicamente considerado, pela simples razão de existir.

A visão filosófica que visa exaltar a dignidade da pessoa humana, atualmente, vem sendo desenvolvida no sentido de enfrentar o positivismo jurídico e o ceticismo moral, para materializar nos textos constitucionais princípios éticos e morais com os quais as regras jurídicas e as decisões judiciais devem se conformar.

O Estado Democrático de Direito é visto como principal agente de processos de transformação a dar relevância à dignidade da pessoa humana, pois nele está centrado, servindo como sustentáculo aos valores da liberdade e da igualdade.

Com efeito, o ser humano só tem dignidade, se livre e se tratado com isonomia. O jus-filosófo Guerra Filho (2001, p.120), pontifica que a democracia representa:

[...] o reconhecimento de igual dignidade, em todas as pessoas, individualmente, a ser acatada no convívio [...] É fácil perceber como a perspectiva material de respeito à dignidade humana, a qual se reporta as idéias democráticas, requer uma concepção diferenciada do que seja 'segurança', 'igualdade', 'justiça', 'liberdade', etc., na qual o ser humano jamais pode ser tratado como "objeto" e o "meio" de realização de qualquer desses valores, mas sim

como sujeito a que eles se referem e à promoção de quem essa realização tem por finalidade.

A ordem jurídica pátria conferiu grande relevância a ser humano. Com efeito, a Magna Carta de 1215, em seu artigo 1º, III, erigiu a fundamento da República, a dignidade da pessoa humana, que é o valor norteador de toda aplicação do direito. Ao lado desse postulado, em seu inciso IV, firmou como axioma nuclear os valores sociais do trabalho. Constitui, outrossim, um dos princípios norteadores da ordem econômica a valorização do trabalho humano (artigo 170), que é considerado um primado da ordem social (artigo 193).

Na concepção de José Afonso da Silva “O homem é o valor fundamental, que vale por si mesmo, identificando seu ser com sua valia. De todos os seres só o homem é capaz de valores, e as ciências dos homens são inseparáveis de estimativas.” Essa é a concepção que o direito pós-positivista quer concretizar, retirando do mero formalismo para a materialização. É, portanto, o ser humano que deve ser respeitado, protegido e valorizado. É a sua dignidade.

Contudo a dignidade defendida pelas idéias filosóficas é a mesma que vem sendo dilapidada nas relações sociais, mormente nas laborais, em razão dos sujeitos desses liame se encontrarem em situação de desigualdade material. Em pleno século XXI nos deparamos com o trabalho escravo; exploração de crianças e adolescentes; discriminações por razão de sexo, raça, cor e origem.

2 ASSÉDIO MORAL

a) Conceito

O assédio moral é uma das formas mais perversas de tortura ao ser humano porque sua honra, dignidade e saúde são, paulatinamente, destruídas. E o que é pior, passa como normal, fruto do mercado competitivo e globalizado, mas nada mais é, do que uma tortura psicológica, nesse ponto equiparável a sofrida pelas vítimas do holocausto nazista, pois a sensação de impotência, de desproteção, de desolação é intensa, a ponto de tirar a vontade de reagir.

Tal fenômeno, também conhecido como mobbing, terror psicológico, psicoterror, enfatizamos, é uma das formas mais perversas a destruição do ser humano porque mina todas suas energias, sua auto-estima, enfim sua dignidade. Lesa o corpo e a mente, provoca doenças físicas, como câncer e/ou mentais, como síndrome do pânico, depressão e outras do gênero.

Trata-se de atos comissivos ou omissivos, gestos, atitudes e comportamentos geradores de discriminações, preconceitos, perseguições a determinada pessoa, causando-lhe danos relevantes a saúde física ou mental, levando muitas vezes a morte por doença, ou suicídio.

Marie-France Hirigoyen (pesquisadora francesa, psiquiatra, psicanalista – extraído do site www.assediomoral.org) conceitua o assédio moral como:

Toda e qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude [...]) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. É um fenômeno destruidor do ambiente de trabalho, pois não só diminui a produtividade, como também favorece o absentismo, devido aos desgastes psicológicos que provoca.

Para Heinz Leymann (médico alemão e pesquisador na área de psicologia do trabalho – extraído do site www.assediomoral.org)

Assédio moral é a deliberada degradação das condições de trabalho através do estabelecimento de comunicações não éticas (abusivas), que se caracterizam pela repetição por longo tempo de duração de um comportamento hostil que um superior ou colega desenvolve contra um indivíduo que apresenta, como reação, um quadro de miséria física, psicológica e social duradoura.

Segundo Margarida Barreto (médica do trabalho, professora universitária e escritora – extraído do www.assediomoral.org) “O assédio moral é revelado por atos e comportamentos agressivos, que visam a desqualificação, a desmoralização profissional, a desestabilização emocional e moral do(s) assediado(s), tornando o ambiente de trabalho desagradável, insuportável e hostil”.

Pontifícia Sônia A. C. Mascaro Nascimento (Doutora em Direito do Trabalho pela USP – extraído do site www.assediomoral.org)

Um dos elementos essenciais para a caracterização do assédio moral no ambiente de trabalho é a reiteração da conduta ofensiva ou humilhante, uma vez que, sendo este fenômeno de natureza psicológica, não há de ser um ato esporádico capaz de trazer lesões psíquicas à vítima. Como bem esclarece o acórdão proferido no TRT da 17ª Região, [...] a humilhação repetitiva e de longa duração interfere na vida do assediado de modo direto, comprometendo sua identidade, dignidade e relações afetivas e sociais, ocasionando graves danos à saúde física e mental, que

podem evoluir para a incapacidade laborativa, desemprego ou mesmo a morte, constituindo um risco invisível, porém concreto, nas relações e condições de trabalho.

Essa atitude perversa pode ser desenvolvida na escola, no seio familiar, bem como no ambiente de trabalho. Neste último é, de todos, o pior, porque a vítima, via de regra, hipossuficiente e com medo do desemprego, sujeita-se às mais degradantes humilhações por parte do seus chefes e/ou de seus colegas, que a rejeitam, a discriminam, desvalorizam seus serviços, fazem críticas destrutivas, atribuem-lhes as piores tarefas ou a deixam sem nada para fazer, com o fim de destruí-la.

Comumente, essa atitude perversa advém do chefe imediato, também chamado de “chefe sanduíche,” que tem o poder limitado de gestão, mas não tem o poder de mando, pois quando se trata de alguém com poder de dispensar a vítima, normalmente, ele se livra dela sem dó, nem piedade, salvo, quando o assediador é um sádico, cujo prazer não é eliminá-la, mas fazê-la sofrer.

O magistrado e escritor Armando Couce de Menezes em artigo publicado na internet no site www.trt17.gov.br, escreve o seguinte:

Aquele que assedia busca desestabilizar a sua vítima. Por isso mesmo, consiste em um processo continuado, ou seja, um conjunto de atos e procedimentos destinados a expor a vítima a situações incômodas e humilhantes. De regra, é sutil, pois a agressão aberta permite um revide, desmascara a estratégia insidiosa do agente provocador.

Daí a preferência pela comunicação não-verbal (suspiros, erguer de ombros, olhares de desprezo, silêncio, ignorar a existência do agente passivo) ou pela fofoca, zombaria, ironias e sarcasmos, de mais fácil negação em caso de reação, pois o perverso e assediante não assume seus atos. Quando denunciado, freqüentemente, se defende com frases do tipo: “Foi só uma brincadeira”, “não é nada disso, você entendeu mal”, “a senhora está vendo e/ou ouvindo coisas”, “isso é paranóia sua”, “ela é louca”, “não fiz nada demais, ela (ele) é que era muito sensível”, “ela faz confusão com tudo”, etc. é muito encrenqueira, histérica”.

Todavia, o assédio também tem lugar através de procedimentos mais concretos, como: rigor excessivo, confiar tarefas inúteis ou degradantes, desqualificação, críticas em público, isolamento, inatividade forçada, ameaças, exploração de fragilidade psíquicas e físicas, limitação ou coibição de qualquer inovação ou iniciativa do trabalhador, obrigação de realizar autocríticas em reuniões públicas, exposição a ridículo (impor a utilização de fantasia, sem que isso guarde qualquer relação com sua função; inclusão no rol de empregados de menor produtividade); divulgação de doenças e problemas pessoais de forma direta e/ou pública [...]

Guedes (2005, p.37) leciona o seguinte:

O assédio moral na empresa pode agregar o abuso do poder, mas o que efetivamente caracteriza e distingue essa violência é a manipulação perversa. Se, por um lado, o abuso de poder, que, normalmente, descamba para a administração por estresse, pode ser facilmente desmascarada, a manipulação insidiosa causa maior devastação, porque é sub-reptícia e, na fase inicial, até mesmo a vítima não enxerga a intenção malévola do sujeito perverso, oculta em comportamentos aparentemente normais. Quem, em sua consciência, vai se importar com as caretas do colega ou do chefe em resposta a um cumprimento ou à insinuação amistosa de um sorriso? O fenômeno se instala de modo quase imperceptível, inicialmente a vítima descuida, encarando o fato como uma simples brincadeira; todavia, é na retenção dos vexames, das humilhações, que a violência vai se mostrando demolidora e, se ninguém de fora intervier energicamente, evolui numa escala destrutiva. Quando a vítima reage e tenta libertar-se, as hostilidades transformam-se em violência declarada, dando início à fase de aniquilamento moral, denominada de psicoterror. Na empresa, a evolução do conflito se verifica em face da completa inoperância dos dirigentes, seja com falta de habilidade para lidar com o que se denomina de “recursos humanos”, seja pelo conforto da indiferença, seja porque a empresa tira proveito dessa situação estressante e acredita nesse tipo de procedimento como método eficaz para obrigar os assalariados a produzirem mais.

O professor Rodolfo Pamplona Filho em artigo publicado no site do www.jusnavegandi.com.br sustenta seguinte:

O assédio moral pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social.

Este nosso conceito busca um sentido de generalidade, pois o assédio moral não é um “privilegio” da relação de emprego, podendo ser praticado em qualquer ambiente onde haja uma coletividade, como, por exemplo, em escolas, comunidades eclesiais, corporações militares, entre outros.

Na relação de trabalho subordinado, porém, este “cerco” recebe tons mais dramáticos, por força da própria hipossuficiência de um dos seus sujeitos, em que a possibilidade de perda do posto de trabalho que lhe dá a subsistência faz com que o empregado acabe se submetendo aos mais terríveis caprichos e desvarios, não somente de seu empregador, mas até mesmo de seus próprios colegas de trabalho.

b) Modalidades

O assédio moral no trabalho pode ser observado sob três enfoques: o do tipo vertical ou estratégico, o horizontal ou paralelo e o ascendente.

- Vertical

O mobbing vertical ou estratégico é bem mais comum do que se imagina. É deflagrado pelo superior hierárquico contra um empregado, que fica sob a mira do perverso, sem defesa, sendo que, na maioria das vezes, tal agressor conta com a ajuda dos demais colegas da vítima, que também passam a hostilizá-la.

Normalmente, esse tipo de ofensa é praticado diretamente pelo chefe imediato, mas pode o ser também de forma indireta, quando este utiliza de um outro subalterno para dar cabo a sua atitude malévola, apoiando-o e defendendo-o em suas ações. Isto ocorre quando tal chefe não goza de muito prestígio sobre aquele com o poder de dispensar. Dessa forma, o agressor mascara sua atitude, se fazendo de “bom sujeito,” contudo, sorrateiramente, usa outros comparsas para fazer as investidas insidiosas. Tal situação é um pesadelo insuportável porque a vítima é provocada sem piedade e quando ousa reagir o próprio chefe, hipocritamente, atribui-lhe a culpa pelos fatos. E o que é pior, deflagra uma campanha difamatória contra o agredido para que todos possam acreditar que trata de pessoa problemática; que não se dar bem com ninguém; ou que desarmoniza o ambiente de trabalho. É um vedardeiro terror.

Inúmeros trabalhadores são vítimas desse tipo de terror, que pode levá-los à morte, sendo que, raramente, ou nunca, são punidos os agressores porque têm a garantia da impunidade, são protegidos, e têm como aliados diversos cúmplices, também carrascos, tal como ocorreu em regimes fascista e sanguinários, como o implementado por Adolfo Hitler e seus seguidores.

Para ser vítima desse tipo de mobbing não precisa ser uma ameaça ao chefe, basta que a mesma não adote o padrão de comportamento que ele valoriza, ou o contrarie em determinado aspecto.

Ensina Guedes, (p.37-38) na obra já citada:

O tipo mais frequente de terrorismo psicológico é aquele denominado vertical. Verifica-se o assédio moral de tipo vertical durante a execução do contrato de trabalho, quando a violência psicológica é praticada de cima para baixo, deflagrada pela direção da empresa ou por um superior hierárquico contra o empregado. O grau de subordinação do empregado é irrelevante; no contrato de emprego, a sujeição do empregado é a priori, pois teme perder o emprego. Nesta

espécie de terror, a ação necessariamente não precisa ser deflagrada e realizada pelo chefe, mas pode este contar com a cumplicidade dos colegas de trabalho da vítima e através destes a violência pode ser desencadeada. De um modo geral, o grupo tende a se alinhar com o perverso, creditando à vítima a responsabilidade pelos maus-tratos.

- Horizontal

O mobing horizontal não é menos perverso do que o vertical, pois provoca os mesmos males a saúde. Os agressores, neste caso, encontram-se em situação de igualdade com a vítima e, via de regra, agem coletivamente, juntando-se aos demais pares para vilipendiar a dignidade de seu alvo.

A autora supracitada às páginas 38/39 de sua obra afirma que:

O assédio horizontal é a perseguição desencadeada pelos colegas de trabalho. As causas mais imediatas desse tipo de perversão são a competitividade, a preferência pessoal do chefe -porventura gozada pela vítima-, a inveja, o preconceito racial, a xenofobia, razões políticas ou religiosas, a intolerância pela opção sexual ou o simples fato da vítima ser ou comportar-se de modo diferente dos colegas. Esta espécie de psicoterror tanto ocorre de modo individual quanto coletiva. Neste último caso, o assediado vira o “bode expiatório” do grupo, que colaborando com o perverso, desafoga sua intolerância, preconceitos, frustrações, inveja, agravando, sensivelmente, o sofrimento da vítima.

Renato e Alessandro Giglioli descrevem um caso de mobbing horizontal e coletivo, revelado no consultório do primeiro, fruto unicamente da intolerância do comportamento diferente:

A vítima, um jovem, muito tímido, casado e fascinado por literatura, cinema e obras de arte, é admitido em um grande fábrica, mas não se enquadra nos costumes do meio operário. Diferente dos demais colegas, não lhe agrada fazer horas extraordinárias (porque prefere gastar o tempo livre no cinema, com a esposa ou lendo um bom livro); cora diante das piadas e palavras de baixo calão e brincadeiras de duplo sentido; recusa os convites para a cervejinha no bar da esquina no final do turno e não sabe jogar carteadado. A intolerância dos colegas foi implacável e a violência desencadeada, de modo sorrateiro – coisa que dificultava sobremaneira sua defesa – foi evoluindo a ponto de tornar a vida do operário um infernal pesadelo. A crônica termina com sua licença para tratamento psicológico depois da solidária intervenção da esposa.

Essa modalidade é comum naquele ambiente laboral em que a vítima demonstra possuir valores diversos do grupo, quando não se afina com a prática de atos ímprobos ou desleais ou tem uma vida independente sem se preocupar com a modo de vida dos outros, tendo opinião própria. Nessa espécie, todos os atos da vítima são alvos de críticas, seu trabalho, suas opiniões, seu modo de vestir, falar, etc. A perversão grupal é tão terrível vez que provoca o isolamento e o desprestígio, sendo que todos que estão fora daquela relação maléfica pensam que a culpa é da vítima.

- Ascendente

Uma outra modalidade de assédio não muito comum é o ascendente em que a perversão ocorre de baixo para cima, ou seja, são os subordinados que rejeitam seu chefe.

3 EFEITOS

O assédio moral é hoje totalmente reprovado, não deve mais ser admitido nas relações sociais e, muito menos, nas de cunho laborais, porque o trabalho não serve apenas para a obtenção de bens ou riquezas, ou para simples subsistência humana, mas para dignificá-lo no contexto social. Afinal, como diz o poeta “o homem sem trabalho não tem honra e, sem sua honra não tem nada.”

A prática do assédio moral não afeta apenas a saúde do trabalhador, mas atinge diretamente sua dignidade, sua auto-estima, enfim seu amor próprio. A vítima desse tipo de ato, muitas vezes, tem vontade de morrer.

Em artigo publicado no site assédio moral, Margarida Barreto relata que:

A preocupação com essa questão é tão grande que por último o assunto tomou dimensões ainda maiores, até mesmo a nível internacional, sendo que a própria Organização Internacional do Trabalho (OIT) publicou recentemente resultados alarmantes sobre os danos e agravos causados à saúde dos trabalhadores(as) em consequência do aumento dos distúrbios psíquicos e vivências depressivas.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), por sua vez, também, passou a se preocupar com gravidade desse problema que atinge a todas as economias do mundo capitalista, chamando a atenção e alertando que a depressão, nas próximas duas décadas, poderá ser uma das mais importantes causas de morte e incapacidade no planeta e atingindo de morte os sistemas de previdência pública mesmo nos países conhecidos como de primeiro mundo, fazendo crescer as aposentadorias em consequência dos danos psíquicos oriundos da organização do trabalho.

Segundo dados extraídos do site Assédio moral no trabalho de entrevistas realizadas com 870 homens e mulheres vítimas de opressão no ambiente profissional os sintomas dessa perversão são as seguintes (revelam como cada sexo reage a essa situação em porcentagem):

Sintomas	Mulheres	Homens
Crises de choro	100	-
Dores generalizadas	80	80
Palpitações, tremores	80	40
Sentimento de inutilidade	72	40
Insônia ou sonolência excessiva	69,6	63,6
Depressão	60	70
Diminuição da libido	60	15
Sede de vingança	50	100
Aumento da pressão arterial	40	51,6
Dor de cabeça	40	33,2
Distúrbios digestivos	40	15
Tonturas	22,3	3,2
Idéia de suicídio	16,2	100
Falta de apetite	13,6	2,1
Falta de ar	10	30
Passa a beber	5	63
Tentativa de suicídio	-	18,3

Fonte: Barreto, M. Uma Jornada de Humilhações. 2000 PUC/SP.

Atualmente uma das maiores preocupações dos estudiosos e aplicadores do Direito, em todas as áreas desse ramo do conhecimento é a proteção da dignidade da pessoa humana. Com efeito, esse tema foi abordado com relevância na I JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO realizada em 23 de novembro de 2007, de onde ficou consignado como primeiro enunciado o seguinte:

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.

O autor de assédio moral como grande agressor ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana merece ser punido, civil, penal e administrativamente.

4 LEGISLAÇÃO

No ordenamento jurídico pátria, ainda não contamos com uma legislação a nível nacional sobre o assédio moral, que, como se sabe, é uma das formas mais repugnantes de violação dos direitos humanos, entretanto, no Congresso Nacional tramitam projetos de leis visando a regulamentação desse ato maléfico. Existe aqueles voltados para tipificação penal, bem como o que se destina à proibição e penalidade na seara administrativa.

Podemos citar o projeto de Lei Federal nº 4.742/2001 de autoria do deputado Marcos de Jesus, acrescentando no Código Penal o artigo 136-A, dispendo sobre o crime de assédio moral no trabalho, cuja redação final é a seguinte: O Congresso Nacional decreta:

Artigo 1º - O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro, fica acrescido do art. 136-A, com a seguinte redação:

"Art. 136-A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica.

Pena - detenção de um a dois anos.

Artigo 2º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em __ de __ de 2001.

Deputado Aldir Cabral Relator.

Há outro projeto de Lei federal nº4.591/2001, de autoria da Deputada Rita Camata, visando disciplinamento da conduta no âmbito da Administração Pública nos seguintes termos:

Dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de "assédio moral" por parte de servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais a seus subordinados, alterando a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

O Congresso Nacional decreta:

Artigo 1º - A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais fica acrescida do seguinte art. 117-A:

“Art. 117-A É proibido aos servidores públicos praticarem assédio moral contra seus subordinados, estando estes sujeitos às seguintes penalidades disciplinares:

I - Advertência;

II - Suspensão;

III - Destituição de cargo em comissão;

IV - Destituição de função comissionada;

V - Demissão.

§ 1º - Para fins do disposto neste artigo considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução profissional ou à estabilidade física, emocional e funcional do servidor incluindo, dentre outras: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um servidor só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações necessárias à elaboração de trabalhos de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; segregar fisicamente o servidor, confinando-o em local inadequado, isolado ou insalubre; subestimar esforços.

§ 2º - Os procedimentos administrativos para apuração do disposto neste artigo se iniciarão por provocação da parte ofendida ou pela autoridade que tiver conhecimento da infração.

§ 3º - Fica assegurado ao servidor denunciado por cometer assédio moral o direito de ampla defesa das acusações que lhe forem imputadas, sob pena de nulidade.

§ 4º - A penalidade a ser aplicada será decidida em processo administrativo, de forma progressiva, considerada a reincidência e a gravidade da ação.

§ 5º - O servidor que praticar assédio moral deverá ser notificado por escrito da penalidade a qual será submetido.

Artigo 2º - O inciso XIII do art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 132
XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117 e reincidência de prática de assédio moral contra subordinado referida no art. 117-A.

Artigo 3º - O art. 137 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 137 A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI e art. 117 - A, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal pelo prazo de 5 (cinco) anos”.

Artigo 4º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das sessões

Rita Camata - Deputada federal - PMDB – ES.

Um terceiro Projeto de Lei federal tombado sob nº 6.161/2002 cuida da matéria e visa a alteração da Lei nº 8.666/93, vejamos:

Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que "regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências", e institui o CADASTRO NACIONAL DE PROTEÇÃO CONTRA A COAÇÃO MORAL NO EMPREGO.

O Congresso Nacional decreta:

Artigo 1º - Acrescente-se inciso V ao art. 27 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a seguinte redação:

"Art. 27

V - comprovação de que não há registros de condenação por prática de coação moral contra seus empregados nos últimos cinco anos."

Artigo 2º - Fica instituído o CADASTRO NACIONAL DE PROTEÇÃO CONTRA A COAÇÃO MORAL NO EMPREGO a ser gerido por órgão competente do Poder Executivo.

Parágrafo único. O Cadastro a que se refere o caput deste artigo conterá informações atualizadas sobre as empresas condenadas por prática de coação moral contra seus empregados nos últimos cinco anos.

Artigo 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das sessões

Inácio Arruda

Deputado federal - PCdoB – CE.

Em âmbito estadual apenas o Estado do Rio de Janeiro regulamenta a matéria na seara da Administração Pública através da Lei nº 3.921, de 23 de agosto de 2002. Porém, os Municípios estão mais avançados neste aspecto. Iracemópolis, no Estado de São Paulo, foi o pioneiro a editar lei a respeito. Já temos leis aprovadas no Municípios de Campinas, Cascavel, Guarulhos, Americana e São Paulo capital, todos no Estado de São Paulo. Natal-RN e Porto Alegre-RS também já editaram suas normas pertinentes. A nível internacional a França editou a Lei nº 2002-73 de 17 de janeiro de 2002.

5 RESPONSABILIDADE

Destaca-se dois tipos de responsabilidade: a responsabilidade penal e a responsabilidade civil.

a) Responsabilidade Penal

No que diz respeito a responsabilidade penal, enquanto não editada uma norma tipificando a conduta como fato criminoso, a vítima pode se

socorrer da previsão contida no artigo 140 do Código Penal, que define o crime de injúria nos termos seguintes: **Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro.**

Ora, conduta do agente do assédio moral é perfeitamente enquadrável no texto penal supramencionado porque apresenta todos os elementos do tipo. Com efeito, o objeto subjetivo é caracterizado pela intenção de lesar a dignidade da vítima; o elemento objetivo veiculado pelos efeitos que produz no íntimo da pessoa afetada, vez que é a sua honra subjetiva a atingida, o que repercute em sua auto-estima, bem como nos relacionamentos no seio social.

Outrossim, dependendo do modo de como são efetuadas as agressões, o agente pode responder pelos crimes previstos nos artigos 138 e 139 do Código Penal, desde que se afigure a calúnia ou difamação.

b) Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil no direito pátrio consubstancia-se, via de regra, na teoria clássica, também conhecida como teoria da culpa ou teoria subjetiva, segundo a qual o direito à indenização por danos necessita da verificação de três requisitos: o dano, o nexo causal e culpa (artigo 186 do CC). Ao lado dessa regra, a ordem jurídica em 2002 passou a admitir também de forma mais genérica a responsabilidade objetiva consignada no artigo 927, caput e § único do novo Código Civil.

Ora, a responsabilidade civil do agente praticante de assédio não pode ser descartada, mesmo que tenha agido no âmbito empresarial. Isto porque age com alto grau de dolo, vez que seu intento é, realmente, destruir auto-estima da vítima. Ele pretende vê-la mal, apenas para satisfazer a sua perversão, logo, não pode ficar imune da penalidade. Embora possa dizer que está cumprido ordem do empregador, ele sabe ou deve saber que a conduta é ilícita e que não se permite mais esse tipo de violação a direitos fundamentais. O artigo 186 do Código Civil estabelece que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Nos moldes da norma supramencionada o assediado comete um ato ilícito, pois age deliberadamente com um propósito de atingir o seu alvo, sem piedade, por isso, deve arcar com as conseqüências de sua malícia, individualmente, eis que o artigo 927 do Código Civil estabelece que “aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

O ato ilícito atinge a dignidade da pessoa humana sob o aspecto subjetivo e objetivo. Com efeito, a lesão interna, ou seja, no íntimo da

vítima, traduz, sem sombra de dúvida, repercussão externa, eis que os prejuízos não se limitam a saúde física ou mental, mas também a social, isto é, os relacionamentos sócio-afetivos. Aquele que sofre assédio moral tem uma convivência social conturbada porque as frustrações, a tristeza, a angústia, o medo, a dor moral inviabilizam relacionamentos saudáveis. Muitas vezes, o ofendido torna-se uma pessoa agressiva ou dispersa, quando não muito repete os atos ilícitos sobre outras pessoas, como, por exemplo, seus familiares.

Em razão da violação a um princípio fundamental – dignidade da pessoa humana – que é o valor basilar de toda ordem jurídica democrática não pode ficar impune o agente causador do dano, o qual deve responder também na seara civil, com seu patrimônio. Isto porque o pagamento de indenização não tem apenas um efeito repressivo, mas também, pedagógico.

E não é só isso. O empregador também deve responder e indenizar a vítima independentemente de culpa. Aqui a responsabilidade é objetiva nos termos do 932, III c/c 933 do Código Civil.

Em síntese, poderão ser acionados, de forma independente, para efeitos de reparação por danos morais o agente e a pessoa jurídica em nome de quem pratica os atos lesivos.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Margarida et al. **Uma jornada de humilhações**. São Paulo, 2000. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org>>.

BODERNHEIMER, Edgar. **Ciência do direito – filosofia e metodologia jurídica**. Traduzido de Jurisprudence “the philosophy end method of the Law, por Enéas Mazano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Atlas, 2001.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2004.

_____. **Uma jornada de humilhações**. (Dissertação de Mestrado) - PUC – Universidade Católica. Disponível em: < www.assediomoral.org>.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. Rio de Janeiro, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Col. Os pensadores).

QUEIROZ, Alberto Marchi de. **Resumo de direitos humanos e da cidadania**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

RUFINO, Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2000.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1998.

EXECUÇÃO NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS CÍVEIS: ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS

Rodolpho Randow*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar algumas questões controvertidas relacionadas à fase de execução nos Juizados Especiais Cíveis.

Iniciaremos o trabalho com um panorama sobre a competência dos Juizados Especiais Federais, tentando, após, apresentar uma proposta interpretativa que leve em consideração tanto o pedido de parcelas vencidas quanto o de vincendas, afastando, assim, uma interpretação com a devida vênia errônea da competência para o julgamento da causa, prevista no art.3º da Lei nº.10.259/01, e do instituto da renúncia ao crédito excedente, estatuído no § 4º, do art.17, do mesmo diploma legal.¹

Feito o breve esboço supra, passaremos aos temas relacionados à fase executiva, tais como o pagamento por RPV e por precatório e honorários advocatícios.

Por fim, trataremos da imposição de *astreintes* em face da fazenda pública, do seqüestro de numerário e da execução de título executivo extrajudicial.

2 A COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A Lei nº.10.259/01, que criou os Juizados Especiais Cíveis Federais, dispõe em seu artigo 3º que “Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar suas sentenças.”

* Advogado, sócio do escritório Randow & Fraga Advogados Associados, Mestrando em Finanças pela FUCAPE/ES.

Professor da Faculdade Batista de Vitória (FABAVI), da Faculdade Novo Milênio de Vila Velha, da Faculdade Nacional de Vitória (FINAC) e de cursos de pós-graduação e preparatórios para concurso.

¹ Vide também o § 3º, do art. 3º, da Lei nº 9.099/95, instrumento legal aplicável subsidiariamente os Juizados Especiais Federais em razão do que dispõe o art. 1º da própria Lei nº.10.259/01.

À primeira vista, portanto, poderia parecer que os Juizados Especiais Cíveis Federais seriam exemplo de competência relativa em razão do valor.²

Entretanto, os Juizados Especiais Cíveis Federais não podem ser utilizados como exemplo de competência relativa em razão do valor, eis que, o próprio § 3º, do artigo acima citado, determina que no foro onde estiver instalada Vara do Juizado Especial Federal, a sua competência é absoluta. Ora, se a própria lei dispõe que a competência dos Juizados Especiais Federais é absoluta, não podem ser os mesmos citados como exemplo de competência relativa com relação ao valor.

Por ser caso de incompetência absoluta, muito embora relacionada ao valor da causa que, em regra, seria relativa, o juiz deve conhecer de ofício a sua incompetência.

Assim, as regras sobre o valor da causa nos Juizados Especiais Federais devem ser analisadas de ofício pelo juiz a fim de evitar que tramitem em tais Juizados processos que não são de sua competência.

3 A PETIÇÃO INICIAL

Nas ações em trâmite perante os Juizados Especiais Federais normalmente há pedidos de prestações vencidas e vincendas – a grande maioria discute matéria previdenciária - e, em tais hipóteses, o valor da causa deve ter por base os termos do art.261 do CPC e do art.3º, § 2º da Lei nº.10.259/2001.

Assim, analisaremos separadamente as duas hipóteses, quais sejam, pedido de prestações vincendas e de prestações vencidas, deixando claro que tal divisão é meramente didática, uma vez que, nada impede possam ser cumuladas na peça vestibular,³ senão vejamos:

² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 41. ed. n.154, p.157. v.1.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Curso básico de processo civil**. Tomo I – Teoria geral do processo, p. 96.

NOGUEIRA, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. p. 370, v. 1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. 6. ed. p.59. v. 1.

³ Não podemos concordar de maneira alguma com a tese apresentada pelo nobre magistrado Dr. Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, Juiz do Juizado Especial Federal de Blumenau/SC de que “a Lei 10.259/01 reservou para as causas que versem sobre relações de trato sucessivo, em particular as previdenciárias, apenas a consideração das prestações vincendas.” (*Valor da Causa nos Juizados Especiais Federais*, Revista Juris Síntese, n. 41. maio/jun. 2003).

Em sentido contrário ao acima exposto, e, reforçando o nosso entendimento, o Enunciado nº 45 da Súmula de Jurisprudência da Turma Recursal do Rio de Janeiro: “Nas demandas em que se postulam prestações vencidas e vincendas, estas não se somam para efeito de fixação do valor da causa”. Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 14/12/2005, e publicado no D.O.E.R.J. de 16/01/2006, p. 12, Parte III.

3.1 Parcelas vincendas

Nos termos do art.260 do CPC, o valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou superior a um ano, senão vejamos:

Art.260. Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, tomar-se-á em consideração o valor de umas e outras. O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado, ou por tempo superior a 1 (um) ano; se, por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

Ademais, nos termos do art.3º, § 2º da Lei nº.10.259/01, o valor da causa deverá corresponder a 12 (doze) prestações mensais pleiteadas, sendo que, tal montante deverá estar abaixo do teto de 60 (sessenta) salários mínimos para as prestações vincendas, tendo como base o salário mínimo na data da propositura da ação.

Esta a dicção expressa do artigo de lei:

Art.3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

§ 2º Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de doze parcelas não poderá exceder o valor referido no art.3º, caput.

Nesta hipótese, não poderá haver renúncia eis que se trata de norma cogente, apesar de haver entendimento em sentido contrário que, com a devida vênia, ousamos discordar.⁴

O Enunciado nº.46, da Súmula de Jurisprudência da Turma Recursal do Rio de Janeiro, ao tratar do tema assim dispõe: “O Juizado Especial federal é absolutamente incompetente para processar e julgar as causas envolvendo obrigações de trato sucessivo, cuja soma das doze prestações vincendas ultrapassar o limite de sessenta salários mínimos,

⁴ Este é entendimento de DINAMARCO, mesmo que para os Juizados Especiais da Justiça Comum: “No caso de pedido referente a obrigações de trato sucessivo, estabelece o CPC que a condenação incluirá, independentemente de pedido específico, o valor de todas as prestações, enquanto durar a obrigação (art. 290). Projetada sobre o processo dos juizados especiais cíveis, essa hipótese terá por consequência a incompetência destes sempre que a soma das prestações exceder o máximo legal instituído pelo art. 3º, I - a não ser que o autor declare pretender condenação exclusivamente pelo valor das parcelas que caibam nesse limite”. (Manual dos Juizados Cíveis. 2. ed., p. 60.).

não cabendo, neste caso, renúncia ao excedente.”⁵

Se o valor da causa estiver fora da competência do Juizado, ao contrário do temos visto em alguns julgados,⁶ entendemos que a ação não deva ser extinta, sem julgamento de mérito, para que o autor reapresente a mesma na Vara Federal Comum, uma vez que, pelos princípios da economia e celeridade processuais, não há razão para se forçar o ajuizamento de nova demanda.

Ademais, sendo a competência do Juizado Especial Federal absoluta, o art.113 do Código de Processo Civil expressamente determina que os autos devem ser remetidos ao juízo competente.

Entendemos, entretanto, que, ao receber os autos, deva o Juiz da Vara Federal Comum intimar o autor para, querendo, emendar a inicial, tendo em vista o procedimento próprio dos JEF que visam a simplificação das formas e celeridade processual, nos termos da Lei nº.10.259/01, razão pela qual, poderá o autor adequar sua exordial aos ditames estatuídos pelo CPC.

Destaque-se, quando dizemos que o processo não deva ser extinto, fazemos referência apenas ao momento em que o juiz recebe a exordial, o que não ocorre após a resposta do réu, ocasião em que entendemos deva ser realmente extinto o processo em razão da incompatibilidade entre o rito previsto para o JEF (Lei nº.10.259/01) e a Justiça comum federal (CPC).

Estando o valor da causa, quanto às prestações vencidas, de acordo com os critérios acima estipulados, devemos passar à análise das prestações vencidas.

3.2 Parcelas vencidas

Igualmente ao que sucede às parcelas vencidas, nos termos do art.3º, § 2º da Lei nº 10.259/01, o valor da causa deverá corresponder a 12 (doze) prestações mensais pleiteadas, sendo que, tal montante deverá estar abaixo do teto de 60 (sessenta) salários mínimos.

Todavia, ao contrário do que ocorre com as parcelas vencidas, caso o valor da causa ultrapasse o teto de 60 (sessenta) salários mínimos, na data da propositura da ação, o autor tem duas opções: renunciar ao excedente⁷

⁵ Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 14/12/2005 e publicado no D.O.E.R.J. de 16/01/2006, p. 12, Parte III.

⁶ Enunciado nº 11 da Súmula de Jurisprudência da Turma Recursal do Rio de Janeiro: “No caso de o Juiz do JEF reconhecer sua incompetência, deverá extinguir o processo ou suscitar conflito, se for o caso”. Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 10/10/2002, e publicado no D.O.E.R.J. de 19/09/2003, p. 3, Parte III.

⁷ Enunciado 10 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro: “Não há renúncia tácita no JEF, para fins de competência.” Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 10/10/2002, e publicado no D.O.E.R.J. de 19/09/2003, p. 3, Parte III.

Igualmente, a SÚMULA Nº 17 do Conselho da Justiça Federal: “Não há renúncia tácita no Juizado Especial Federal, para fins de competência.” DOU de 24/05/2004.

e, assim, fixar a competência do JEF ou ajuizar a ação na Vara Federal Comum.

Neste sentido, o Enunciado n.º.47, da Súmula de Jurisprudência da Turma Recursal do Rio de Janeiro, dispõe que “A renúncia, para fins de fixação de competência dos Juizados Especiais Federais, só é cabível sobre parcelas vencidas até a data do ajuizamento da ação, tendo por base o valor do salário mínimo então em vigor.”⁸

Quanto à renúncia, assim reza a Súmula n.º.17 da Turma de Uniformização das Decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais: “Não há renúncia tácita no Juizado Especial Federal, para fins de competência.”⁹

Acompanhando tal entendimento, o aresto abaixo:

JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS – COMPETÊNCIA – LEI Nº 10.259/01, ART. 3º, CAPUT – REGRA GERAL – VALOR DA CAUSA ATÉ SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS – O valor da causa no juizado especial federal é de 60 salários mínimos – Vinculação constitucional por delimitar ritos, e não como meio de indexação obrigacional, na forma do art. 3º da Lei nº 10.259/01. Permanecem válidos os critérios legais do art. 260 CPC na definição do montante econômico deduzido em lide, pelo que, havendo cumulação com parcelas vincendas, estas são acrescidas às vencidas em até uma anualidade. O simples ingresso da ação no juizado especial não implica em presunção tácita de renúncia à verba alimentar de benefícios pretéritos. Conflito conhecido para declarar competente o juízo suscitante. (TRF 4ª R. – CC 2002.04.01.038138-4 – SC – 3ª S. – Rel. Des. Fed. Néfi Cordeiro – DJU 13.11.2002) JCPC. 260

Por fim, o Enunciado n.º.48, da Súmula de Jurisprudência da Turma Recursal do Rio de Janeiro, disciplina que “A renúncia ao excedente do valor da causa não exclui o cômputo, no valor da condenação, da correção monetária e juros, bem como das prestações que vencerem no curso do processo, observada a regra do §4 o do art.17 da Lei nº.10.259/2001.”¹⁰

Fixada, então, a competência do JEF, seja pelo enquadramento legal da causa em sua alçada, ou pela renúncia quando ultrapassado o

⁸ Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 14/12/2005, e publicado no D.O.E.R.J. de 16/01/2006, p.12, Parte III.

⁹ Conselho da Justiça Federal. DOU de 24/05/2004.

¹⁰ Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 14/12/2005, e publicado no D.O.E.R.J. de 16/01/2006, p. 12, Parte III.

teto legal, em caso de prestações vencidas, terá o processo seu trâmite regular, até a execução.¹¹

4 A EXECUÇÃO

Tesheiner afirma que para o limite de 60 (sessenta) salários mínimos nas execuções em trâmite nos Juizados Especiais Federais “hão de se excluir os juros vencidos no curso do processo, bem como a correção monetária.”¹²

Vamos além. Entendemos que, na execução, o autor terá direito a receber não apenas os valores vencidos, no momento da propositura da ação, limitados a 60 (sessenta) salários mínimos, como já dito no item 3.2, como também os valores que eram vincendos, na data do ajuizamento, e que se tornaram vencidos durante o trâmite do processo, além de juros e correção monetária sobre ambos.¹³

Nos termos do art. 17, § 4º, da Lei nº.10.259/2001, a renúncia ao crédito excedente para que se faça o pagamento através de Requisição de Pequeno Valor é facultativo ao autor. Ou seja, a expedição de RPV não pode ser determinada de ofício.

O mesmo artigo 17, § 4º, da supracitada lei, determina que, se o valor da execução ultrapassar o limite de 60 (sessenta) salários mínimos, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório.

Mostra-se claro, portanto, que a Lei nº.10.259/01 permite o pagamento através de precatório sempre que a execução ultrapassar o limite de 60 (sessenta) salários mínimos e o exequente não renuncie ao que exceder a tal limite.

Ademais, o § 4º do artigo 74 da Resolução nº.30 do Egrégio TRF da 2º Região¹⁴ dispõe que se o valor da execução ultrapassar a alçada de sessenta salários mínimos, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultado à parte exequente a renúncia ao crédito

¹¹Importante destacar que, o art. 52, IV, da Lei nº 9.099/95, aplicado subsidiariamente aos JEF, em função do disposto no art. 1º da Lei nº 10.259/01, dispensa nova citação para a execução. Assim, não há que se falar em processo de execução como uma fase autônoma.

¹²TESHEINER, José Maria Rosa. Juizados Especiais Federais Cíveis: Procedimentos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n.17. p.13, maio/junho. 2002.

¹³Como já destacado, o Enunciado nº 48, da Súmula de Jurisprudência da Turma Recursal do Rio de Janeiro, disciplina que “A renúncia ao excedente do valor da causa não exclui o cômputo, no valor da condenação, da correção monetária e juros, bem como das prestações que vencerem no curso do processo, observada a regra do §4 o do art.17 da Lei nº10.259/2001”. Aprovado na Sessão Conjunta realizada em 14/12/2005, e publicado no D.O.E.R.J. de 16/01/2006, p.12, Parte III.

¹⁴Resolução nº 30, de 22 de novembro de 2001, tendo em vista o decidido pelo Plenário da Corte, em sessão realizada nos dias 22 de novembro de 2001, 19 de dezembro de 2001 e 1º de fevereiro de 2002.

excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma lá prevista.

Assim, com a devida vênia, não podemos de maneira alguma concordar com o nobre colega advogado Manoel Lopes de Sousa ao afirmar em seu trabalho que: “Outro aspecto relevante que se destaca é a inexistência da figura do precatório nas causas submetidas a esse regramento, diferente do estipulado no art.100 da Carta Política. Sublinhe-se, no particular, o art.17 da Lei nº10.259/2001, para a exata noção do que se afirma [...]”.¹⁵

Ou seja, se o valor da execução ultrapassar o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, e não havendo renúncia por parte do credor, será feito o pagamento, sempre, por meio de precatório.¹⁶

No mesmo diapasão a Instrução Normativa nº 3 do STJ:¹⁷

Art.6º Os pagamentos de valores superiores aos limites previstos no artigo anterior serão requisitados mediante precatório, salvo se o credor renunciar, expressamente, ao valor excedente, quando poderá receber seu crédito por meio de RPV.

E o aresto abaixo:

PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL - EXECUÇÃO DO JULGADO - VALOR SUPERIOR A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS - COMPETÊNCIA - ART. 17 DA LEI Nº 10.259/2001 – 1. Compete aos Juizados Especiais Federais Cíveis executar seus julgados, ainda que a condenação transitada em julgado supere a sessenta salários mínimos, hipótese em que deverão determinar a expedição do competente precatório, se parte não optar por renunciar ao montante que exceder àquele valor (Lei nº 10.259/2001, art.17, § 4º).

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo do Juizado Especial Federal Cível, ora suscitado.

(TRF 1ª R. - CC 01000093585 - BA - 3ª S. - Relª Desª Fed. Maria Isabel Gallotti Rodrigues - DJU 10.08.2004 - p. 14).

Se fosse diferente, poderia o requerido retardar ao máximo - seja na via administrativa ou judicial - o pagamento daquilo que o autor tivesse direito, pois teria a certeza de que, posteriormente, na via judicial, seria

¹⁵SOUSA, Manoel Lopes de. Juizado Especial Federal. **Revista do TRF da 1ª Região**, Brasília, p.19-22, maio 2002.

¹⁶No mesmo sentido, SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 11. ed., n.1059, p.835. v.1.

¹⁷Instrução publicada no DJU de 11.07.200.6.

proferida sempre uma sentença condenatória limitada a 60 (sessenta) salários mínimos, o que de maneira alguma podemos coadunar.

4.1 Litisconsórcio

Havendo vários beneficiários na fase executória, os pagamentos poderão ser feitos por precatório e requisição de pequeno valor, de acordo com o valor a que cada um tenha direito, porquanto o fracionamento vedado pela Constituição da República, artigo 100, § 4º, acrescentado pela emenda constituição nº 37, de 12.06.2002, bem como pelo § 3º, do art. 17, da Lei nº. 10.259/01, é relativo ao débito de um mesmo beneficiário.¹⁸

Assim, algum dos credores pode renunciar ao crédito excedente a fim de que o seu pagamento se faça através de Requisição de Pequeno Valor, não importando que os demais, uma vez que a renúncia é facultativa, optem por receber através de precatório.

4.2 Expedição de RPV sem oitiva do exeqüente

Diante do que foi apresentado no presente trabalho, forçoso concluirmos que o Requisitório de Pequeno Valor somente deverá ser expedido de plano se o valor a ser executado estiver dentro do teto legal fixado aos Juizados Especiais Federais. Caso o valor extrapole tal limite, o autor deverá sempre ser intimado para que, caso queira, renuncie ao excedente, hipótese em que será expedida a RPV, ou, caso contrário, que o pagamento seja feito através de precatório.

4.3 Honorários Advocaticios

A Resolução nº.438, do Conselho da Justiça Federal,¹⁹ dispõe em seu artigo 4º o seguinte:

Art.4º. Em caso de litisconsórcio, para efeito do disposto nos arts. 2º e 3º desta Resolução, será considerado o valor devido a cada litisconsorte, expedindo-se, simultaneamente, se for o caso, RPV's e requisições mediante precatório.

Parágrafo único. Ao advogado é atribuída a qualidade de beneficiário, e seus honorários sucumbenciais deverão ser considerados como parcela autônoma, não sujeita ao rateio entre credores para fins de classificação do requisitório como de pequeno valor.

¹⁸Neste sentido: (TRF 3ª R. – AG 2005.03.00.072546-4 – (246707) – 8ª T. – Relª Juíza Fed. Conv. Ana Pezarini – DJU 09.08.2006 – p. 416).

¹⁹Publicado no DOU de 10.06.2005, ret. DOU 04.07.2005, ret. DOU 22.08.2005 e DOU 15.09.2005, rep. DOU 03.10.2005.

Seguindo tal esteira, a Instrução Normativa nº 3 do Colendo STJ:²⁰

Art.8º O advogado titular de crédito de honorários advocatícios oriundo de sucumbência da Fazenda Pública constará como beneficiário de requisição a ser expedida separadamente dos demais credores, pelo montante global da verba sucumbencial.

Na mesma linha, a Lei nº.8.906/94 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil:²¹

Art.23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Ou seja, os honorários sucumbenciais devidos ao advogado deverão ser considerados como parcela autônoma, não sujeita ao rateio entre credores para fins de classificação do requisitório como de pequeno valor.²²

Neste sentido, a jurisprudência:

CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PARCELA AUTÔNOMA DO CRÉDITO – EXPEDIÇÃO DE RPV – POSSIBILIDADE – 1. A vedação ao fracionamento da dívida, prevista no art. 100, §4º da Constituição Federal, impedindo que o pagamento se efetue, parte por precatório, parte por RPV, busca evitar a fraude para a obtenção imediata do crédito por um mesmo beneficiário. 2. Tratando-se de verba destinada ao pagamento de honorários advocatícios - Parcela autônoma do crédito, dirigida a diferente titular - cujo valor não exceda 60 salários mínimos, possível é a expedição de RPV, independentemente da modalidade de pagamento do valor principal. 3. Precedentes. 4. Agravo de Instrumento provido. (TRF 5ª R. – AGTR 2006.05.00.016132-2 – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Francisco Wildo Lacerda Dantas – DJU 30.08.2006 – p. 836) JCF.100 JCF.100.4

PROCESSUAL CIVIL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – PRECATÓRIO – FRACIONAMENTO – RPV – 1. Considera-se parcela autônoma os honorários do advogado, que não se sujeita

²⁰Publicada no DJU de 11.07.2006.

²¹Publicada no DOU de 05.07.1994.

²²No mesmo sentido: TRF 3ª R. – AG 2005.03.00.072546-4 – (246707) – 8ª T. – Relª Juíza Fed. Conv. Ana Pezarini – DJU 09.08.2006 – p. 416.

ao rateio com os demais credores, para efeito de requisição de pequeno valor, nos termos da Resolução CJF 438, de 30.05.05. 2. Agravo desprovido. (TRF 3ª R. – AG 2005.03.00.002808-0 – (227432) – 10ª T. – Rel. Des. Fed. Castro Guerra – DJU 07.12.2005 – p.579).

Inobstante os argumentos já apresentados, bem como os doutos arestos acima transcritos que dão sustentação à nossa posição, existem julgados em sentido contrário, com os quais, com todas as vênias possíveis, ousamos divergir, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PREVIDENCIÁRIO – FRACIONAMENTO DA EXECUÇÃO – EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO E DE REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR

– 1. Impossível a separação dos valores que integram a condenação, para efeito de expedição simultânea de precatório e de requisição de pequeno valor - Rpv. 2. Tendo o valor global da condenação, incluídos os honorários advocatícios, ultrapassado o limite de sessenta salários mínimos, descabe o levantamento de qualquer quantia por meio de requisição de pequeno valor, sem que haja renúncia ao crédito excedente ao referido patamar. 3. Agravo de instrumento provido. (TRF 4ª R. – AI 2006.04.00.010340-0 – 5ª T. – Rel. Juiz Fed. Luiz Antonio Bonat – DJU 28.06.2006 – p. 794).

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV) PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: IMPOSSIBILIDADE (ART. 100, § 4º, CF/88) – FRACIONAMENTO DA EXECUÇÃO – AGRAVO PROVIDO MONOCRATICAMENTE – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO – 1. “São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório” (redação do §4º do art. 1000 da CF/88). 2. Se a execução é una, não há falar em fracionamento, repartição ou quebra de seu valor. Precedentes do STJ. 3. Agravo interno não provido. 4. Peças liberadas pelo Relator, em 21/06/2005, para publicação do acórdão. (TRF 1ª R. – AGTAG 200501000233033 – MG – 7ª T. – Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral – DJU 08.07.2005 – p. 124) JCF. 100 JCF. 100.4.

5 A APLICAÇÃO DE ASTREINTES EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Os bens públicos são impenhoráveis, exigindo a Carta Magna,

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 372	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

que os pagamentos realizados pela Fazenda Pública²³ submetam-se à existência de prévia dotação orçamentária (art. 100, § 1º, da CF).

Assim, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em caso de condenação judicial somente poderão ocorrer sob a forma de precatório,²⁴ ou, se for o caso, de Requisição de Pequeno Valor (arts. 730 do CPC e 17 da Lei nº.10.259/01), ressalvadas as hipóteses de seqüestro: preterição ao direito de preferência (art.731 do CPC) e desatendimento à requisição de pagamento (§ 2º do art.17 da Lei nº.10.259/01).

Ato contínuo, inadmissível a imposição de *astreintes* para fins de cumprimento de obrigação de pagar referente a prestações vencidas, o que não impede, entretanto, a imposição da medida coercitiva para a obrigação de fazer,²⁵ não-fazer ou entregar coisa.²⁶

O Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido no sentido de ser cabível a imposição de multa decorrente de *astreintes* à Fazenda Pública, conforme arestos abaixo:

²³No conceito de Nelson e Rosa Nery “compreendem-se no conceito de Fazenda Pública as pessoas jurídicas de direito público interno: a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios e suas respectivas autarquias, bem como as fundações instituídas pelo poder público quanto a seus bens. As empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, não se sujeitando à execução de que trata a norma sob comentário”. (Código de Processo Civil Comentado. 3. ed., p.878).

Todavia, importante destacar que o C. STF tem reiteradamente decidido que o Decreto-lei nº 509/69, que estendeu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, foi recebido pela atual Constituição, o que gera a impossibilidade de penhora sobre seus bens rendas e serviços, razão pela qual, deve a execução contra a mesma ser implementada mediante precatório, sob pena de ofensa ao disposto no artigo 100 da Carta Magna.

²⁴Por fugir à temática proposta para o presente artigo, não abordaremos a tese defendida por alguns estudiosos de que, numa interpretação do art. 100 da Constituição, os créditos alimentares dispensariam a figura do precatório.

²⁵Como exemplo de obrigação de fazer, Marinoni cita a implantação de reajuste salarial em folha determinada na sentença (Marinoni, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. p.661).

²⁶Há entendimento, entretanto, no sentido de ser, em qualquer hipótese, incabível a imposição de multa. Esse o posicionamento de Vicente Greco Filho: “Entendemos, também, serem inviáveis a cominação e a imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório, porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo.” (Direito Processual Civil Brasileiro, 18. ed., p.73, v.3). Para o doutrinador, nem mesmo a obrigação específica da obrigação de fazer contra a Fazenda Pública é possível pois “o Judiciário, perante o sistema constitucional vigente, não pode praticar atos administrativos na esfera do Executivo, pois estaria invadindo área privativa de outro Poder”. (Da Execução contra a Fazenda Pública, p.36-37).

PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CORRETA A IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) POR ATRASO. POSSIBILIDADE.

I- O INSS, intimado a proceder à correta implantação do benefício a que foi condenado, quedou-se inerte, não restando outra alternativa ao Juízo monocrático, senão fixar multa diária, a fim de compeli-lo a fazer o que estava obrigado em virtude de sentença judicial. Nesse sentido, bem andou o acórdão recorrido, ao consignar que, *in casu*, não está a autarquia previdenciária amparada pelo rito do art., 730 e seguintes do Código de Processo Civil, restando correta a decisão monocrática que, nos termos do artigo 644, fixou as astreintes, não sendo passível de acolhimento o argumento de que o recorrente tem foros de Fazenda Pública.

II- Não há que se falar na aplicação do art. 41, §§ 5º e 6º da lei 8.213/91, posto que a multa referida não tem caráter sancionatório, mas apenas coercitivo, além do que esses dispositivos referem-se aos atrasos no pagamento de verba pecuniária, não se afigurando, portanto, como obrigação de fazer. Ademais, em nenhum momento foi sugerida a tese da comprovada inviabilidade operacional e financeira do INSS, justificativa do abandono à regra geral imposta pelo dispositivo em comento.

III- Recurso não conhecido.

Conforme decidiu o 1º JEC-SP 4 “a multa decorrente de cominação (astreintes) não integra, para efeito de alçada, o valor da causa. Inocorre renúncia do valor superior ao limite de alçada quando o excesso decorre de multa cominatória ou ônus da sucumbência.” (Recurso Especial. 155.174-SP, j. em 19.03.1998, tendo como relator o Ministro Fernando Gonçalves).

PROCESSUAL CIVIL – FAZENDA PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA – ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA – MATÉRIA DE FATO – SÚMULA Nº 7/STJ – ASTREINTES – NÃO-CABIMENTO – PRECEDENTE

1. A verificação da existência de ato atentatório à dignidade da justiça, por reclamar o revolvimento de matéria fático-probatória, esbarra no óbice inscrito na Súmula nº 7/STJ. 2. Consoante a jurisprudência do STJ, na hipótese de obrigação de pagar quantia certa, predomina o entendimento de que “a multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial. (...) em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF)” (RESP nº 784.188/RS, relator ministro Teori Zavascki, DJ de

14.11.2005). 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ – RESP 200200641774 – (438003) – RS – 2ª T. – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJU 18.08.2006 – p. 363).²⁷ Grifamos.

É claro que, no caso de imposição da multa, deverá a mesma ser dirigida contra o agente descumpridor da decisão judicial e não contra o ente público.

Na lição de Marinoni, “a tese que sustenta que a multa não pode recair sobre a autoridade somente poderia ser aceita se partisse da premissa – completamente absurda – de que o Poder Público pode descumprir decisão jurisdicional em nome do interesse público.”²⁸

Importante destacar que a multa decorrente da cominação de *astreintes* pode superar o limite de 60 (sessenta) salários mínimos estabelecido para os Juizados Especiais Federais,²⁹ uma vez que não tem cunho indenizatório, e sim coercitivo.

6 SEQÜESTRO DE NUMERÁRIO

Afirmamos no item anterior que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em caso de condenação judicial, somente poderão ocorrer sob a forma de precatório, ou, se for o caso, de Requisição de Pequeno Valor, ressalvada a preterição ao direito de preferência e o desatendimento à requisição de pagamento, ambas hipóteses de seqüestro.

Ademais, dissemos que se mostra inadmissível a imposição de *astreintes* para fins de cumprimento de obrigação de pagar referente a prestações vencidas, o que não impede, entretanto, a imposição da medida coercitiva para a obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa.

Ocorre que, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, deve o primeiro prevalecer sobre o segundo.

É que o *princípio da concordância prática* “impõe a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito ou concorrência, de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.”³⁰

É o caso, por exemplo, de necessidade urgente e impostergável

²⁷No mesmo sentido: STJ – RESP 200601129850 – (854283 RS) – 2ª T. – Rel. Min. Humberto Martins – DJU 18.09.2006 – p. 303); RESP 832935, Rel. Min. Teori albino zavascki, DJ 30.6.2006; RESP 804049, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 15.5.2006.

²⁸Idem, ibidem, p.662.

²⁹1º JEC-SP 4: “a multa decorrente de cominação (astreintes) não integra, para efeito de alçada, o valor da causa. Inocorre renúncia do valor superior ao limite de alçada quando o excesso decorre de multa cominatória ou ônus da sucumbência.

³⁰CANOTILHO apud GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta, p. 173. **Direito constitucional.** p.163.

de aquisição de medicamento ou de tratamento médico, onde a omissão estatal no cumprimento da determinação pode vir a causar grave comprometimento à saúde e à vida do demandante.

Pensamos, entretanto, que a determinação de seqüestro/bloqueio de verbas públicas, exceção feita às hipóteses de preterição ao direito de preferência e o desatendimento à requisição de pagamento, somente pode ser adotada em situações onde haja grave risco à saúde ou a vida do demandante, e, além disso, que tenha a administração pública se mostrado recalcitrante em cumprir a determinação de dar ou fazer.

Assim, não se trata de determinação de seqüestro de verbas públicas para cumprimento de simples obrigação de pagar, esta somente cumprível pela sistemática do precatório e da requisição de pequeno valor – lembrando das exceções previstas no art.731 do CPC e no § 2º do art.17, da Lei nº.10.259/01 - mas sim de obrigação de fazer (tratamento médico) ou entregar coisa (medicamento) que não foi cumprida pela Fazenda Pública e que, em razão do permissivo estatuído pelo § 5º, do art. 461 do CPC – elenco meramente enumerativo - acabou sendo convertida em ordem de seqüestro.

A jurisprudência do C. STJ é majoritariamente favorável ao cabimento do seqüestro de verbas em situações como as acima descritas. Nesse sentido, o lapidar aresto abaixo, o qual pedimos vênia para transcrever:

ADMINISTRATIVO – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E FORNECIMENTO DE REMÉDIOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE – ART. 461, § 5º, DO CPC – INEXISTÊNCIA DO APONTADO DISSENSO PRETORIANO – PRECEDENTES – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO-PROVIDOS – (...).

2. Todavia, não se pode confundir multa diária (astreintes), com bloqueio ou seqüestro de verbas públicas. A multa é meio executivo de coação, não aplicável a obrigações de pagar quantia, que atua sobre a vontade do demandado a fim de compeli-lo a satisfazer, ele próprio, a obrigação decorrente da decisão judicial. Já o seqüestro (ou bloqueio) de dinheiro é meio executivo de sub-rogação, adequado a obrigação de pagar quantia, por meio do qual o judiciário obtém diretamente a satisfação da obrigação, independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado. 3. Em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF), que não prevê, salvo excepcionalmente (V. G., desrespeito à ordem de pagamento dos precatórios judiciais), a possibilidade de execução direta por expropriação mediante seqüestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são

impenhoráveis. 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. "(RESP 766.480/RS, DJ 03/10/2005, 1ª turma, Rel. Min. Teori zavascki).

2. Em situações reconhecidamente excepcionais, tais como a que se refere ao urgente fornecimento de medicação, sob risco de perecimento da própria vida, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é reiterada no sentido do cabimento do bloqueio de valores diretamente na conta corrente do ente público. 3. Com efeito, o art. 461, § 5º, do CPC ao referir que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, para a efetivação da tutela específica ou para obtenção do resultado prático equivalente, "determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas ou cousas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial", apenas previu algumas medidas cabíveis na espécie, não sendo, contudo, taxativa a sua enumeração. De tal maneira, é permitido ao julgador, à vista das circunstâncias do caso apreciado, buscar o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela almejada, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. É possível, pois, em casos como o presente, o bloqueio de contas públicas. 4. Tal como se evidencia, não há divergência jurisprudencial a ser dirimida, ao contrário, como restou demonstrado, o acórdão embargado está em absoluta sintonia com o entendimento aplicado à questão por este Superior Tribunal de Justiça, que admite, em situações excepcionais, o bloqueio direto de verbas públicas. 5. No caso, a autorização excepcional para o bloqueio de valores públicos objetivou o fornecimento de medicação, em caráter de urgência, à parte suplicante, sob pena de comprometimento da própria vida. 6. Embargos de divergência não-providos. (STJ – ERESP 200501901619 – (770969) – RS – 1ª S. – Rel. Min. José Delgado – DJU 21.08.2006 – p. 224).³¹

Convém por fim observar que, inexistindo grave risco à saúde ou a vida do demandante, e, havendo recusa ou impossibilidade do cumprimento da obrigação de dar ou fazer, só restará ao demandante a via do precatório ou da RPV, uma vez que a obrigação se resolverá em perdas e danos, convertendo-se, portanto, em obrigação de pagar quantia certa, nos termos do artigo 461, § 1º do CPC.

³¹No mesmo sentido: STJ – RESP 200600627951 – (832935) – RS – 1ª T. – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJU 30.06.2006 – p. 197); STJ – RESP 200601040273 – (851760 RS) – 1ª T. – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – DJU 11.09.2006 – p. 238 e STJ – ERESP 200600371900 – (787101) – RS – 1ª S. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 14.08.2006 – p. 258. Em sentido contrário: STJ – RESP 200400292579 – (642444 RS) – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 14.11.2005 – p. 00191.

7 TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS

Para uma parte da doutrina, seria incabível contra a Fazenda Pública a execução baseada em título extrajudicial.

Greco Filho,³² partidário desta corrente, apresenta lição acerca do tema:

O texto constitucional é claro no sentido de que a disciplina de pagamento do seu art. 100 refere-se a requisições ou precatórios resultantes de decisões judiciais. Ora o pagamento de título executivo extrajudicial *não* decorre de decisão judicial, mas sim da força do próprio título. Ainda que haja embargos do devedor, no caso a fazenda, não é a sentença dos embargos que se executa, mas sempre o título.

O detentor de título extrajudicial, como uma exceção à sistemática geral do Código, mas justificada pela peculiaridade do direito público, deve propor ação de conhecimento para a obtenção do título judicial. Se a lei, de regra, exige que as próprias decisões judiciais contra a Fazenda sejam reexaminadas obrigatoriamente pelo tribunal para terem executoriedade, como admitir que título extrajudicial a tenha quando o mais das vezes ou pelo menos às vezes não tem exame algum do Judiciário sobre a integridade e procedência do crédito?

A lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, ressalvou do reexame necessário as condenações de valor certo até 60 salários mínimos, mas não alteramos nossa posição acima exposta (...).³³

Em sentido oposto, Araken de Assis afirma que “no alvitre de que a Fazenda Pública também se obriga validamente em documento afeiçoado aos números do art.585, somente interpretação estreita do texto constitucional conduziria ao duplo absurdo de mutilar a pretensão a executar, que deles exsurge em favor do particular, remetendo este a demandar a condenação da obrigada, ou de acomodar dita pretensão ao rito comum expropriatório. Evidentemente, o procedimento cabível na execução fundada em título extrajudicial é o do regime especial (arts.730 e 731).”³⁴

Segundo Wanderley José Federighi,³⁵ “não existe qualquer dificuldade à execução direta, sob o prisma procedimental. Apenas suprime-se a

³² Direito Processual Civil Brasileiro. 18. ed., p. 105. v. 3

³³ Ernane Fidelis dos Santos mostra-se igualmente adepto de tal linha (Manual de Direito Processual Civil, 11. ed. n.1060, p. 836). v. 1.

³⁴ Manual do Processo de Execução. 2. ed., n. 294.1, p. 668-669.

³⁵ Apud marcos Destefenni. **Curso de Processo Civil**. p. 151. v. 2

fase de conhecimento do processo. Passa-se diretamente à execução, o que não implica, em absoluto, penhora de bens da Administração, para garantir o crédito, ou violação da ordem dos precatórios... E nem há qualquer problema de cerceamento de defesa da Fazenda, pois esta tem a possibilidade de apresentar embargos à execução. Ou seja, a única diferença é a desnecessidade do processo de conhecimento.”

Com a edição da Súmula 279 do STJ, acabou prevalecendo a tese do cabimento de execução contra a fazenda pública tendo por base título executivo extrajudicial.³⁶

8 CONCLUSÃO

Por se tratar de hipótese de competência absoluta, as regras sobre o valor da causa nos Juizados Especiais Federais devem ser analisadas de ofício pelo juiz, evitando-se, desta forma, que tramitem em tais Juizados processos que não são de sua competência.

No caso de pedido envolvendo parcelas vincendas não existe a possibilidade de renúncia, o que não ocorre em relação ao pedido de parcelas vencidas, onde poderá haver a manifestação de renúncia por parte do autor.

Na execução, o autor terá direito a receber não apenas os valores vencidos, no momento da propositura da ação, limitados a 60 (sessenta) salários mínimos, mas também os valores que forem se vencendo durante o tramitar do processo, além de juros e correção monetária sobre ambos.

Se o valor da execução ultrapassar o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, e não havendo renúncia por parte do credor para que o pagamento seja feito através de Requisição de Pequeno Valor (RPV), será feito o pagamento, sempre, por meio de precatório, uma vez que o requisitório foi criado com o fim de facilitar o recebimento das quantias de pequena monta por parte dos exeqüentes, não tendo os mesmos que aguardar pelo demorado trâmite dos pagamentos por precatório. Ou seja, o procedimento da RPV foi posto a serviço do exeqüente e não para prejudicá-lo no recebimento do que tem direito. Não pode, portanto, ser obstaculizado de receber por precatório quando assim desejar.

O limite de 60 (sessenta) salários mínimos fixados pela lei instituidora dos Juizados Especiais Federais refere-se, portanto, apenas ao processamento, conciliação e julgamento das causas de competência da Justiça Federal, não abrangendo, por conseguinte, a execução de seus julgados (art.3º da Lei nº.10.259/2001). Essa é a dicção expressa

³⁶Súmula 279 do STJ: É cabível a execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.

da referida Lei, não podendo, assim, o julgador alterar o seu conteúdo normativo, sob pena de invadir as atribuições do Poder Legislativo.

Mostra-se, ademais, possível a imposição de *astreintes* nas demandas em face da Fazenda Pública que visem o cumprimento de obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa. Todavia, inadmissível a imposição de tal multa para fins de cumprimento de obrigação de pagar. Por outro lado, a citada multa deverá ser dirigida contra o agente descumpridor da decisão judicial e não contra o ente público.

A determinação de seqüestro/bloqueio de verbas públicas, exceção feita às hipóteses de preterição ao direito de preferência e o desatendimento à requisição de pagamento, somente pode ser adotada em situações onde haja grave risco à saúde ou a vida do demandante, e, além disso, que tenha a administração pública se mostrado recalcitrante em cumprir a determinação de dar ou fazer, não podendo, portanto, ser adotada com o fim de dar cumprimento a obrigação de pagar, esta somente cumprível pela sistemática do precatório e da requisição de pequeno valor.

Por fim, com a edição da Súmula 279 do STJ, acabou por prevalecer a tese que defendia ser possível a execução contra a fazenda pública tendo por base título executivo extrajudicial.

REFERÊNCIAS

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando Schenkel do. Valor da causa nos Juizados Especiais Federais. **Revista Juris Síntese**, n.41, maio/jun. 2003.

ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, H.J. **Lei dos Juizados Especiais Federais: análise dos reflexos sobre o direito previdenciário**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4010>>. Acesso em: 17 mar. 2007.

DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v.2.

DINAMARCO, Cândido. **Manual dos Juizados Cíveis**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.3.

_____. **Da execução contra a Fazenda Pública.** São Paulo: Saraiva, 1996.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Millennium, 2000. v.1.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Curso básico de processo civil.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. v.1.

RANDOW, Rodolpho. Incompetência relativa: exceções à regra da impossibilidade de conhecimento de ofício, **Revista Bonijuris**, Curitiba. p. 15-17, nov. 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil.** 11.ed. São Paulo: Saraiva. 2006. v.1.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil.** 6.ed. São Paulo: RT. 2002, v.1.

SOUSA, M. L. Juizado Especial Federal. **Revista do TRF da 1ª Região**, Brasília, p.19-22, maio 2002.

TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 41.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.1.

TESHEINER, José Maria Rosa. Juizados Especiais Federais Cíveis: procedimentos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n.17, p.13, maio/jun. 2002.

SIMPLES, SIMPLES NACIONAL E EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NO PROCESSO DO TRABALHO

Iuri Cardoso de Oliveira*

1 INTRODUÇÃO

A atribuição de competência à Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, feita pela Emenda Constitucional nº.20/98, possibilitou significativo incremento na arrecadação de recursos para a Previdência Social, favorecendo a garantia dos direitos previdenciários dos trabalhadores.

As Leis nº.10.035/2000 e 11.457/2007, alteradoras da CLT, estabeleceram procedimentos, no âmbito da Justiça do Trabalho, de execução das contribuições devidas à Previdência Social, possibilitando a concreção do comando constitucional, sem perderem de vista que o fim último do processo do trabalho é proporcionar a expedida satisfação do crédito alimentar titularizado pelo trabalhador.

Contudo, o processo trabalhista, hoje, é também, o instrumento de acertamento da relação entre o fisco previdenciário e o contribuinte, nele se realizando a justiça fiscal quando o empregador/tomador de serviços não deixa de pagar as contribuições previdenciárias devidas e, ao mesmo tempo, não se vê forçado a suportar ônus indevidos.

É essa justiça fiscal que tenho visto não estar sendo realizada quando, executando mandados de citação e penhora para execução de créditos previdenciários abrangentes da contribuição do trabalhador, do empregador e de terceiros, compareço a uma microempresa ou empresa de pequeno porte e me deparo com um documento afixado na parede dizendo ser ela optante pelo SIMPLES; com alguns sócios aterrados pelo vulto do débito exequendo e outros, culpando injustamente o Poder Judiciário e resistindo à constringimento judicial de forma criminosa; com a falta de racionalização nos métodos e processos de trabalho deste na identificação dessas empresas; com a falta de habilidade de alguns advogados em evitar tal situação.

* Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Pós-graduando em Direito Constitucional do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Com efeito, os aspectos da execução, no processo do trabalho, de contribuições previdenciárias envolvendo microempresa ou empresa de pequeno porte optantes pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional, regimes tributários diferenciados, não têm sido objeto de análise pela doutrina ou de maiores reflexões pelos operadores do direito, malgrado a jurisprudência registre uma série de problemas que, seguramente, poderiam ser evitados.

O presente trabalho tem a modesta pretensão de fomentar a reflexão sobre o assunto. Para tanto, traça um breve esboço histórico da competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições previdenciárias, analisa as exações previdenciárias executáveis no Judiciário trabalhista, explica em que consistem o SIMPLES e o Simples Nacional e quais os seus efeitos tributários no processo laboral, detalha aspectos processuais atinentes ao momento e à forma de produção de prova da condição de optante pelo regime tributário diferenciado, trazendo, sempre, à colação a legislação pertinente, inclusive a normatização da Secretaria da Receita Previdenciária, e a jurisprudência sobre cada ponto abordado.

2 HISTÓRICO DA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA EXECUTAR CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

A Lei nº.7.787, de 30 de junho de 1989 (D.O.U. de 03/07/1989), que dispunha sobre alterações na legislação de custeio da Previdência Social, dispunha, em seu art. 12, que, em caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultasse pagamento de vencimentos, remuneração, salário e outros ganhos habituais do trabalhador, o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social deveria ser efetuado “in continenti”, cabendo à autoridade judiciária velar pelo fiel cumprimento de tal determinação.

A Lei nº.8.212, de 24 de julho de 1991 (D.O.U. de 25/07/1991), no particular, revogou tacitamente a Lei nº.787/89, dispondo, em seu art.43, que, em caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultar pagamento de remuneração ao segurado, o recolhimento das contribuições devidas à Seguridade Social será efetuado imediatamente, sendo que o teor deste dispositivo foi repetido no art.68 do Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, aprovado pelo Decreto nº.356, de 07 de dezembro de 1991 e que teve nova redação dada pelo Decreto nº.612, de 21 de julho de 1992.

A Lei nº.8.620, de 05 de janeiro de 1993 (D.O.U. de 06/01/1993), alterou o art.43 da Lei nº.8.212/91, para estabelecer que, nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

O Decreto nº.2.173, de 5 de março de 1997 (DOU de 19/03/1997),¹ revogou expressamente, em seu art.2º, o Decreto nº.612/92, e aprovou o Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social, cujo art.69 estabeleceu que a autoridade judiciária deveria fazer expedir notificação ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para dar-lhe ciência dos termos da sentença ou do acordo celebrado.

A Emenda Constitucional nº.20, de 15 de dezembro de 1998 (D.O.U. de 16/12/1998), acrescentou o parágrafo 3º, ao art.114, da Constituição Federal, estabelecendo a competência da Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art.195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Segundo Machado Jr. (2002, p.670-671), “relativamente à execução das contribuições sociais relativas às suas sentenças, a redação do art. 114, § 3º, da Constituição Federal, apenas condensou e ampliou o entendimento já adotado pela Justiça do Trabalho, de ser competente para a execução das sentenças que proferir, conforme a Orientação Jurisprudencial nº.141 do Tribunal Superior do Trabalho.”²

Ibrahim (2007, p.620), por sua vez, afirma que “a mudança constitucional visa a pôr fim à grande evasão de contribuições destas sentenças e acordos, já muito numerosos, sem a possibilidade de controle do fisco.”

A Emenda Constitucional nº.45, de 30 de dezembro de 2004 (D.O.U. 31.12.2004), deu nova redação ao art.114 da Constituição Federal, colocando, em seu inciso I, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho (gênero que tem na relação de emprego apenas uma de suas espécies) e, em seu inciso VIII, a competência do Judiciário especializado para executar, de ofício, das contribuições sociais previstas no art.195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Diante disso, o art.127 Instrução Normativa MPS/SRP nº.3, de 14 de julho de 2005 (D.O.U. de 15/07/2005), acertadamente, dispõe:

¹ Revogado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999 (publicado no D.O. U de 07/05/1999, republicado no D.O.U. de 12/05/1999 e retificado no DOU de 18/06/1999 e 21/06/1999), o qual aprovou o Regulamento da Previdência Social.

² OJ 141, da SDI-1: “DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.” Inserida em 27/11/1998 (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 368, DJ 20/04/2005).

Art.127. Decorrem créditos previdenciários das decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais do Trabalho que:

I - condenem o empregador ou tomador de serviços ao pagamento de remunerações devidas ao trabalhador, por direito decorrente dos serviços prestados ou de disposição especial de lei;

II - reconheçam a existência de vínculo empregatício entre as partes, declarando a prestação de serviços de natureza não eventual, pelo empregado ao empregador, sob a dependência deste e mediante remuneração devida, ainda que já paga à época, no todo ou em parte, e determinando o respectivo registro em CTPS;

III - homologuem acordo celebrado entre as partes antes do julgamento da reclamatória trabalhista, pelo qual fique convencionado o pagamento de parcelas com incidência de contribuições sociais para quitação dos pedidos que a originaram, ou o reconhecimento de vínculo empregatício em período determinado, com anotação do mesmo em CTPS;

IV - reconheçam a existência de remunerações pagas no curso da relação de trabalho, ainda que não determinem o registro em CTPS ou o lançamento em folha de pagamento.

Gize-se que, consoante MENESES apud LEITE (2005, p.187), a “execução previdenciária ‘ex officio’ engloba os atos de quantificação da dívida, citação para pagar no prazo, constrição (arresto, penhora), expropriação (hasta pública) e satisfação do exequente,” sendo este, ademais, o entendimento positivado no art.129 da citada Instrução Normativa MPS/SRP nº.03/2005, in verbis:

Art.129. Nos termos do § 3º do art.114 da Constituição Federal e da Lei nº.10.035, de 2000, à Justiça do Trabalho ficaram atribuídas as seguintes competências:

I - apurar, com o auxílio de órgão auxiliar da Justiça ou perito, se necessário, o valor do crédito previdenciário decorrente de fatos ou direitos reconhecidos por suas decisões;

II - promover de ofício a execução do crédito previdenciário e determinar, quando for o caso, a retenção e o recolhimento de contribuições incidentes sobre valores depositados à sua ordem;

É digno de nota que, diante da alteração constitucional em comento, o processo administrativo fiscal previdenciário deixou de ser o instrumento de acertamento da relação entre o fisco previdenciário e o contribuinte, devendo o valor do crédito previdenciário decorrente de fatos ou direitos reconhecidos pelas decisões da Justiça do Trabalho ser apurado nos próprios autos da reclamação trabalhista.

A mudança constitucional, portanto, aumentou consideravelmente o volume de serviços de juizes do trabalho e seus auxiliares, bem como dos advogados trabalhistas, passando a deles exigir o aprofundamento em uma série de questões de direito tributário e previdenciário, como, por exemplo, as atinentes a enquadramento fiscal e a regimes tributários diferenciados.

Não se olvide, outrossim, que a nova moldura competencial da Justiça do Trabalho exigiu, também, dos advogados tributaristas uma aproximação do processo trabalhista, para melhor poderem orientar seus clientes quanto à forma menos onerosa de satisfação do crédito previdenciário decorrente de fatos ou direitos reconhecidos pelas decisões daquela oriundas, máxime diante da ausência de regulamentação legal detalhada acerca do acertamento da relação entre o fisco previdenciário e o contribuinte nos autos da reclamatória.

3 CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS EXECUTÁVEIS PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO

Tanto a Emenda Constitucional nº.20/98 quanto a Emenda Constitucional nº.45/2004 atribuíram à Justiça do Trabalho a competência para executar, de ofício, das contribuições sociais previstas no art.195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.

Vejamos a dicção dos dispositivos constitucionais suso referidos:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº.20, de 1998)

(...)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº.20, de 1998).

A alínea “a”, do inciso I, do art.195, da Carta Magna, encontra-se regulamentada pelo art. 22, I a III, da Lei nº.8.212, *in verbis*:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº.9.876, de 26.11.99) (Vide LCp nº 84, de 1996)

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº.9.732, de 11.12.98)

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

III - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº. 9.876, de 26.11.99).

No tocante ao inciso II, do art.195, da Constituição Federal, a empresa sempre foi obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados empregados a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração, e a recolher o produto arrecadado, juntamente com a contribuição a seu cargo, conforme se verifica desde a redação original do art. 30, I, "a", da Lei nº.8.212/91. A partir da competência abril de 2003, passou a ser obrigada a fazê-lo, também, em relação ao segurado contribuinte individual a seu serviço, conforme art. 4º, da Lei nº.10.666, de 08 de maio de 2003 (D.O.U. de 09/05/2003), a qual, no particular, por força do seu art. 15, produziu efeitos a partir de 1º de abril de 2003.

4 SIMPLES E SIMPLES NACIONAL

A Constituição Federal de 1988, em seu art.179, estabelece que as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas,

nos termos da lei, pela “simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas.”

A Lei nº.9.317, de 5 de dezembro de 1996 (D.O.U. de 06/12/1996), em conformidade com o disposto no mencionado preceptivo constitucional, dispôs sobre o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e as empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e às contribuições nela mencionados, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES. Por força do seu art. 30, esta Lei só produziu efeitos a partir de 1º de janeiro de 1997.

A epígrafada Lei conceituava microempresa e empresa de pequeno porte em seu art. 2º e estabelecia, em seu art. 3º, que a pessoa jurídica enquadrada numa destas condições poderia optar pela inscrição no SIMPLES,³ o que implicava no pagamento mensal unificado dos impostos e contribuições nela previstos,⁴ entre os quais as contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº.8.212/91, não sendo, contudo, excluída a incidência da contribuição para a Seguridade Social, relativa ao empregado, devida pela empresa na qualidade de responsável. Dar-se-ia a exclusão do SIMPLES mediante comunicação pela pessoa jurídica ou de ofício, nos casos e forma estabelecidos no Capítulo VI da Lei nº.9.317/96.⁵

A Emenda Constitucional nº.42, de 19 de dezembro de 2003 (D.O.U. DE 31/12/2003), alterou o Sistema Tributário Nacional, acrescentando a alínea “d” ao inciso III do art. 146 da “Lex Legum,” pelo que passou a caber à lei complementar a definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso das contribuições previstas no art. 195, I, podendo ela ainda instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observadas as disposições constitucionais.

³ Art. 265, da IN MPS/SRP nº 03/2005: “A opção pelo SIMPLES formalizar-se-á: I - na constituição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, mediante a inscrição da pessoa jurídica, nesta condição, no CNPJ; II - para as empresas já cadastradas no CNPJ, mediante alteração cadastral.”

⁴ Art. 266, da IN MPS/SRP nº 03/2005: “A opção exercida na forma do art. 265 será definitiva para todo o período a que corresponder e submeterá a pessoa jurídica à sistemática do SIMPLES a partir: I - do início de atividade, na hipótese do inciso I do art. 265; II - do primeiro dia do ano-calendário da opção, na hipótese do inciso II do art. 265, desde que a opção tenha sido efetivada até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário; III - do primeiro dia do ano-calendário subsequente, na hipótese do inciso III do art. 265, se a opção for efetivada após o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário.”

⁵ O art. 270, da IN MPS/SRP nº 03/2005, regulamenta as hipóteses e estabelece os momentos a partir dos quais a exclusão do SIMPLES surtirá efeito em relação às obrigações previdenciárias.

A Lei Complementar nº.123, de 14 de dezembro de 2006 (D.O.U. de 15/12/2006), que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, veio a regulamentar essa previsão constitucional, estabelecendo normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias, e ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias.

A Lei Complementar em liça revogou expressamente, em seu art. 89, a partir de 1º de julho de 2007, Lei nº.9.317/96, e instituiu o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, o qual implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos impostos e contribuições mencionados em seu art. 13, entre os quais também se inclui a contribuição para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art.22 da Lei nº.8.212/91, não sendo, aqui, de igual sorte, excluída a incidência da contribuição para a Seguridade Social, relativa ao trabalhador, devida pela empresa na qualidade de responsável. Dá-se a exclusão do Simples Nacional de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes, nas hipóteses e forma previstas na Seção VIII, do Capítulo XI, da Lei Complementar nº.123/2006.

A Lei Complementar nº.127, de 14 de agosto de 2007 (D.O.U. de 15/01/2007) alterou o art. 16, § 4º, da LC nº.123/2006, para estabelecer que serão consideradas inscritas no Simples Nacional, em 1º de julho de 2007, as microempresas e empresas de pequeno porte regularmente optantes pelo regime tributário de que trata a Lei nº.9.317/96, salvo as que estiverem impedidas de optar por alguma vedação imposta por esta Lei Complementar. Demais disso, incluiu na Lei Complementar nº.123/2006 o art. 79-C, prescrevendo que a microempresa e a empresa de pequeno porte que, em 30 de junho de 2007, se enquadravam no regime previsto na Lei nº.9.317/96, e que não ingressaram no regime previsto no art. 12 desta Lei Complementar sujeitar-se-ão, a partir de 1º de julho de 2007, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

Divisa-se, portanto, que, no tocante à sujeição ao(s) regime(s) tributário(s) diferenciado(s) em apreço, as microempresas e empresas de pequeno porte podem se inserir numa das seguintes situações:

- a) Enquadramento no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas

de Pequeno Porte – SIMPLES ou no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional a depender de o interregno compreendido entre a constituição e a extinção das precitadas empresas situar-se antes ou a partir de 1º de julho de 2007;

- b) Inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES no período de 1º de janeiro de 1997 a 30 de junho de 2007, com enquadramento, a partir de 1º de julho de 2007, no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional;
- c) Enquadramento no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES no período de 1º de janeiro de 1997 a 30 de junho de 2007, com subordinação, a partir de 1º de julho de 2007, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, na hipótese de não ingresso no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, inclusive o decorrente da impossibilidade de opção decorrente de vedação imposta pela Lei Complementar nº.123/2006;
- d) Sujeição às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES (art.16 da Lei nº.9.317/96) ou do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional (art.32 da Lei Complementar nº.123/2006)

A verificação do regime tributário da microempresa ou da empresa de pequeno porte é de suma importância, porquanto, numa execução trabalhista, se optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional, ela estará obrigada a recolher tão somente a contribuição previdenciária arrecadada do trabalhador (empregado ou autônomo) mediante desconto da respectiva remuneração (com referência ao período contado a partir da opção, obviamente), já que a contribuição para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art.22 da Lei nº.8.212/91, terá sido objeto do pagamento mensal e unificado inerente ao sistema de pagamento especial, não havendo a sua repetição (*bis in idem*) na

reclamatória trabalhista. Neste sentido, é a orientação dos pretórios trabalhistas construída sob a égide da Lei nº.9.317/96, consoante ementa a seguir colacionada:

EMENTA: OPÇÃO PELO SIMPLES. É certo que as empresas que optam pelo SIMPLES estão obrigadas, em execuções trabalhistas, ao recolhimento somente da cota de contribuições previdenciárias referentes ao empregado, uma vez que a cota da empresa é recolhida de forma unificada, nos termos do artigo 3o., parágrafo 1o., alínea “f”, da Lei 9.317/96, ratificada pela Instrução Normativa 34/01 do SRF, artigo 5o. No entanto, somente estão corretos os cálculos, quando não incluídos os valores correspondentes às contribuições previdenciárias da empresa, no período em que esta já era optante pelo simples. (TRT 3ª R. – 8ª T. – AP 01431-2001-101-03-00 – Rel. Des. Heriberto de Castro – in DJMG de 07/06/2003, pg. 19).

Impende, ainda, ressaltar a existência de precedente jurisprudencial no sentido de que a eventual irregularidade na situação tributária da microempresa ou da empresa de pequeno optante pelo SIMPLES, enquanto não determinante da sua exclusão deste sistema tributário diferenciado, não retira daquela o direito de, numa execução trabalhista, recolher apenas a contribuição previdenciária relativa à cota do empregado. Senão, vejamos:

EMENTA: OPÇÃO PELO “SIMPLES”. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO, NA JUSTIÇA DO TRABALHO, DA COTA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DO EMPREGADOR. ISENÇÃO LEGAL DE RECOLHIMENTO DA COTA DO EMPREGADO NÃO COMPROVADA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. Como optante pelo “SIMPLES”, e enquanto não excluída desta opção, a executada tem o direito de recolher os tributos por ela devidos à Receita Federal, entre os quais a contribuição para a Seguridade Social do empregador, de forma simplificada e unificada, com base na aplicação de percentuais sobre a sua receita bruta, a despeito de eventual irregularidade na sua situação tributária. Em face disso, no caso concreto, falece competência à Justiça do Trabalho para promover a execução da contribuição previdenciária do empregador, o que implica a extinção da execução dessa parcela perante esta Justiça Especializada. O regime tributário do “SIMPLES”, entretanto, não abrange o recolhimento da contribuição previdenciária relativa ao empregado a ser feita pela empresa. Se não alcançado o valor mínimo de recolhimento estipulado pela própria Previdência Social, através da sua Resolução no. 39, de 23.11.00 (artigo 1o.), resta à empregadora adicionar o

valor obtido “à contribuição ou importância correspondente nos períodos subsequentes, até que o total seja igual ou superior a R\$ 29,00 (vinte e nove reais), quando então deverá ser recolhida no prazo de vencimento estabelecido pela legislação para este último período de apuração”. Não comprovada pela executada a isenção do débito, por força da impossibilidade de recolhimento que ela alega no recurso, mediante declaração da própria Previdência Social, prossegue a execução no que toca à cota de contribuição previdenciária relativa à empregada. (TRT 3ª R. – 2ª T. – ED - 00432-2002-094-03-00 – Rel. Alice Monteiro de Barros – in DJMG de 19/12/2002, pg. 25).

Cumpra transcrever, por oportuno, trecho do percussivo voto proferido pela eminente relatora do julgado acima ementado:

Assim sendo, mesmo que a agravante estivesse em situação irregular no que tange aos recolhimentos do “SIMPLES” perante a Receita Federal, não estaria autorizada a execução, na Justiça do Trabalho, das contribuições previdenciárias por ela devidas. Vale salientar que o “SIMPLES” não se confunde com algum programa de parcelamento de tributos, como é o caso do “REFIS”, cuja legislação específica prevê a exclusão automática do programa no caso de inadimplência. Ao contrário, ele constitui autêntico regime tributário de que a empresa é beneficiária e, enquanto não excluída dessa opção, por algum motivo legalmente previsto, ela continua a beneficiar-se da isenção no que tange à cobrança isolada de algum tributo abrangido nesse regime, como é o caso das contribuições previdenciárias do empregador. A irregularidade, no que tange aos recolhimentos do “SIMPLES”, se existente, deveria ser apurada na esfera própria; e o tributo em atraso, cobrado pela Receita Federal. O que não se pode admitir é a cobrança concomitante e isolada dos tributos contemplados pelo “SIMPLES” em outras esferas administrativas ou judiciárias.

Essa orientação pretoriana deve ser mantida nos julgados proferidos com fulcro na LC nº.123/2006, face à similitude entre o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional.

5 ASPECTOS PROCESSUAIS

Ao discorrer sobre a execução de contribuições decorrentes de decisões da Justiça do Trabalho, Ibrahim (2007, p. 621) preleciona:

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 392	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

Sobre a eficácia da norma constitucional inserida pela EC nº.20/98, nunca se chegou a um consenso, se plena ou limitada, carecedora de norma legal regulamentadora. De qualquer forma, a questão foi superada pela edição da Lei nº.10.035/00, a qual inseriu no texto da CLT normas gerais sobre o assunto.

Com efeito, a Lei nº.10.035, de 25 de outubro de 2000 (D.O.U. de 26/10/2000), alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº.5.452, de 1º de maio de 1943, para estabelecer os procedimentos, no âmbito da Justiça do Trabalho, de execução das contribuições devidas à Previdência Social.

Posteriormente, a Lei nº.11.457, de 16 de março de 2007 (D.O.U. de 19/03/2007), alterou dispositivos da CLT referentes à execução de contribuições previdenciárias oriundas das decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais do Trabalho.

É cediço que as mencionadas leis estabeleceram uma execução unitária, abrangendo os créditos previdenciários e os titularizados pelo trabalhador, em prestígio aos princípios da celeridade e da concentração de atos processuais. Se é verdade que isso facilitou uma mais expedita satisfação do crédito alimentar, não menos o é que o acertamento da relação entre o fisco previdenciário e o contribuinte ficou privado de uma normatização que considerasse as especificidades da inserção no processo do trabalho de uma lide tributária consectária da lide trabalhista.

É de ressaltar-se que a Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho,⁶ ao tratar da autuação dos processos judiciais no Judiciário trabalhista, dispõe:

Art. 2º Os registros de autuação dos processos judiciais na Justiça do Trabalho obedecerão o modelo de uniformização, que compreende os dados cadastrais gerais do processo, das partes, dos advogados e procuradores e os dados cadastrais complementares, que deverão possuir, no mínimo, os seguintes campos:

(...)

II – CADASTRO DE PARTES, ADVOGADOS E PROCURADORES

a) Cadastro de Partes: nome, RG, órgão expedidor, CNPJ, CPF, CEI (número de matrícula do empregador pessoa física perante o INSS), NIT (número de inscrição do trabalhador perante o INSS), PIS/PASEP, CTPS, data de nascimento e nome da mãe do trabalhador, pessoa física/pessoa jurídica, empregado/empregador, ente público (União/Estado/

⁶ A padronização dos registros de autuação dos processos judiciais na Justiça do Trabalho foi determinada pelo Provimento nº 6/2003 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (DJ de 18/12/2003).

Município), código do ramo de atividade econômica⁷ e situação das partes no processo (ativa/não ativa);
(...)

Art. 4º (omissis)

Parágrafo único. Os juízes do Trabalho devem exigir identificação precisa das partes, compreendendo: para o autor pessoa física, o número da CTPS, do RG, do CPF e do PIS/PASEP ou do NIT (Número de Inscrição do Trabalhador); e, para a pessoa jurídica de direito privado, o número do CNPJ e do CEI (Cadastro Específico do INSS), bem como cópia do contrato social ou da última alteração feita no contrato original, constando o número do CPF do(s) proprietário(s) e do(s) sócio(s) da empresa demandada.

Dos dispositivos em apreço, infere-se que, para a autuação dos processos judiciais na Justiça do Trabalho, não há qualquer perquirição acerca de se a pessoa jurídica parte na relação processual é microempresa ou empresa de pequeno optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional, o que, com todo o respeito, é um dado indicativo do atual estágio amadurecimento sobre o assunto.

Considerando-se, pois, o texto celetista, com as alterações feitas pelas Leis nº. 10.035/00 e 11.457/07, como referencial normativo para a análise da liquidação e da execução das contribuições sociais decorrentes das decisões proferidas pela Justiça do Trabalho contra microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional, descortinam-se as seguintes hipóteses:

5.1 Decisão condenatória líquida

É de domínio público que, há alguns anos, foi iniciado um trabalho, com a cooperação entre os diversos órgãos do Judiciário laboral, para desenvolver e disseminar o uso de ferramentas de informática capazes de agilizar a tramitação das reclamações trabalhistas, estando, entre os programas, o sistema de Cálculo Rápido, desenvolvido pelo TRT da 10ª Região (Distrito Federal e Tocantins) e já utilizado em outros tribunais, que permite o surgimento da sentença líquida – em que os valores da condenação já estarão definidos, suprimindo a fase de liquidação, quando se realizam os cálculos e estes são passíveis de impugnação.

⁷ Os códigos de atividades econômicas constam do Anexo II da precitada Consolidação, conforme indicado no inciso VIII do art. 6º desta, e propiciam a elaboração de relatórios estatísticos mais precisos do movimento processual da Justiça do Trabalho. Nada têm a ver com a Relação de Atividades Preponderantes e correspondentes Graus de Risco, prevista no Anexo V, do Regulamento da Previdência Social aprovado Decreto n 3.048/99, a qual, à luz do art. 202, § 4º, deste, deve ser utilizada para cálculo da contribuição prevista no art. 22, II, da Lei nº 8.212/91.

Já pode, portanto, o magistrado dar sua decisão e, antes de publicá-la, mandar os autos ao calculista, para que este quantifique a condenação, liquidando, de logo, a sentença.

Isso é salutar, pois propicia grande uma mais expedida efetivação da prestação jurisdicional, devendo ser utilizado com amplitude cada vez maior na Justiça do Trabalho. Contudo, um viés não pode ser desconsiderado pelos operadores do direito, sob pena de um instrumento merecedor de encômios se transformar, em casos concretos, num instrumento de injustiça fiscal contra microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional. Explico:

Conforme parágrafo 3º, do art. 832, da CLT, incluído pela Lei nº.10.035/00, as decisões cognitivas devem sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação (remuneratória ou indenizatória), inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso.

Ademais, a Lei nº.11.457/07 acrescentou o parágrafo único ao art. 876 da CLT, para estabelecer que serão executadas ex-officio as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

O art. 131, §§ 6º e 7º, da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005, por sua vez, consigna:

Art. 131. (omissis)

(...)

§ 6º Quando a reclamatória trabalhista findar em acordo conciliatório ou em sentença, pelo qual não se reconheça qualquer vínculo empregatício entre as partes, o valor total pago ao reclamante será considerado base de cálculo para a incidência das contribuições sociais:

I - devidas pela empresa ou equiparado sobre as remunerações pagas ou creditadas a contribuinte individual que lhe prestou serviços;

II - devidas pelo contribuinte individual prestador de serviços, observado o disposto no inciso III do art. 92 e no art. 93.

§ 7º Na hipótese de não reconhecimento de vínculo, deverá a empresa ou os equiparados à empresa, exceto os referidos no § 1º do art. 92, no pagamento das verbas definidas em acordo ou em sentença, reter a contribuição devida pelo segurado contribuinte individual prestador do serviço e recolhê-la juntamente com a contribuição a seu cargo, conforme disposto no art. 4º da Lei nº 10.666, de 2003.”

Tem-se, pois, que a sentença condenatória líquida deve quantificar as contribuições sociais devidas por cada parte, incidentes sobre as parcelas remuneratórias constantes do preceito condenatório, bem como

sobre as remunerações relativas ao período de prestação de serviços nela reconhecido.

E neste momento, faz muita diferença a microempresa ou a empresa de pequeno porte optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional ter comprovado, nos autos, a sua condição de inscrita em regime tributário diferenciado no período de prestação de serviços a que se refere a ação, consoante se infere do julgado abaixo transcrito:

MICROEMPRESA - OBSERVÂNCIA DA LEI 9.317 - IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES UNIFICADOS Aduz, neste momento, a apelante que sendo optante do SIMPLES, Lei 9.317 de 05/11/96, tem seus impostos cobrados de forma unificada, sendo desobrigada ao recolhimento de parcelas relativas a terceiros e empresa, fato não observado na sentença. Razão lhe assiste. Compulsando-se os autos, verifica-se que os documentos constantes das fls. 42/52, Declaração Anual de Renda e DARFs, comprovam que a empresa recorrente é optante do SIMPLES, sistema de arrecadação de impostos e contribuições regido pela Lei 9.317/96. Preceitua o art. 3º, em seu parágrafo 1º e o art. 6º, parágrafo 2º, que, verbis: Art. 3º, § 1º - “A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ; b) Contribuição para os Programas de Integração Social de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS - PASEP; c) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; d) Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS; e) Imposto sobre produtos Industrializados - IPI; f) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que tratam a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996, os arts. 22 e 22 A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 e o art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994”. Art. 6º, § 2º- “Os impostos e contribuições devidos pelas pessoas jurídicas inscritas no simples não poderão ser objeto de parcelamento”. Nesse contexto, restando evidenciado nos autos que a apelante é optante pelo SIMPLES, considera-se já satisfeita a obrigação previdenciária, nos termos dos artigos supra mencionados, quanto à sua cota-parte. Reforme-se a sentença. (TRT 20ª R. – TP – ROS – 1029/2002 – Rel. Des. Eliseu Pereira do Nascimento – in DJ de 16/12/2002).

À luz do julgado acima, verifica-se ser de todo conveniente que a microempresa ou a empresa de pequeno porte optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional que atuar perante a Justiça do Trabalho como autora (v.g. em ações de consignação em pagamento ou em inquéritos judiciais para apuração de falta grave) ou ré (em reclamações trabalhistas, ações monitórias, ações rescisórias, ações civis coletivas) faça prova, na petição

inicial ou na contestação, conforme o caso, da sua condição de inscrita em regime tributário diferenciado no período de prestação de serviços a que se refere a ação, sob pena de, no caso de prolação de sentença líquida que, face à ausência dessa informação nos autos, fixe carga tributária mais elevada, tal parte da decisão não poder ser reformada em sede de recurso ordinário, por falta de provas, em razão do disposto na Súmula nº.8, do C. TST, in verbis:

Súmula nº.8. Juntada de documento. A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença.

É de bom alvitre que a produção dessa prova se dê ainda quando, de antemão, se saiba que, no Juízo onde tramita o processo, não se costuma prolatar sentença líquida, porquanto, na própria sentença ilíquida poderá ser consignado, de logo, que a liquidação da contribuição previdenciária deverá ser feita com observância da condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional com referência à totalidade ou à parte do período de prestação de serviços a que se refere a ação.

Se isso costumasse ser observado pelas partes e advogados, decerto muitos incidentes processuais poderiam ser evitados, com a sensível redução de riscos processuais e prejuízos patrimoniais para microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional. Demais disso, uma menor demanda de magistrados trabalhistas e serventuários do Judiciário Trabalhista (notadamente assessores, calculistas e oficiais de justiça) para atuar em casos tais contribuiria, obviamente, para a agilização da prestação jurisdicional em tantos outros processos.

Registre-se, outrossim, que o ativismo judicial tem contribuído para minorar as conseqüências desse quadro, podendo-se encontrar, por exemplo, casos nos quais o juiz do trabalho, na audiência inaugural, de ofício, concede prazo à microempresa ou empresa de pequeno para que comprove a sua condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional, o que, irrefragavelmente, contribui para tornar a sentença líquida um instrumento de justiça fiscal.

Nessa esteira de raciocínio, seria de bom alvitre que os pretórios trabalhistas expedissem instrução, positivando parâmetros técnicos para comprovação, no processo do trabalho, da condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional da microempresa ou empresa de pequeno porte, de modo a infundir essa cultura, já que transparece a necessidade de racionalizar o processo do trabalho, para que o Judiciário especializado possa fazer frente à crescente demanda processual, e de

otimizar a utilização dos recursos da informática, visando à celeridade da prestação jurisdicional, anseio do jurisdicionado. Isso, inclusive, já foi feito em outros casos, por exemplo, com a edição da Instrução Normativa nº.22 do TST, que dispõe sobre os padrões formais a serem observados nas petições de recurso de revista.

5.2 Liquidação conforme o art. 879, da CLT

Sendo ilíquida a sentença exequenda, o juiz do trabalho ordenará, previamente, a sua liquidação, que abrangerá, também, o cálculo das contribuições previdenciárias devidas, mandando intimar previamente as partes para a apresentação do cálculo liquidatório, inclusive da contribuição previdenciária incidente.

Elaborada a conta e tornada líquida pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.

Na hipótese de a conta de liquidação ser elaborada por uma das partes, o Juiz manda notificar a sua altercadora, para, no prazo preclusivo de 10 (dez) dias, manifestar-se fundamentadamente, com a indicação dos itens e valores objeto da discordância.

Elaborada a conta pela parte ou pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho, o juiz procederá à intimação da União para manifestação, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de preclusão.

Se residir nos autos a documentação comprobatória da opção pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional da microempresa ou da empresa de pequeno porte e a sentença estabelecer que o cálculo das contribuições previdenciárias devidas deverá ser feito com observância dessa condição com relação à totalidade ou à parte do período de prestação de serviços a que se refere a ação, não haverá maiores incidentes processuais, por ser a questão apenas de observância do disposto no título executivo judicial.

Todavia, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver levado aos autos a documentação comprobatória da sua opção pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional com relação à totalidade ou à parte do período de prestação de serviços a que se refere a ação (conforme o caso), e a sentença não houver se pronunciado sobre a observância ou não desta condição no cálculo das exações previdenciárias devidas, se a conta liquidatória inobservar a sua situação fiscal, poderá ela fazer a respectiva impugnação, com base na prova documental já produzida.

Situação mais grave ocorre quando, na fase de conhecimento, a microempresa ou a empresa de pequeno porte não leva aos autos a documentação comprobatória da sua opção pelo SIMPLES ou pelo

Simples Nacional, a sentença, obviamente, nada diz a respeito (pois o magistrado, no caso, não tem como dizer quem ostenta essa condição) e o cálculo da contribuição previdenciária abrange não apenas a parte a ser arrecadada do trabalhador (empregado ou autônomo) mediante desconto da respectiva remuneração, mas também a contribuição para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº.8.212/91. Nessa hipótese, a solução que se apresenta para o acertamento da relação com o fisco previdenciário é microempresa ou a empresa de pequeno porte, no decêndio prazal que lhe deverá ter sido assinalado, impugnar, sob pena de preclusão, o cálculo da contribuição previdenciária, produzindo prova documental da sua condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional com relação à totalidade ou à parte do período de prestação de serviços a que se refere a ação (conforme o caso), devendo, o magistrado, dar vista da impugnação à União.

Como inexistente previsão legal para interposição de recurso da sentença de liquidação, a microempresa ou a empresa de pequeno porte optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional que, na fase liquidatória, por qualquer motivo, não tiver observada a sua condição de optante por regime tributário diferenciado, somente poderá impugnar o referido ato decisório por meio autônomo, qual seja, os embargos de devedor, conforme art.884, § 3º, da CLT, condicionado à prévia garantia da execução, mediante depósito ou penhora de bens.

5.3 Execução conforme o art. 880 da CLT

É pacífico na jurisprudência que o art. 879, § 2º, da CLT, ao prever a possibilidade do juiz de abrir vista às partes para se pronunciarem sobre os cálculos, sob pena de preclusão, estabeleceu uma faculdade para magistrado que, se não for utilizada, permitirá ao executado oferecer sua impugnação aos cálculos nos embargos à execução, consoante § 3º, do art.844 consolidado.

Com efeito, em prestígio ao princípio da celeridade e a bem de uma mais expedita satisfação do título executivo judicial, os magistrados trabalhistas não costumam se valer da faculdade prevista no art. 879, § 2º, da CLT.

Quando a determinação do valor da condenação depende apenas de cálculo aritmético, o credor requer a execução da sentença, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo, e o Juiz do Trabalho homologa os cálculos, manda intimar a União para manifestação, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de preclusão (art. 879, § 3º, da CLT), e, com fulcro no art. 880, da CLT, alterado pela Lei nº.11.457/2007, manda expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão

ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.

E se, na fase de conhecimento, a microempresa ou a empresa de pequeno porte não levou aos autos a documentação comprobatória da sua opção pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional, o cálculo da contribuição previdenciária abrangerá não apenas a parte a ser arrecadada do trabalhador (empregado ou autônomo) mediante desconto da respectiva remuneração, mas também a contribuição para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº. 8.212/91, de modo que o débito exequendo será sensivelmente majorado.

E, nesse caso, normalmente, tem-se considerado que único caminho é a parte a microempresa ou a empresa de pequeno porte, após garantida a execução, mediante depósito judicial ou penhora de bens, oferecer embargos do devedor, com amparo no art. 884, § 3º, da CLT, comprovando a sua condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional, de modo a obter a extinção da execução quanto à cota de contribuição previdenciária a cargo do empregador.

Esse é, sem dúvida, o caminho mais árduo a ser trilhado, pois, aqui, a microempresa ou empresa de pequeno porte, para promover o acertamento da sua relação com o fisco previdenciário, se indicar bens à penhora, possivelmente terá a nomeação recusada pela União, em razão de dinheiro figurar em primeiro lugar na gradação legal estabelecida pelo art. 655 do CPC, sofrendo a penhora *on line*, através do sistema BACEN-JUD, ou, se não os indicar no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, terá bens penhorados pelo Oficial de Justiça Avaliador Federal, situação de elevada dramaticidade, pois, não raras vezes, a parte, por desinformação, diz estar sendo injustiçada pelo Judiciário trabalhista, diz coisas impublicáveis e resiste a uma penhora de valor muito superior ao que afirma dever, forçando o executante de mandados a requisitar força policial, para poder cumprir a ordem judicial, sendo certo que, ainda, em alguns casos, embora tenha afixada em seu estabelecimento a placa indicativa da sua situação tributária, acaba por nada argüir em seu prol no prazo de lei.

5.4 Acordo homologado

Conforme preceitua parágrafo 3º, do art.832, da CLT, incluído pela Lei nº.10.035/00, as decisões homologatórias, também, devem sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação (remuneratória ou indenizatória), inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso.

Ademais, o parágrafo único ao art.876 da CLT, acrescido pela Lei nº.11.457/07, prescreve que, igualmente, serão executadas ex-officio as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes da homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

Remarque-se, ainda, que a Lei nº.11.457/07 incluiu o parágrafo 6º ao art.832 da CLT, para estabelecer que o acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União.

No que fere o acordo homologado no bojo de ação trabalhista, tem-se, portanto, as seguintes situações:

5.4.1 Acordo celebrado antes do trânsito em julgado da sentença

A interpretação a “contrariu sensu” do art.832, § 6º, da CLT, permite concluir que o acordo celebrado antes do trânsito em julgado da sentença pode prejudicar os créditos da União, de modo a haver a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores das parcelas discriminadas como remuneratórias no acordo homologado ou, inexistindo estas, sobre o valor total consignado nos cálculos ou estabelecido no acordo e, quanto ao período de prestação de serviços reconhecido no acordo, sobre as remunerações pagas ou creditadas ao segurado, a teor do disposto no art.131, II, III e § 6º, da Instrução Normativa MPS/SRP nº.3/2005.

A hipótese de solução conciliatória prévia ao trânsito em julgado da sentença traz em seu bojo uma variedade de possibilidades, pois o acordo pode ser celebrado antes ou após a prolação da sentença, a qual, por sua vez, pode ser líquida ou ilíquida, sendo que, nesta última hipótese, pode reconhecer, negar ou nada dizer sobre a condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional da microempresa ou empresa de pequeno porte que for parte do processo.

Se o acordo se der antes da prolação da sentença ou após proferimento de sentença ilíquida silente sobre a questão em comento, não deverá haver maiores percalços para a microempresa ou empresa de pequeno porte, que poderá comprovar a sua condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional até no pedido de homologação da avença, evitando, com isso, ter de fazê-lo na fase de liquidação ou de execução das contribuições previdenciárias resultantes da homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

Entretanto, caso o acordo ocorra após a prolação de sentença líquida que tenha quantificado as contribuições sociais devidas pela

microempresa ou empresa de pequeno porte, incidentes sobre as parcelas remuneratórias constantes do preceito condenatório, bem como sobre as remunerações relativas ao período de prestação de serviços nela reconhecido, sem considerar a sua condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional, ou mesmo após o proferimento de sentença ilíquida que, expressamente, haja negado o reconhecimento desta condição, a questão em testilha desafia recurso a ser interposto pela parte prejudicada, com base na prova documental até então produzida, sob pena de configuração da coisa julgada.

5.4.2 Acordo celebrado após a homologação dos cálculos de liquidação

Dispõe o art.131, I, da Instrução Normativa MPS/SRP nº.03/2005, que serão adotadas como bases de cálculo, quanto às remunerações objeto da condenação, os valores das parcelas remuneratórias consignados nos **cálculos homologados de liquidação de sentença**, ainda que as partes celebrem acordo posteriormente.

A interpretação jurisprudencial da Lei nº.11.457/07 é de que ela veio referendar o disposto na precitada Instrução Normativa quanto às bases de cálculo das contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, consoante julgado abaixo ementado:

EMENTA: CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO. LEI n. 11.457 de 16/03/2007 (Lei da Super Receita) e IN MPS/SRP n. 03 DE 14/07/05. A denominada Lei da Super Receita veio referendar o que já constava da supra citada Instrução Normativa do INSS, no sentido de que a base de cálculo das contribuições previdenciárias levará sempre em conta os cálculos de liquidação da sentença transitada em julgada, ainda que as partes tenham, posteriormente, celebrado acordo em valores menores do que aqueles já fixados com os parâmetros da decisão exequenda. (TRT 3ª R. – 6ª T. - AP - 00943-2004-023-03-00-1 – Rel. Juiz Convocado João Bosco Pinto Lara – in DJMG de 09/08/2007, pg. 13).

Tem-se, pois, que não é a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença, pela parte ou pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho, **mas a sua homologação pelo Juiz do Trabalho**, o fator determinante para que os valores das parcelas remuneratórias consignados nos cálculos homologados de liquidação de sentença sejam bases de cálculo da contribuição previdenciária.

Aqui, na hipótese de a questão não ter sido objeto da sentença, o caminho é a microempresa ou a empresa de pequeno porte, após

garantida a execução, mediante depósito judicial ou penhora de bens, oferecer embargos do devedor, com amparo no art. 884, § 3º, da CLT, comprovando a sua condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional, de modo a obter a extinção da execução quanto à cota de contribuição previdenciária a cargo do empregador.

Gize-se a existência de precedente jurisprudencial no sentido de que a homologação do cálculo da contribuição previdenciária devida, sem que tenha sido dada oportunidade ao executado de comprovar sua condição de optante pelo SIMPLES, constitui afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no inciso LV do art.5º da Carta Magna, passível, inclusive, de concessão de segurança:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - INTIMAÇÃO DO INSS PARA MANIFESTAÇÃO ACERCA DE ACORDO CELEBRADO ENTRE AS PARTES - A homologação dos cálculos apresentados pelo INSS, sem que tenha sido dada oportunidade ao executado de comprovar sua condição de optante pelo "SIMPLES", bem como de comprovar a realização da anotação da CTPS do exequente e dos respectivos recolhimentos - (conforme requerido anteriormente pelo próprio órgão previdenciário) -, e sem que lhe tenha sido conferida a oportunidade de se manifestar oportunamente sobre os referidos cálculos, constitui afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no inciso LV do art. 5º da Carta Magna, cerceando o direito líquido e certo da empresa à ampla defesa. Segurança que se concede. (TRT – 2ª R. – SDI – Processo nº 12936-2004-000-02-00 – Rel. Des. Marcelo Freire Gonçalves – in DOE/SP de 06/12/2005).

O mencionado precedente representa posição jurisprudencial minoritária que se, por um lado, em prejuízo da celeridade processual, pode atrasar a satisfação do crédito previdenciário correspondente à contribuição para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art.22 da Lei nº.8.212/91, eventualmente devido, por outro, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, faculta à microempresa ou empresa de pequeno porte comprovar a sua condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional com referência à totalidade ou à parte do período de prestação de serviços a que se refere a ação (conforme o caso), sem que haja sofrido o gravame da penhora do valor correspondente.

5.4.3 Acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença e antes da homologação dos cálculos de liquidação

O art.131, II, da Instrução Normativa MPS/SRP nº.03/2005, prescreve que, quanto às remunerações objeto de acordo conciliatório, prévio à liquidação da sentença, serão adotadas como bases de cálculo os valores das parcelas discriminadas como remuneratórias em acordo homologado ou, inexistindo estes, o valor total consignado nos cálculos ou estabelecido no acordo.

Não obstante, como o art.832, § 6º, da CLT, estabelece que o acordo celebrado após o trânsito em julgado da sentença não prejudicará os créditos da União, tem-se que, para que seja atendido o comando inserto no novel § 6º do art.832 consolidado, faz-se mister a liquidação da sentença transitada em julgado tão somente para apurar as contribuições sociais incidentes sobre as parcelas remuneratórias constantes do preceito condenatório, bem como sobre as remunerações relativas ao período de prestação de serviços nela reconhecido, estando, pois, derogado, no particular, o dispositivo normativo em epígrafe.

Aplica-se, aqui, o quanto observado no subitem anterior.

6 PROVA JUDICIÁRIA DA CONDIÇÃO DE OPTANTE PELO SIMPLES OU SIMPLES NACIONAL

Optamos por analisar o epígrafado tema separadamente do tópico anterior, pela sua importância.

Na vigência da Lei nº.9.317/96, surgiu uma cizânia jurisprudencial acerca de como a microempresa ou empresa de pequeno porte deveria fazer prova, nos autos do processo trabalhista, da sua condição de optante pelo SIMPLES, devendo, tal polêmica, subsistir após a LC nº.123/2006, face à similitude entre tal regime e o Simples Nacional.

A primeira corrente sustentava, com fulcro no art.17 da referida lei, que, cabendo à Secretaria da Receita Federal as atividades de arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o SIMPLES, a microempresa ou empresa de pequeno porte que pretendesse comprovar a sua condição de optante por regime tributário diferenciado, teria de levar aos autos certidão atualizada emitida pelo referido órgão, sob pena de não se desincumbir do seu ônus probatório, arcando, por conseguinte, com encargos previdenciários mais elevados no processo, consoante julgados a seguir colacionados:

EMENTA: OPÇÃO PELO SIMPLES -- LEI Nº9.317/96
- **PROVA.** Tendo a Executada alegado ser optante pelo SIMPLES - Sistema Integrado de Pagamento de Imposto e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, caberia a ela o ônus de comprovar tal fato, colacionando a respectiva certidão emitida pela Secretaria da Receita Federal, órgão responsável pela arrecadação, cobrança,

fiscalização e tributação dos impostos e contribuições pagos de conformidade com o SIMPLES (art. 17 da Lei 9.317/96). Não se desincumbindo de tal ônus, o seu apelo não merece ser provido. (TRT – 23ª R. – AP 00724-1999-031-23-00 – Rel. Des. Leila Calvo – in DJ/MT de 28/02/2007).

EMENTA: PESSOA JURÍDICA OPTANTE PELO 'SIMPLES'. LEI Nº 9.317/96. COMPROVAÇÃO. Para que a pessoa jurídica comprove a opção pelo sistema 'SIMPLES', regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, não basta a simples alegação ou apresentação de termo de opção de anos posteriores, devendo haver a comprovação cabal dessa alegação, seja mediante a apresentação de certidão de optante atualizada ou de certidão negativa de débitos fiscais, ambos os documentos expedidos pela Receita Federal. A ausência de prova quanto ao regime diferenciado para recolhimento de tributos, repele os benefícios instituídos por referida lei. (TRT – 23ª R. – AP 00761-2002-031-23-00 – Rel. Juiz Edson Bueno – in DJ/MT de 28/05/2004).

A segunda corrente, baseada, inclusive, no mesmo dispositivo legal suso referido, chegou a conclusão diametralmente oposta, no sentido de que, juntado aos autos documento comprobatório da opção pelo SIMPLES, presume-se ser esta a situação da microempresa ou empresa de pequeno porte executada perante a Secretaria da Receita Federal, notadamente à míngua de indícios ou prova em contrário, não cabendo à Justiça do Trabalho ingerir na questão acerca da regularidade do optante junto ao referido sistema. Vejamos:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - OPÇÃO PELO SIMPLES - O art. 17 da Lei nº 9.317/96 dispõe expressamente que a fiscalização da empresa optante pelo simples, em especial quanto ao cumprimento de suas obrigações fiscais, incumbe exclusivamente à Secretaria da Receita Federal. Assim, não cabe a esta especializada fazer ingerência acerca da regularidade do optante junto ao simples, porquanto esta questão é afeita aos órgãos interessados. Ademais, enquanto a empresa não for excluída da opção por aquele regime tributário simplificado, em virtude de algum motivo legalmente previsto, continua a fazer jus aos benefícios dele advindos, isto é, ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e às contribuições que relaciona, dentre elas as devidas à previdência social. (TRT 3ª R. - AP 5.042/02 - 1ª T. - Rel. Juiz José Marlon de Freitas - DJMG 30.10.2002 - p. 16).

AGRAVO DE PETIÇÃO - OPÇÃO PELO REGIME DO SIMPLES - Conforme artigo 17, da Lei nº 9317/96, cabe à Secretaria da Receita Federal realizar as atividades de arrecadação, fiscalização, cobrança, tributação dos impostos e contribuições quitadas em consonância com o simples, ou seja, incumbe apenas a ela apontar eventuais irregularidades constatadas. Assim, feita a opção pelo simples por parte da executada, conforme prova material colacionada, presume-se a regularidade da situação da executada perante a SRF, sobretudo quando não há nos autos nenhuma prova, sequer indício, em sentido contrário, além de não haver prova da não aceitação da sua opção pela Secretaria da Receita Federal. Todavia, a todo tempo, pode o INSS representar à SRF, nos termos do parágrafo 4º do art. 15 da Lei nº 9317/96, visando à exclusão da executada do simples, desde que demonstre efetivamente, e não por meras assertivas, como no caso concreto, a ocorrência de caso de exclusão obrigatória do regime tributário em questão. (TRT 3ª R. - AP 8012/02 - 4ª T. - Rel. Juiz Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto - DJMG 22.02.2003 - p. 09).

OPÇÃO PELO SIMPLES - PROVA - A opção pelo simples depende de formalização adequada, comprovada através da ficha de cadastro da pessoa jurídica (FCPJ), relativa à inscrição no cadastro nacional da pessoa jurídica (CNPJ) do Ministério da Fazenda, com a demonstração de que houve seu protocolo, na hipótese da abertura da empresa, ou mediante comprovação da alteração cadastral junto à Receita Federal, para as empresas que já estão funcionando, nos termos do art. 8º da lei 9317/96. O documento de fl. 59 comprova a opção originária da reclamada pelo sistema de tributação simples, presumindo-se que a mesma está atualmente nele inscrito. (TRT 3ª R. - AP 5765/02 - 8ª T. - Rel. Juiz Heriberto de Castro - DJMG 25.01.2003 - p. 28).

Em que pesem os argumentos invocados pela primeira corrente, a última nos parece mais acertada porque a Lei nº.9.317/96 não impunha prova especial à condição de optante pelo SIMPLES, tal como a LC nº.23/2006 não o faz em relação ao Simples Nacional, além do que, na hipótese de ocorrer exclusão do regime tributário diferenciado, compete à União, ao falar nos autos, conforme art. 818 da CLT, alegar o mencionado fato impeditivo do direito do executado aos benefícios dos referidos regimes.

7 CONCLUSÃO

Ao final do presente trabalho, chegamos às seguintes conclusões:

1. Com a atribuição ao Judiciário trabalhista, pela Emenda Constitucional nº.20/98, da competência para executar, de

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 406	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

- ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a”, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, o processo administrativo fiscal previdenciário deixou de ser o instrumento de acertamento da relação entre o fisco previdenciário e o contribuinte, devendo o valor do crédito previdenciário decorrente de fatos ou direitos reconhecidos pelas decisões da Justiça do Trabalho ser apurado nos próprios autos da reclamação trabalhista, conforme prescrições da CLT, com as alterações feitas pelas Leis nº.10.035/00 e 11.457/07;
2. Num processo trabalhista, as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional, à luz do disposto na Lei nº.9.317/96 e LC nº.123/2006, estão obrigadas a recolher, sobre as parcelas de natureza salarial resultantes da condenação ou acordo homologado bem como sobre as referentes ao período de prestação de serviços reconhecido, apenas a contribuição previdenciária arrecadada do trabalhador (empregado ou autônomo, sendo que deste apenas a partir da competência abril de 2003) mediante desconto da respectiva remuneração (com referência ao período contado a partir da opção), já que a contribuição para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art.22 da Lei nº.8.212/91, terá sido objeto do pagamento mensal e unificado inerente ao sistema de pagamento especial, não havendo a sua repetição (bis in idem) na reclamatória trabalhista;
 3. A microempresa ou a empresa de pequeno porte optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional que atuar perante a Justiça do Trabalho como autora ou ré deve, preferencialmente, fazer prova, na petição inicial ou na contestação, conforme o caso, da sua condição de inscrita em regime tributário diferenciado no período de prestação de serviços a que se refere a ação. Caso contrário, na hipótese de prolação de sentença que, face à ausência dessa informação nos autos, estabeleça o pagamento da contribuição para a Seguridade Social a cargo da pessoa jurídica, tal parte da decisão não poder ser reformada em sede de recurso ordinário, por falta de provas, em razão do disposto na Súmula nº.8, do C. TST. Se omissa a sentença, deverá a pessoa jurídica fazer tal prova, sob pena de preclusão, por ocasião de sua manifestação (que deve ser fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância) acerca da conta de liquidação elaborada pela parte contrária ou pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho, conforme art.897, § 2º, da CLT, ou em sede de embargos de devedor, com amparo no art.

884, § 3º, da CLT, após garantida a execução, mediante depósito judicial ou penhora de bens, na hipótese de o magistrado não lhe ter facultado o pronunciamento sobre a conta liquidatória;

4. Na hipótese de acordo celebrado antes do trânsito em julgado da sentença, caso esta não haja estabelecido o pagamento da contribuição para a Seguridade Social a cargo da pessoa jurídica, a microempresa ou a empresa de pequeno deverá, preferencialmente, provar a sua condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional até o pedido de homologação da avença, evitando, com isso, ter de fazê-lo na fase de liquidação ou de execução das contribuições previdenciárias resultantes da homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido. Se o acordo for celebrado após o trânsito em julgado da sentença, caso esta não haja fixado o pagamento da contribuição para a Seguridade Social a cargo da pessoa jurídica, a microempresa ou a empresa de pequeno deverá fazer tal prova, sob pena de preclusão, por ocasião de sua manifestação (que deve ser fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância) acerca da conta de liquidação, conforme art.897, § 2º, da CLT, ou em sede de embargos de devedor, com amparo no art.884, § 3º, da CLT, após garantida a execução, mediante depósito judicial ou penhora de bens, na hipótese de o magistrado não lhe ter facultado o pronunciamento sobre a conta liquidatória;
5. A prova da condição de optante pelo SIMPLES ou pelo Simples Nacional não precisa ser feita mediante juntada de certidão atualizada da Secretaria da Receita Previdenciária, à míngua de lei que o imponha, sendo suficiente a juntada do respectivo termo de opção e presumida a regularidade e continuidade da sua situação tributária perante o referido órgão, cabendo à União provar a exclusão do regime tributário diferenciado como fato impeditivo do direito do executado aos benefícios dos precitados regimes.

REFERÊNCIAS

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 9.ed. Niterói: Impetus, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 3.ed. Niterói: LTr, 2005.

MACHADO JR., César P.S. A execução das contribuições previdenciárias. In: BARROS, Alice Monteiro de (Org). **Compêndio de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS: UMA NOVA VISÃO TEÓRICA

Dana Thais Ferreira Sangiorgi*

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da possibilidade jurídica de se invocar a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica nas execuções trabalhistas quando a separação patrimonial entre sócios e pessoa jurídica, combinada com a insolvência da sociedade empregadora, se antepõe como obstáculo à satisfação do crédito trabalhista. Para tanto, apresenta-se a construção atual da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica—a partir do instituto da personalidade da pessoa jurídica—e sua evolução histórica. São discutidos aspectos adversos e favoráveis à desconsideração da personalidade jurídica nas execuções trabalhistas e sua relação indissociável com o princípio constitucional do devido processo legal, culminando na proposta de uma nova visão teórica, específica para as relações trabalhistas por considerar principalmente a natureza e as características do crédito trabalhista. Por fim, são demonstradas algumas implicações práticas da visão teórica proposta na Justiça do Trabalho.

2 CONCEITO

É necessário, por questão de ordem e coerência, discorrer a respeito da personalidade atribuída às pessoas jurídicas.

No conceito de Daibert (1975 apud NADER, 2003, p.287), pessoa jurídica “[...] é o conjunto de pessoas ou bens destinados à realização de um fim a que o direito reconhece aptidão para ser titular de direitos e obrigações na ordem civil.” Esta aptidão é adquirida a partir do registro do ato constitutivo do ente coletivo no órgão competente, de acordo com os artigos 45 e 985, ambos do Código Civil, transformando essa coletividade em sujeito de direito pela sua personalização.

O registro do ato constitutivo de uma pessoa jurídica garante a esta autonomia em relação às pessoas que a compõem, repercutindo nas esferas obrigacional, processual e patrimonial. Na primeira, a pessoa jurídica se torna titular das obrigações que contrair, excluindo os sócios de suas relações com terceiros. Na segunda, firma-se a legitimidade ativa e passiva da pessoa jurídica para atuar nos processos judiciais, sendo

* Concludente do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Estagiária do Gabinete do Desembargador Alcebíades Tavares Dantas, no TRT da 16ª Região.

imprescindível sua citação e não de seus sócios. Na terceira, a pessoa jurídica se torna titular do patrimônio social, através do qual adimplirá as obrigações que contrair (COELHO, 2005). Os sócios se tornam responsáveis subsidiários pelas obrigações sociais, a teor do disposto nos artigos 1.024 do Código Civil e 596 do Código de Processo Civil.

Não se trata, porém, de autonomia em caráter absoluto e irrevogável, pois pode haver casos em que a separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o dos sócios impede o cumprimento de obrigações sociais (COELHO, 2005), fim certamente não colimado pelo legislador quando da concessão de personalidade jurídica aos entes coletivos.

A desconsideração da personalidade jurídica surge neste momento como meio de relativização da autonomia da pessoa jurídica para garantir o cumprimento das obrigações sociais ante a impossibilidade de seu cumprimento pela sociedade, através da execução do patrimônio pessoal dos sócios, sem operar a desconstituição ou despersonalização da pessoa jurídica (COELHO, 2005).

Trata-se, desta forma, de medida que afasta a individualidade da pessoa jurídica-a qual lhe permite contrair direitos e obrigações em seu próprio nome-em relação aos sócios que a compõem, para evitar que ocorram resultados contrários ao Direito, permitindo a extensão da responsabilidade àqueles que, de outra forma, não poderiam ser atingidos.

3 HISTÓRICO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica surgiu no século XIX no meio jurisprudencial através de dois casos principais: *Bank of United States v. Devaux*, ocorrido em 1809 nos Estados Unidos, e *Solomon vs. Solomon & Co*, ocorrido em 1897 na Inglaterra (KOURY, 1998 apud BASTOS, 2003). Tendo surgido em países adeptos do sistema da common law, onde não é necessário decidir sempre com base em uma norma do sistema, a desconsideração da personalidade jurídica possui a equidade como elemento central, a qual permite ao julgador decidir de acordo com 'o que seria mais justo' ou 'o que seria menos lesivo ao direito das partes' (NUNES, 2007).

A inserção da doutrina no Brasil deu-se em 1969 através de uma palestra proferida por Rubens Requião na Universidade do Paraná intitulada "Disregard Doctrine – Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica" (FREITAS, 2007). Atendendo à necessidade do sistema pátrio de manifestação do Direito por normas escritas, qual seja, o da civil law, o legislador ordinário a positivou através dos seguintes

diplomas legais: Código de Defesa do Consumidor (Lei nº.8.078/90, art. 28), Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº.8.884/94, art. 18), Lei do Meio Ambiente (Lei nº.9.605/98, art. 4º), Decreto-Lei nº.2.953/99 (art. 23), Lei nº.9.847/99 (art.18, §3º), Lei nº.10.406/02 ('Novo Código Civil', art. 50) e Lei nº.10.672/2003, a qual trouxe nova redação à Lei nº.9.615/1998, que, por sua vez, trata do desporto.

No âmbito do Direito do Trabalho, há quem considere, assim como Requião (NAHAS, 2007), que o artigo 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho é a norma legal positivadora da doutrina neste ramo. Não se trata, entretanto, de previsão da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, pois é possível provocar a responsabilidade solidária sem invocar a medida, não sendo necessário atingir a autonomia patrimonial das empresas (NAHAS, 2007), o que constitui o ponto central da doutrina. Conclui-se, desta forma, que não há previsão expressa da desconsideração da personalidade jurídica entre as normas trabalhistas, mas tão somente previsão de responsabilidade solidária, o que apenas se aproxima da doutrina na medida em que provoca a responsabilidade pessoal e ilimitada dos sócios.

Não é possível obter uma “regra geral” para a desconsideração da personalidade jurídica a partir da legislação pátria, pois, enquanto alguns textos legais erigem ilegalidades como fraude e abuso de direito, por exemplo, como requisitos para sua aplicação, outros exigem apenas a impossibilidade de ressarcimento de prejuízos para justificar o uso da medida, sem vincular esses prejuízos às citadas condutas ilegais, o que indica tratar-se de instituto ainda em desenvolvimento no país.

4 PROPOSTA DE UMA NOVA VISÃO TEÓRICA

Há vários elementos jurídicos a serem considerados para a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica nas execuções trabalhistas. O primeiro deles diz respeito aos efeitos da medida sobre investidores, empregados e consumidores.

A ampliação das hipóteses de responsabilização dos sócios por dívidas sociais por meio da desconsideração da personalidade jurídica poderia desestimular investimentos, refletindo inevitavelmente no nível de emprego, posto que as sociedades são a grande fonte de empregos (SANTOS, 2003). Essa questão tem reflexos constitucionais, pois a Constituição Federal de 1988 consagrou a valorização do trabalho ao lado da livre iniciativa no artigo 170, princípios que convivem em tensão dialética (NUNES, 2007).

Não parece ter sido a intenção do legislador constitucional consagrar a busca do lucro, característica essencial das sociedades

capitalistas, a qualquer preço, muito menos baseada na violação de direitos trabalhistas, ou seja, a interpretação do princípio da livre iniciativa deve sujeitar-se à valorização do trabalho, sob pena de compactuar-se com o enriquecimento sem causa dos sócios. Deve-se considerar que o patrimônio que se pretende executar para o adimplemento de obrigações trabalhistas, na maciça parcela das vezes, foi construído com o produto do trabalho dos obreiros. Além disso, os trabalhadores não têm incorporada aos salários qualquer garantia contra o inadimplemento por parte de seus empregadores (COELHO, 2001 apud SANTOS, 2003), sendo difícil até mesmo exigir o cumprimento da legislação trabalhista ao longo do contrato de trabalho, uma vez que exigências desse tipo podem levar à sua demissão (SANTOS, 2003).

Na seara dos efeitos sobre os consumidores, estes poderiam experimentar um aumento nos preços de mercadorias e serviços pela incorporação de uma taxa de risco referente à expansão da responsabilidade dos sócios em relação aos créditos trabalhistas. Nas palavras de Coelho (2005, apud NUNES, 2007, p. 212):

Se o direito não dispuser de instrumentos de garantia para os empreendedores, no sentido de preservá-los da possibilidade de perda total, eles tenderão a buscar maior remuneração para os investimentos nas empresas. Em outros termos, apenas aplicariam seus capitais em negócios que pudessem dar lucro suficiente para construir um patrimônio pessoal de tal grandeza que não poderia perder-se inteiramente na hipótese de futura e eventual responsabilização. Ora, para gerar lucro assim, a sociedade deve reduzir custos e praticar preço elevado.

O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, socializa as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos.

Concorda-se com o autor no fato de que o risco da atividade empresarial integra o preço que será repassado aos consumidores. Entretanto, entende-se também que só haverá aumento extorsivo desses preços se já houver a deliberada intenção de violar direitos trabalhistas, até mesmo porque se defende a expansão da responsabilidade dos sócios apenas em relação aos créditos trabalhistas—e não em relação a todas as obrigações sociais—ou seja, o empresário que não pretender lucrar descumprindo a legislação trabalhista não precisará aumentar preços, simplesmente porque não terá riscos em relação às verbas trabalhistas, repassando aos consumidores apenas os riscos normais da atividade.

Apesar de não ser possível afirmar que a limitação da responsabilidade

dos sócios em relação às obrigações sociais é fundamental para a realização de investimentos nas atividades econômicas, uma vez que certamente existem aqueles que estão dispostos a se lançar no mercado não obstante os riscos envolvidos pode-se optar por seguros em favor dos sócios, acionistas e administradores. Paulo Sigaud afirmou, em matéria realizada por Háfez (2005) para o site da Bovespa, que “[...] essa tem sido uma das melhores saídas de imediato, para que os profissionais possam desempenhar suas funções com mais tranquilidade,” o que demonstra tratar-se de questão contornável para fins de desconsideração da personalidade jurídica.

Uma crítica freqüente à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica diz respeito à situação do sócio que, sem participar do processo de conhecimento responsável pelo surgimento do título executivo, tem seu patrimônio alcançado na execução. Para seus adeptos, tal situação configuraria violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, no nível infraconstitucional, desrespeito ao limite subjetivo da coisa julgada, previsto no art.472 do Código de Processo Civil. Pode-se acrescentar a esse argumento que o artigo 568, I, também do CPC dispõe ser o devedor, “reconhecido como tal no título executivo,” o sujeito passivo da execução.

Coelho (2005) entende ser necessário intentar ação judicial própria perante os sócios para que seja possível efetivar-se a desconsideração da personalidade jurídica, após a demonstração do pressuposto fraudulento, defendendo, inclusive, que a ação deve ser ajuizada diretamente contra os sócios – e não contra a pessoa jurídica – coisa inadmissível se considerar-se que o afastamento dos efeitos da personalização, nos quais se inclui a legitimação processual da sociedade para defender seus interesses em juízo, deve ser determinado pelo juiz. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, decidiu que a desconsideração da personalidade jurídica é efeito da ação proposta contra a pessoa jurídica no Recurso Especial nº. 282.266 (ANDRADE FILHO, 2005), cuja ementa transcreve-se:

PROCESSO CIVIL. PESSOA JURÍDICA. DESPERSONALIZAÇÃO. A despersonalização da pessoa jurídica é efeito da ação contra ela proposta; o credor não pode, previamente, despersonalizá-la, endereçando a ação contra os sócios. Recurso especial não conhecido. (STJ – REsp 282266 – 3ª Turma – Rel. Min. Ari Pargendler – DJ 05.08.2002)

Ademais, a propositura de ação apenas contra os sócios poderia levar à extinção do processo por carência de ação, motivada pela falta de interesse de agir contra os sócios, uma vez que a obrigação foi contraída pela sociedade.

Não sendo permitido, assim, desconsiderar a personalidade jurídica desde o início, com a propositura de ação contra os sócios, e, tendo por fim a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, Freitas (2007) entende admissível a desconsideração a personalidade jurídica em sede de execução, desde que se dê ao novo integrante da lide a oportunidade de apresentar embargos de terceiro.

Contrário à opção pelos embargos na fase de execução, Nunes (2007) suscita que se trata de defesa mais restrita, violando os mesmos princípios do contraditório e da ampla defesa. O autor critica essa opção, ainda, pelo fato de que, além de não suspender a fase de cumprimento de sentença, exige a garantia do juízo, sob pena de sujeitar o embargante a multa de 10% sobre o valor da dívida original, prevista no artigo 475-J do CPC. O terceiro a quem se estendesse a execução poderia receber dívida superior à que foi exigida do devedor original, com o acréscimo dessa multa, caso optasse pela impugnação sem pagamento prévio e sem efeito suspensivo.

Uma das críticas que se faz à alternativa da oposição de embargos de terceiro pode ser superada, entretanto, pelo manejo da exceção de pré-executividade, a qual consiste “[...] na possibilidade de o devedor alegar determinadas matérias, sem que, para isso, necessite efetuar a garantia patrimonial da execução” (SARAIVA, 2007, p.590). Considerando que se trata de instituto não contemplado pelo direito processual, existindo apenas na doutrina e jurisprudência, Saraiva (2007) cita algumas hipóteses nas quais é possível utilizá-lo, estando, entre elas a ausência de citação no processo de conhecimento, que deverá ser comprovada perante o juiz do trabalho por meio de prova documental pré-constituída. Há, assim, alternativa a um dos inconvenientes da opção pelos embargos de terceiro, resultando no superamento da discussão neste ponto, a depender da escolha do executado.

Ante o impasse acerca da compatibilização da entrada dos sócios no processo com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, são oferecidas duas soluções, a depender do conhecimento que o credor trabalhista tenha da situação financeira da pessoa jurídica (PEDREIRA, 2004).

Se ao tempo da propositura da ação o empregado tem conhecimento da situação econômica do empregador que lhe impossibilita de adimplir com as verbas trabalhistas, situação de difícil configuração, porém possível, poderá socorrer-se da técnica do litisconsórcio facultativo eventual (PEDREIRA, 2004). O caráter eventual da medida deve-se ao fato de que só se atacará “[...] o patrimônio pessoal dos sócios, apenas e tão-somente, se for impossível liquidar o débito por intermédio do capital social da pessoa jurídica” (DIDIER JR., 2004 apud PEDREIRA, 2004).

Trata-se de medida que tem por fim proporcionar economia e celeridade processual, além de facilitar a defesa (FREITAS, 2007), compatibilizando a aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica com a plenitude de defesa exigida pela Constituição Federal.

Entretanto, a necessidade de invocar-se a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica pode surgir apenas depois do processo de conhecimento, quando o credor encontrar obstáculos à efetividade da execução, como a inexistência de bens do devedor principal, alienação dos bens em fraude à execução, alteração na pessoa jurídica por sucessão ou transformação na espécie societária, ou mesmo fusão ou incorporação (SANTOS, 2003). Pode ocorrer ainda que, ao tempo da propositura da ação, a sociedade estivesse saudável financeiramente, surgindo o fato ensejador da medida, qual seja, a insuficiência do patrimônio social para adimplir os créditos trabalhistas, apenas em momento posterior, quando então se admite um procedimento incidental cognitivo na própria execução (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007), no qual estaria assegurada a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa pela suspensão do trâmite da execução para a citação dos sócios, retomando-se a execução após a decisão que determinaria, ou não a constrição do patrimônio destes (PEDREIRA, 2004).

Têm-se ainda como opções àquele que foi demandado apenas no momento da execução atacar a decisão que determinou o alcance de seu patrimônio pessoal por meio de mandado de segurança ou de correição parcial. No primeiro caso, de acordo com os artigos 5º, inciso LXIX da Constituição Federal e 1º da Lei nº.1.533/1951, exige-se que o direito a ser tutelado não esteja no campo de proteção do *habeas corpus* ou do *habeas data*, o que é fácil demonstrar, pois o direito que se pretende proteger por meio do mandado de segurança é de índole essencialmente patrimonial, sem se referir, mesmo que remotamente, à liberdade de locomoção ou ao acesso a informações em registros públicos. Além disso, é necessário o esgotamento da via recursal, ou seja, da decisão não poderá caber qualquer recurso ou mesmo a correição parcial, conforme determina o art.5º, II, da Lei 1533/1951. Quanto à correição parcial, ou reclamação correicional, trata-se de “procedimento administrativo regulamentado pelos Regimentos Internos dos Tribunais do Trabalho” (SARAIVA, 2007, p.512). De acordo com o art.27, III, do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, deve tratar-se de ato atentatório à boa ordem processual do qual não caiba qualquer recurso, a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança.

Conclui-se que o direito processual comum, aplicável por analogia ao processo do trabalho, de acordo com o art. 769 da CLT, dispõe de instrumentos eficazes para a superação das críticas à aplicação da

desconsideração da personalidade jurídica no que concerne ao momento processual em que será efetivada. A questão não tem, entretanto, resposta única e definitiva, ante a impossibilidade de uniformização da jurisprudência a respeito da execução trabalhista, uma vez que o processo de execução não enseja recurso de revista, de acordo com o artigo 896 da CLT, ressalvada a hipótese de violação a norma constitucional, prevista no parágrafo 2º do mesmo artigo. Sendo federal a legislação processual, esta uniformização só será possível, desta forma, no nível dos Tribunais Regionais do Trabalho (SANTOS, 2003).

Outra questão discutível para fins de desconsideração da personalidade jurídica nas execuções trabalhistas diz respeito ao fato de que, em geral, a responsabilidade dos sócios é limitada ao montante investido, ou seja, é possível responsabilizar os sócios por dívidas sociais, por meio da desconsideração da personalidade jurídica, além dos limites previstos no Direito Civil e Comercial?

A resposta a essa questão encontra-se na distinção entre credores negociais e credores não negociais: os primeiros, cientes da limitação da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais, exigem uma série de garantias contra o inadimplemento, enquanto que os segundos não podem cercar-se das mesmas garantias (SANTOS, 2003), grupo ao qual pertencem os trabalhadores. Limita-se aos primeiros a pertinência do princípio da autonomia patrimonial, pois desconsiderar a personalidade jurídica em seu favor seria conferir um direito que não obtiveram no processo de negociação (MUNHOZ, 2002 apud NUNES, 2007). Não se pode olvidar, ainda, que os trabalhadores se tornam credores da sociedade empregadora por ato exclusivo desta – ao deixar de quitar as verbas trabalhistas na época própria -, contra o qual, pela subordinação inerente ao contrato de trabalho, nem sempre podem se insurgir, sendo uma espécie de credor involuntário (SANTOS, 2003).

Assim, conclui-se que não vigora nas relações trabalhistas a socialização das perdas por meio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Essa limitação é útil apenas para definir o direito de regresso daquele que adimplir os créditos trabalhistas (BOENO, 2007).

Outra crítica que se faz à desconsideração da personalidade jurídica nas execuções trabalhistas diz respeito ao fato de que não há previsão expressa dessa medida entre as normas trabalhistas. Seus adeptos defendem que, em um Estado Democrático de Direito, o Judiciário só pode impor determinada conduta a alguém com fundamento na lei (BARROSO, 2004 apud NUNES, 2007).

Não é imprescindível, entretanto, que haja previsão legal expressa da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho, uma

vez que a doutrina pode ser invocada como medida de equidade, a qual, por sua vez, é fonte deste ramo do Direito, de acordo com o artigo 8º da CLT. A doutrina deve ser invocada exatamente ante a ausência de norma legal disciplinadora da situação em que se faça necessário responsabilizar sócios, administradores ou terceiros responsáveis pela violação de direitos, uma vez que, quando já houver previsão nesse sentido, será usada apenas como reforço na interpretação da norma (SANTOS, 2003). Considerando que o próprio regramento trabalhista conta com remédio para o mal da ausência de norma expressa disciplinadora de determinada situação, só é possível concluir que a positivação da doutrina no Direito do Trabalho conferiria segurança ao julgador, facilitando sua aplicação (FREITAS, 2007), sem ser, frise-se, imprescindível, pelo que esta crítica também resta superada.

Sem dúvida a desconsideração da personalidade jurídica presta serviço à efetividade das decisões judiciais, na medida em que torna completa a prestação jurisdicional pela entrega do que é devido a quem de direito. Ao trabalhador não interessa a simples obtenção de um título, mas sim a entrega do crédito pleiteado (SANTOS, 2003), uma vez que conta com este crédito para sua subsistência e de sua família. Ademais, a garantia do pleno acesso à justiça, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não se limita a assegurar a provocação da atividade jurisdicional através da propositura de uma ação, devendo também garantir “[...] que o titular de uma pretensão que venha a ser em definitivo julgada procedente possa vê-la concretizada através de uma prestação jurisdicional dotada de efetividade” (PIMENTA; PORTO, 2006, p.105). Assim, para a realização plena do princípio constitucional do acesso à justiça, deve-se trabalhar por uma decisão justa e efetiva.

Deixar os juízes sem instrumentos aptos a garantir o cumprimento do que decidiram significa, ainda, tornar inócua toda a legislação obreira, afinal, de que servirá a concessão, pelo legislador, de inúmeros direitos aos trabalhadores se na hora em que mais precisarem não for possível ver respeitados esses direitos através de sua imposição coativa à classe patronal? A questão reflete, assim, na própria eficácia do ordenamento jurídico (FREITAS, 2007).

A destacar a importância da efetivação da prestação jurisdicional que defere um crédito trabalhista, embora trate da celeridade processual, tem-se a seguinte lição de Pimenta e Porto (2007, p.104):

Um objetivo primordial do processo trabalhista é a celeridade do procedimento. É obvio que a celeridade é importante para qualquer processo, mas para o do trabalho é ainda mais essencial. O crédito trabalhista tem natureza alimentar para o trabalhador e para sua família, sobretudo

porque, em virtude da ausência de verdadeira proteção à relação de emprego no Brasil, o obreiro, quando recorre à Justiça, invariavelmente já perdeu seu emprego e, assim, encontra-se despojado da sua fonte de subsistência. E essa necessidade premente o impelle, por vezes, à celebração de acordos desfavoráveis, para antecipar o recebimento de pelo menos parte de seus direitos.

Em outra frente, a inexecução das condenações oriundas da Justiça do Trabalho pode aumentar o número de transgressores da legislação trabalhista, pela certeza da impunidade, gerando o descrédito da instituição perante a sociedade (FREITAS, 2007).

Conclui-se, assim, que o absolutismo da personalidade jurídica deve ser revisitado, por meio de sua desconsideração, em prol da efetividade (FREITAS, 2007) das decisões dos tribunais laborais, como meio de conferir legitimidade e credibilidade ao Poder Judiciário perante a sociedade a quem deve servir.

A conjugação do trabalho com a livre iniciativa tem por objetivo proporcionar uma vida digna, como se observa no artigo 170 da CF/88. Privar o trabalhador do necessário para sobreviver significa privá-lo da possibilidade de ter uma vida digna, pois, de acordo com Grau (apud MARTINS, 2005, p.70), a dignidade da pessoa humana só se alcança com uma vida materialmente digna, ferindo diretamente a Constituição Federal pela sua redução a uma simples carta de intenções sem poder para interferir na vida em sociedade. Isso ocorre não só quando o empregador deixa de pagar a contraprestação devida aos obreiros, mas também quando se torna impossível executar as sentenças que concedem verbas trabalhistas.

Aceitar a execução do patrimônio pessoal dos sócios por meio da desconsideração da personalidade jurídica significa transpor o princípio da dignidade da pessoa humana para o mundo fático, tratando-o com a relevância constitucional que possui.

O crédito trabalhista possui natureza alimentar, a justificar sua preferência quando em confronto com créditos de outra natureza. De acordo com Delgado (2006, p.706), "O salário atende, regra geral, a um universo de necessidades pessoais e essenciais do indivíduo," ou seja, é aquilo de que dispõe para sua subsistência e de sua família.

A importância socioeconômica do salário é responsável por algumas garantias e privilégios que a ordem jurídica confere a essa parcela, algumas delas previstas na própria Constituição Federal, como a proteção do salário (art. 7º, X) e a preferência na ordem de pagamentos pela Fazenda Pública (art.100). Não se concebe a idéia de privar alguém, deliberadamente, dos meios de sobrevivência e, nessa ordem de valores, a desconsideração da personalidade jurídica se apresenta como um instrumento a mais

de proteção das verbas de natureza alimentar, sendo compatível, desta forma, com a própria Constituição Federal, pelo que é lícito ao juiz dela valer-se para garantir que verba de tamanha importância será adimplida, através da execução do patrimônio do sócio que puder fazê-lo.

Não se pode desprezar, ainda, o fato de que a alteridade é, segundo o art. 2º da CLT, característica essencial do empregador pela qual os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho a ele pertencem (DELGADO, 2006).

O resultado dessa característica é que não há distribuição das perdas e prejuízos aos empregados (DELGADO, 2006), o que é exatamente o contrário do que ocorre fora das relações do trabalho, pois os credores têm ciência da possibilidade de insucesso e, diante disso, exigem algumas garantias quando da realização do negócio. Percebe-se, desta forma, que o Direito do Trabalho possui disciplina própria para a distribuição dos riscos da atividade econômica, não se admitindo a aplicação de normas do Direito Comum tendentes a instituir a socialização das perdas no âmbito das relações trabalhistas.

Nesse contexto, cresce em importância a doutrina em estudo, na medida em que evita que a insuficiência de bens sociais aptos a responder pelos créditos trabalhistas implique numa socialização forçada das perdas, a qual, frise-se, é incompatível com a proteção que a legislação trabalhista confere ao trabalhador enquanto parte mais fraca na relação que disciplina.

A desconsideração da personalidade da pessoa jurídica para adimplemento de créditos trabalhistas implica na concretização da responsabilidade dos sócios pela sorte do empreendimento, prevista na própria CLT, pelo que deve ser aceita e aplicada nas execuções trabalhistas.

Para os que entendem que, para ser aplicada, a desconsideração da personalidade jurídica necessita de previsão legal, tem-se que o artigo 28, § 5º do Código de Defesa do Consumidor já admite sua invocação ante a simples impossibilidade de ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor, o que equivale ao inadimplemento das verbas trabalhistas no âmbito do Direito do Trabalho. A CLT, no parágrafo único do artigo 8º, admite a aplicação supletiva de normas do Direito Comum, nas quais se inclui o diploma consumerista, desde que estas normas sejam compatíveis com seus princípios. Na medida em que tanto o CDC como a CLT primam pela proteção da parte mais fraca da relação que disciplinam por presumirem sua hipossuficiência (FREITAS, 2007), encontra-se atendido o requisito da identidade de princípios, não havendo qualquer empecilho à invocação do artigo 28, § 5º do CDC, por analogia, nas execuções trabalhistas.

O princípio do devido processo legal deve permear a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas execuções trabalhistas, uma vez que esta constitui forma de constrição do patrimônio, ou seja, de restrição ao direito de propriedade, e, nesta medida, para que seja efetivada, deve submeter-se ao disposto no art. 5º, LIV da Constituição Federal, pelo qual, “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A garantia do devido processo legal surgiu com feições processuais, como direito a um processo regular, tendo, depois, adquirido sentido genérico e se bipartido em “substantive due process” e em “procedural due process,” ou seja, devido processo legal em sentido substantivo e em sentido processual (MESQUITA, 2006).

O direito a um processo regular deve ser respeitado para que seja possível desconsiderar-se a personalidade da pessoa jurídica, ainda, pelo fato de que só pode efetivar-se por meio de processo judicial, e, para os litigantes deste, prescreve o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, devem ser “[...] assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Deve ser observado que o texto constitucional fala em litigantes, tratando-se de garantia para autor e réu, e não apenas para este último. Trata-se de proteção ao próprio sistema legal e à sociedade, ao garantir que quando a demanda chegar à apreciação do Judiciário será analisada e julgada de acordo com o Direito positivo (devido processo legal processual) e com razoabilidade e proporcionalidade (devido processo legal substantivo).

O direito ao contraditório garante que “[...] as partes serão ouvidas sobre provas e alegações trazidas aos autos pela parte contrária”, não havendo julgamento sem que todas as partes tenham sido ouvidas. De outro lado, a ampla defesa possibilita ao réu “[...] trazer para o processo todos os elementos que entender necessários para elucidar a verdade, ou mesmo, manter-se omissos sem se manifestar.” (CÉSAR JUNIOR, 2003).

Trata-se, assim, de garantia que visa dar tratamento isonômico aos litigantes, pela obediência à seqüência de atos prevista para que se chegue à sentença, permitindo-se a ambos contribuir para a formação do convencimento do juiz (SANTOS, 2003).

De outro lado, o devido processo legal substantivo configura-se como cláusula antiarbitrio que vincula “[...] a produção legislativa à idéia de razoabilidade ou proporcionalidade” (MESQUITA, 2006). Necessário, assim, que os juízes, em seus atos, obedeçam aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que a eles cabe a aplicação das leis, ou seja, de nada valeria coibir os abusos do legislador se aos juízes fosse lícito cometê-los. O primeiro diz respeito à legalidade da legislação, enquanto

que, pelo segundo, afere-se “[...] a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais” (MESQUITA, 2006), dentre os quais se inclui o direito de propriedade, de acordo com o art. 5º, inciso II, da CF/88.

Sem a aplicação dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a invasão do patrimônio dos sócios por meio da desconsideração da personalidade jurídica implicará puro arbítrio e invasão da esfera privada além do admissível. A dimensão substantiva do princípio em comento serve de limite, assim, à atuação do Estado-juiz, sob pena de ter-se como ineficaz a Constituição Federal no que tange aos direitos fundamentais.

Entende-se que a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das execuções trabalhistas atende ao critério de razoabilidade exposto, uma vez que serve de garantia ao obreiro contra a insolvabilidade do empregador, no que se coaduna com o caráter protetor da legislação trabalhista, restando ao julgador, apenas, resguardar-se dos excessos na sua aplicação, sob pena de desrespeito à ordem constitucional.

Após a ponderação de todos os elementos envolvidos na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas execuções trabalhistas chega-se à proposição de uma nova forma de conceber a doutrina.

Pela relevância do crédito trabalhista, enquanto meio de subsistência do trabalhador proporcionando-lhe a possibilidade de uma vida digna; pela responsabilidade do empregador no que concerne aos riscos do empreendimento; pela impossibilidade de o obreiro exigir garantias do empregador contra o inadimplemento e, ainda, pelo fato de que o locupletamento indevido é altamente repudiado pelo Estado de Direito, entende-se que a insolvência de crédito trabalhista tão somente é fato ensejador da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do Direito do Trabalho, ou seja, a impossibilidade da empresa de adimplir as verbas trabalhistas tem o condão de ampliar a responsabilidade patrimonial para os sócios, com a execução do patrimônio pessoal destes, no que se refere aos créditos exclusivamente de natureza trabalhista.

Não se pode falar, assim, em limitação da responsabilidade dos sócios em relação aos créditos trabalhistas: por estes responderão pessoal e ilimitadamente, mas apenas após a comprovação da insolvência da sociedade.

Não se trata do fim da personalidade jurídica e nem mesmo de transformação da exceção em regra, mas apenas de mais uma hipótese em que seus efeitos são afastados episodicamente pelo juiz, independentemente da forma como foram conduzidos os negócios da sociedade e apenas se se optar por deixar os créditos trabalhistas a descoberto será acionado o mecanismo em estudo.

No que concerne à natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica, esta é de índole constitucional trabalhista, uma vez que somente o indissociável entrelaçamento das normas desses dois ramos do Direito, resumidas no devido processo legal, no princípio da dignidade da pessoa humana e na natureza alimentar do crédito trabalhista, possibilita a apreensão teórica e a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas execuções trabalhistas.

5 APLICAÇÃO DA NOVA VISÃO TEÓRICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Desde logo deve ficar assentado que a desconsideração da personalidade jurídica só faz sentido nos casos em que há norma limitadora da responsabilidade dos sócios, ou seja, não se aplica nas sociedades em que os sócios já respondem pessoal e ilimitadamente pelas obrigações sociais, pois, nesses casos, a personalidade jurídica não se antepõe como obstáculo ao adimplemento das obrigações trabalhistas.

Assentado que a limitação da responsabilidade dos sócios por dívidas sociais não produz efeitos na seara trabalhista, tem-se que qualquer dos sócios pode ser responsabilizado por meio da desconsideração da personalidade jurídica, mesmo que sejam apenas “sócios investidores”, ou seja, sócios que não participam da condução dos negócios ou que não tem participação societária grande o suficiente para interferir nas decisões. Ao sócio minoritário restará sempre demandar contra o administrador, sócio ou não, se obtiver prejuízo em razão de seus atos (NAHAS, 2007).

Isso ocorre porque, embora não tenham participado da decisão de não cumprir a legislação trabalhista, presume-se que a violação dessa legislação deu-se com seu consentimento. O TRT da 2ª Região já admite tal presunção em se tratando de sócio que se retirou da sociedade:

MANDADO DE SEGURANÇA – SÓCIO RETIRANTE – PRESUNÇÃO DE ATO DE GESTÃO. O sócio retirante de sociedade por quotas de responsabilidade limitada responde, embora subsidiariamente, pelas obrigações trabalhistas contemporâneas com sua gestão, mesmo que anteriores à propositura da reclamação trabalhista. A responsabilidade, por seu turno, é objetiva e decorre da presunção de que a violação de direito se deu com a concordância do sócio quotista. Trata-se de presunção jure et de jure, que faz subsistir, para o sócio, a responsabilidade por ato de gestão, mormente se a sociedade não possui mais bens que possam suportar a execução forçada (TRT 2ª Reg. - MS 02404/1997 – SDI - Rel. Juiz João Carlos de Araújo - DJ. 28.7.2000)

Assim, se é aceitável essa presunção para alguém que deixou de participar do cotidiano da sociedade, o que dizer de alguém que a ela ainda está vinculado?

Todavia, de acordo com Comparato (apud NUNES, 2007), a desconsideração da personalidade jurídica é feita em função do poder de controle societário, o que constitui um bom critério quando se está diante de sócios ativos na condução dos negócios e sócios com pequenas parcelas do capital social, ou seja, apenas se os primeiros não tiverem capacidade financeira para suportar a execução deve-se procurar o patrimônio destes últimos, até mesmo por questão de justiça.

O mesmo entendimento é válido para os acionistas das sociedades de capital aberto, pois são beneficiários do produto da atividade empresarial, apesar de não ter qualquer função que importe direção da companhia (FREITAS, 2007). Em outros termos: o fato de não ter função diretiva na sociedade não elide o fato de que participam do produto da atividade, ou seja, não se admite, em relação a eles, que se compartilhem apenas os benefícios advindos da sociedade.

No que tange ao administrador, o juiz, por prudência, deve observar os casos em que agiu seguindo as orientações de um órgão colegial, como o Conselho de Administração previsto para as sociedades anônimas no artigo 142 da Lei nº.6.404/76, quando então deverão ser exclusivamente acionados os membros deste órgão, a menos que tenha havido proveito pessoal por parte daquele (ANDRADE FILHO, 2005), caso em que a responsabilidade poderá recair sobre qualquer deles.

Observa-se que há um limite temporal à responsabilização de ex-sócios por dívidas sociais, previsto no parágrafo único do artigo 1.003 do Código Civil, *in verbis*: “Até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.”

Entretanto, a retirada do sócio só produz efeitos perante terceiros depois de averbada, ou seja, se não for averbada não poderá ser suscitada para afastar sua responsabilidade. Regularmente averbada a saída, depois desse prazo responderão os últimos administradores e não quem saiu da sociedade (NAHAS, 2007).

Quando é o administrador não-sócio que se retira da sociedade, dispõe o art. 206, § 3º, VII, b, do Código Civil que sua responsabilidade possui o limite de três anos, contados a partir da apresentação aos sócios do balanço relativo ao período em que o ato foi praticado, ou da reunião ou assembléia geral na qual o sócio deveria tomar conhecimento desse ato.

Essa limitação temporal pode parecer incompatível com a visão proposta da desconsideração da personalidade jurídica, entretanto, o Direito possui institutos, como a prescrição e a decadência, tendentes a

pacificar as relações jurídicas com a inércia do detentor de determinado direito, ou seja, não se admite que alguém fique eternamente responsável por um direito não exigido por seu titular, pelo que são admitidos os limites temporais a essa responsabilização, nos quais se incluem as regras infraconstitucionais citadas.

Pode ocorrer que o responsável indicado na decisão de desconsideração venha a falecer antes da execução do crédito trabalhista. Seus herdeiros, então, não poderão responder por obrigações que extrapolem os limites da herança, de acordo com os artigos 1792 e 1997 do Código Civil (NAHAS, 2007). Parece justo que assim seja, pois responderão apenas na medida do que se beneficiaram com o exercício da atividade econômica por parte do *de cuius*. Situação semelhante é a do cônjuge meeiro, que só poderá ser responsabilizado na medida daquilo que foi adquirido com o produto da atividade da sociedade, ou seja, se possuía bens particulares antes da constituição desta ou bens adquiridos com sua renda pessoal, estes não poderão ser afetados por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

Cumpra ainda tecer comentários acerca da desconsideração da personalidade jurídica na falência da sociedade, uma vez que a responsabilização dos sócios pressupõe a insolvabilidade desta, não sendo rara a quebra.

A principal questão, aqui, diz respeito à competência, ou seja, a Justiça do Trabalho permanece competente após a declaração da falência da sociedade, podendo, assim, executar a sentença que proferir, ou deverá apenas fornecer o título executivo para que o credor se habilite no juízo falimentar? E mais: pode a Justiça Especializada decidir sobre a desconsideração da personalidade jurídica em havendo a falência da sociedade empregadora?

Segundo Nahas (2007), o art. 6º da Lei nº.11.101/2005 determina a suspensão das ações individuais pelo prazo de 180 dias e, nesse prazo, o pagamento dos credores trabalhistas não pode ocorrer fora do concurso de credores. De fato, não se pode olvidar que o todo o procedimento falimentar prima pelo tratamento paritário dos credores, não havendo distinção ou preferência entre credores de mesma categoria. Sousa (2006 apud NUNES, 2007) alerta para a possibilidade de se concretizar uma injustiça pela ausência do procedimento concursal, com o recebimento do crédito por aquele que primeiro lançou mão da desconsideração da personalidade jurídica enquanto aqueles que procuraram o Judiciário em momento posterior, até mesmo por estarem empenhados na recuperação da empresa, não têm seus créditos satisfeitos, apesar de também serem credores trabalhistas. Entende-se, diante disso, que compete à Justiça do Trabalho a constituição do título executivo trabalhista, sendo exceção ao artigo 114 da Constituição Federal,

que determina a competência desta Justiça Especializada, a execução do crédito trabalhista no juízo universal da falência.

O fato de não poder ser feito o pagamento dos credores fora do juízo falimentar não impede, porém, que sejam efetivadas as medidas de constrição do patrimônio do executado, inclusive com a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade e a conseqüente responsabilização dos sócios, desde que se remeta o produto da execução à Justiça Estadual, para que não seja frustrada a *par conditio creditorum*.

Por fim, passa-se à discussão da desconsideração da personalidade jurídica para determinar o arresto dos bens dos sócios no processo de conhecimento, uma vez que a doutrina é usualmente invocada apenas quando do processo de execução.

Enquanto medida cautelar, o arresto tem por fim proteger a execução contra os males do tempo, assegurando a efetividade de outro processo – dito principal - por meio da apreensão cautelar de bens do demandado, após a configuração do *fumus boni iuris*, ou ‘fumaça do bom direito’, que é a probabilidade de que o autor realmente tenha razão no que pleiteia no processo cuja efetividade se quer assegurar, e do *periculum in mora*, ou ‘perigo na demora’, ou seja, a possibilidade de ocorrer um dano irreparável ou de difícil reparação quando da efetivação do comando judicial principal (CÂMARA, 2006).

O arresto está disciplinado nos artigos 813 a 821 do Código de Processo Civil. No primeiro desses artigos, têm-se as situações em que a medida cautelar é cabível, em rol exemplificativo (CÂMARA, 2006). Nos termos do texto legal:

Art. 813. O arresto tem lugar:

I – quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II – quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;

b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

III – quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livre e desembargados, equivalentes às dívidas;

IV – nos demais casos previstos em lei.

Poderia ser encontrada a primeira dificuldade na utilização da desconsideração da personalidade jurídica para determinar o arresto dos

bens dos sócios no fato de que o texto legal fala em devedor, se considerar-se que, na relação trabalhista, apenas a sociedade empregadora é devedora. Entende-se, entretanto, que, no âmbito da visão proposta, os sócios também são devedores do crédito trabalhista, mesmo antes da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que possuem responsabilidade subsidiária em relação à sociedade.

O artigo 814 trata dos requisitos necessários para a concessão da medida: prova literal da dívida líquida e certa; prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no já citado artigo 813. Poder-se-ia encontrar aqui outra dificuldade para o trabalhador intentar a cautelar, pois o título executivo trabalhista não se constitui automática e sucessivamente ao longo do contrato de trabalho, ou seja, não surge simplesmente pelo inadimplemento das verbas trabalhistas por parte do empregador, sendo necessária a propositura de reclamação trabalhista para sua formação (SANTOS, 2003), o que retiraria toda a utilidade, a necessidade e o interesse em ingressar com a ação cautelar. Todavia, a 'prova literal' não se resume à prova documental, podendo ser utilizado qualquer meio de prova, inclusive a prova oral, muito comum na Justiça do Trabalho, até mesmo porque o processo cautelar é de cognição sumária, fundando-se sua decisão em juízo de probabilidade, e não de certeza, pelo que, repita-se, é necessário que o juiz se convença da probabilidade de que o autor esteja certo e não da existência da obrigação (CÂMARA, 2006).

Por fim, a questão mais controvertida em relação à temática diz respeito à concessão do arresto em medida liminar. Nunes (2007) elenca julgados do STJ para corroborar a tese da inadmissibilidade da ocorrência da desconsideração da personalidade jurídica em sede de liminar, por entender que os pressupostos da medida, como a fraude ou o abuso de direito, devem ser demonstrados sob o crivo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Admitindo-se, entretanto, que a simples inadimplência do crédito trabalhista autoriza a desconsideração da personalidade jurídica cai por terra o argumento levantado, até mesmo porque se admite a concessão de liminar *inaudita altera parte*, ou seja, sem ouvir o réu, o mesmo não podendo ser dito em relação à sentença que será o resultado da ação cautelar. Para que seja proferida a sentença, em submissão aos princípios constitucionais atinentes ao devido processo legal, prevê o Código de Processo Civil a citação do demandado para oferecer resposta no prazo de cinco dias, na qual poderá, inclusive, afastar a medida liminar eventualmente deferida por meio de depósito, pagamento ou oferecimento de caução. Assim, a natureza urgente das medidas cautelares leva a que se admita sua concessão em caráter temporário, sem violação das garantias constitucionais. Ademais, não se trata de decidir sobre a desconsideração

da personalidade jurídica em caráter definitivo, mas apenas de garantir a efetividade da decisão do processo principal (NAHAS, 2007).

O arresto mostra-se compatível, assim, com a visão proposta da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que em ambos a preocupação principal está em conferir efetividade ao processo, pelo que se entende tratar-se de instrumento do qual o trabalhador poderá lançar mão, nos casos em que a demora no processo ou até mesmo o comportamento daquele que poderá ser acionado na execução ameacem o cumprimento do título executivo que lhe possa vir a ser favorável.

6 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, analisado e discutido, observa-se que o direito à personalidade jurídica por parte dos entes coletivos tem caminhado rumo à sua relativização, quando em choque com valores que merecem proteção maior. O direito ao recebimento da contraprestação pactuada por parte do obreiro se encontra dentre esses valores, uma vez que é por meio dessa contraprestação que poderá satisfazer suas necessidades vitais e ter uma vida digna.

Dentro da proteção que o crédito trabalhista merece, a desconsideração da personalidade jurídica se mostra como um instrumento eficaz de garantia, na medida em que permite a execução do patrimônio daqueles que se beneficiaram com o produto do serviço prestado pelo obreiro.

Negar aplicabilidade a essa doutrina nas execuções trabalhistas significa adotar como valor o enriquecimento baseado no trabalho gratuito de outro, o que remete à escravidão e não à atual Carta Magna, a qual consagrou o valor social do trabalho como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Não é possível alegar que a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais limita-se ao montante investido, pois o Direito do Trabalho prima pela proteção do trabalhador, enquanto parte mais fraca na relação de trabalho, pelo que proíbe que o risco da atividade econômica – leia-se, o seu insucesso – lhe seja repassado por meio do inadimplemento dos seus créditos.

Não se pode esquecer, ainda, que o crédito trabalhista, pleiteado pela via judicial para fins de desconsideração da personalidade jurídica, surgiu por total culpa do empregador ao deixar de pagá-lo na época própria, ou seja, se os sócios sentirão o efeito da invasão de seu patrimônio será por sua própria vontade, uma vez que poderiam tê-lo evitado com a simples observância da legislação trabalhista.

Para ser efetivada, a desconsideração da personalidade jurídica

prescinde de previsão legislativa expressa, uma vez que tanto a analogia como a equidade são admitidas como fontes do Direito. O Código de Defesa do Consumidor já prevê o uso da medida ante a impossibilidade de ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor, o que equivale à inadimplência do empregador no tocante aos créditos trabalhistas. Além disso, avilta o sentido comum de justiça a possibilidade de um trabalhador ser privado do resultado de seu esforço enquanto aqueles que se beneficiaram desse esforço gozam de vida pródiga e confortável.

Não há que se falar em violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois instrumentos processuais como as técnicas do litisconsórcio facultativo eventual e do incidente cognitivo na execução se prestam a permitir a entrada dos sócios em qualquer momento do processo em que se pretende responsabilizá-los. Permanece, entretanto, o interesse em que a sociedade empregadora continue na lide, pois somente com o exaurimento de seu patrimônio é que se cogitará executar o patrimônio dos sócios. Há, ainda, outros recursos para a defesa daquele que ingressou no processo apenas na execução, como os embargos de terceiro, a exceção de pré-executividade, o mandado de segurança e a reclamação correicional.

A nova visão proposta significa colocar os sócios como garantidores das obrigações trabalhistas, conferindo-lhes, pois, o ônus de zelar pelo cumprimento da legislação trabalhista, sob pena de terem seu patrimônio vinculado na execução dessas obrigações, isso porque são os principais beneficiários da prestação de serviço por parte do obreiro.

Por fim, é possível desconsiderar a personalidade jurídica no processo de conhecimento para determinar o arresto dos bens dos sócios, visando evitar que a demora no processo principal frustre a efetividade da decisão. É facilmente identificável o perigo da demora quando se trata de crédito trabalhista: pela sua natureza alimentar, dele depende o obreiro para sobreviver, fato que justifica a permissão do manejo da ação cautelar para garantir o seu adimplemento.

A proposta desse trabalho foi instrumentalizar a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica nas execuções trabalhistas com fundamento nos argumentos e preceitos legais apresentados, pelos quais se conclui que no Direito do Trabalho, em relação ao crédito trabalhista, a doutrina tem como melhor definição garantir o pagamento dos créditos trabalhistas pelo sócio da empresa, como contraprestação dos serviços efetuados pelos empregados, quando a empresa não possuir bens para adimpli-los, o que contribui para o aperfeiçoamento do Estado de Direito e para a consolidação da paz social e da segurança nas relações de trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDRADEFILHO, Edmar Oliveira de. **Desconsideração da personalidade jurídica no novo código civil**. São Paulo: MP, 2005.

BASTOS, Eduardo Lessa. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOENO, Marinês. **Responsabilidade do ex-sócio quanto aos débitos trabalhistas**. 2007. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_333_Responsabilidade%5Fex%5Focio%5Fquanto%5Faos%5Fdebitos%5Ftr>. Acesso em: 10 set. 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v.3.

CÉSAR JUNIOR, Reinaldo de Almeida. **Desconsideração da personalidade jurídica e o devido processo legal**. 2003. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/textos/x/36/33/363/>>. Acesso em: 24 abr. 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.2.

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

FREITAS, Elisabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo Código Civil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 8. ed. atual. e ref. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.

HÁFEZ, Andréa. **Sem limites: justiça amplia uso de patrimônio de sócio para pagar dívidas de empresa**. 2005. Disponível em <http://www.bovespa.com.br/Investidor/Jurídico/051101NotA.asp>. Acesso em: 9 ago. 2007.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações**. 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf170/R170-14.pdf>>. Acesso: em 24 abr. 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 23 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NAHAS, Thereza. **Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. **Desconstruindo a desconsideração da personalidade Jurídica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEDREIRA, João Paulo. **O momento processual da desconsideração da personalidade jurídica**. Nov. 2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/textos/x/87/77/877/>>. Acesso: em 24 abr. 2008.

PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 43, n. 73, p. 85-122. 2006.

SANTOS, Hermelino de Oliveira. **Desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JURISPRUDÊNCIA
ACÓRDÃOS

ACÓRDÃO PLENO 2007

PROCESSO TRT - AP Nº00009-2007-000-16-00-8

RELATOR: DESEMBARGADORA MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
REVISOR : DESEMBARGADORA ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
PARTES: GENIVAL ABRÃO FERREIRA E DESPACHO DO JUIZ
TITULAR DA VARA DO TRABALHO DE PINHEIRO-MANOS
AUTOS DO PRECATÓRIO

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. Incorre em julgamento *ultra petita* o Julgador que decide além do pedido inicial. Todavia, em atendimento aos princípios da *celeridade* e da *economia processual*, formadores do processo trabalhista e ainda, ao princípio da *transcendência* (CLT, art.794), não vejo motivo que justifique a nulidade do despacho (por julgamento *ultra petita*), uma vez que a decisão primária não trouxe prejuízos aos causídicos.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Trata-se de Agravo de Petição (fls.129-131) interposto por **GENIVAL ABRÃO FERREIRA** contra o despacho que, considerando o trabalho realizado pelos causídicos (fls. 05 e 94), dividiu a verba de honorários advocatícios que compõe a condenação prevista na r. sentença de fls.21-25. Argumenta, outrossim, que esta Justiça obreira não tem competência para dividir percentual de honorários entre advogados e que o Julgador *a quo*, na tentativa de resolver o impasse, ultrapassou os limites de sua competência.

Pugna, ainda, pela consignação do nome dos dois advogados quando da expedição do Alvará Judicial, sem alusão ao percentual devido a cada um, ou que o *quantum* relativo à verba honorária seja retido até que seja discutido o percentual dos honorários na Justiça Comum.

O agravado, às fls.134-136, apresentou suas contra-razões, pugnano pela manutenção do despacho atacado.

Em atendimento ao despacho da Presidente deste Egrégio (fl.139), os presentes autos foram recebidos como ARG (Princípio da Fungibilidade), indo à PRT por força do disposto no art. 85, I, do Regimento Interno deste Tribunal, em sua nova redação (Resol. Administrativa 132/2006), que se manifestou pelo conhecimento e não provimento do Agravo Regimental, entendendo ser a Justiça do Trabalho competente para conciliar e julgar dissídios acerca de cobrança de honorários advocatícios (fls.145-147).

A Corte Trabalhista, em sessão plenária do dia 24/04/2007, decidiu adiar o julgamento do presente processo pois, em contraposição ao despacho da Presidente, o Tribunal Pleno entendeu tratar-se de Agravo de Petição, razão pela qual foi convertido em diligência para reautuar como AP e distribuir quanto ao Revisor.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

O Agravo de Petição merece conhecimento, tendo em vista que foram observados os pressupostos de admissibilidade exigíveis à espécie, havendo, inclusive, delimitação regular da matéria.

MÉRITO

Insurge-se o agravante contra o despacho de fls.125-127 que, considerando o trabalho realizado pelos causídicos (fls. 05 e 94), rateou a parcela de honorários advocatícios previstos na r. sentença de fls.21-25.

Alega que tal decisão não pode prosperar, pois a Justiça do Trabalho não tem competência para dividir o percentual de honorários entre advogados. Pugna, ainda, pela consignação do nome dos dois advogados quando da expedição do Alvará Judicial, sem alusão ao percentual devido a cada um, ou que o *quantum* relativo à verba honorária seja retido até que seja discutido o percentual dos honorários na Justiça Comum.

Com efeito, o entendimento adotado pela OJ nº 138 era que a Justiça trabalhista não tinha competência para julgar ações que envolvessem a cobrança de honorários advocatícios, em face da natureza civil do contrato estabelecido entre o reclamante e seu patrono.

Contudo, sabe-se que em razão da Reforma do Judiciário (EC nº 45/2002) que ampliou a competência desta Justiça obreira, o c. TST cancelou referida orientação jurisprudencial, restando em aberto a competência da Justiça do Trabalho para dirimir questões envolvendo os

honorários advocatícios, conforme a situação fática e jurídica, como no presente feito.

De outra forma, deixando de lado a questão da competência, observa-se que, o Juiz *a quo*, ao analisar os atos processuais praticados pelos causídicos, não só reconheceu o serviço prestado pelo agravante, como também rateou o percentual dos honorários deferidos, ou seja, foi além do pedido inicial, o que se configura em julgamento *ultra petita* (CPC, art.460). Todavia, ainda que por via oblíqua, vê-se que o Juiz de primeiro grau atingiu o propósito do pedido de fl.124, qual seja: a inclusão do nome do agravante na capa do processo, com conseqüente atualização no sistema de cadastramento deste Egrégio (SAPT) em conjunto com o outro causídico habilitado nos autos, bem como quando da expedição do alvará judicial, haja vista ser referida inclusão uma conseqüência do reconhecimento do serviço profissional de ambos.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores, por unanimidade, conhecer do agravo e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para excluir da decisão agravada o rateio do percentual de honorário advocatício deferido.

São Luís (MA), 11 de julho de 2007.

MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
Relatora

PROCESSO TRT - RO Nº 00037-2006-011-16-00-8

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
REVISOR: DESEMBARGADOR GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO
RECORRENTE: ANTÔNIO JOSÉ ROCHA DE SOUSA
ADVOGADO: HERMETO MULLER
RECORRIDO: FAZENDA PARNAÍBA S.A.
ADVOGADO: JOÃO CARLOS GROSS DE ALMEIDA
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE BALSAS
(LUCIANE RODRIGUES DO REGO MOTEIRO SOBRAL)

EMENTA: CONTRATO DE SAFRA – ACIDENTE DE TRABALHO – ESTABILIDADE. O contrato de safra constitui modalidade de contrato de trabalho por prazo determinado, não fazendo jus o empregado assim contratado à estabilidade acidentária prevista no artigo 118, da Lei nº 8.213/90, sendo-lhe assegurada apenas a garantia de emprego até o termo final pré-ajustado, sem dilação anual. **Recurso ordinário conhecido e não-provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso ordinário, oriundos da Vara do Trabalho de Balsas, em que são partes **ANTÔNIO JOSÉ ROCHA DE SOUSA** (recorrente) e **FAZENDA PARNAÍBA S.A** (recorrida), acordam os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos deste voto.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto por Antônio José Rocha de Sousa contra a sentença de fls.44/45 que, por entender configurada a modalidade de contrato a termo (contrato de safrista), julgou improcedentes os pleitos vindicados com arrimo na estabilidade acidentária. Busca o recorrente o reconhecimento da estabilidade acidentária com a conseqüente anulação da rescisão contratual e deferimento de verbas trabalhistas decorrentes do período estabilitário. Em seu arrazoado

(fls. 48/53), invoca princípios constitucionais e assevera que o artigo 118 da Lei nº 8.213/91, ao prevê o direito à estabilidade acidentária, não o restringe ao contrato de trabalho por prazo indeterminado. Além disso, salienta que a recorrida não provou que mantém atualizados os programas voltados à prevenção de acidentes e outras questões relativas ao meio ambiente do trabalho, previstos pelo Ministério do Trabalho e que o obreiro com jornada de trabalho das 07:00 às 11:00h e das 13:00 às 17/18:00h, pudesse ter prorrogação com segurança até as 22:00h. Por fim, reportando-se à guia do seguro-desemprego (fls.54/55) apresentada com a peça recursal, aduz que a recorrida demonstra o reconhecimento do direito rescisório de contrato de trabalho sem determinação de prazo. O recorrido contra-arrazoou o recurso às fls.58/63, via fax, posteriormente apresentando os originais às fls.65/69, onde pugna pela manutenção da sentença. Desnecessário o encaminhamento dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho por força regimental.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Recurso interposto tempestivamente, por procurador habilitado, havendo sido dispensadas as custas a cargo do reclamante sucumbente.

Contra-razões apresentadas via fax em 22.09.06, com originais protocolados no quinquêdio (27.09.06) estabelecido no artigo 2º, da Lei nº 9.800/99¹, considerando o início do prazo em 18.09.06 (segunda-feira – AR fl.57) e o termo final em 30.09.06.

Preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e das contra-razões.

Entretanto, não conheço do documento juntado pelo recorrente às fls. 54/55 (guia de requerimento do seguro-desemprego-SD), quando da interposição do recurso em apreço, por meio do qual tenciona comprovar a tese de contrato de trabalho por prazo indeterminado. Primeiro, porque não foi provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação e tampouco se trata de fato posterior à sentença, segundo os permissivos da Súmula 8 do c. TST². Segundo, porque versa sobre tese sequer cogitada na exordial, constituindo inovação recursal inviável de ser apreciada nesta fase processual, sob pena de supressão de instância.

¹ Art. 2º A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.

² Súmula 8 do TST. JUNTADA DE DOCUMENTO. A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença.

MÉRITO

O sustentáculo do pleito autoral cinge-se ao reconhecimento do direito à estabilidade acidentária prevista no artigo 118, da Lei nº 8.213/91, do seguinte teor:

“O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.”

Restou inconteste nos autos o acidente de trabalho ocorrido no dia 22.07.04, quando o obreiro que desenvolvia atividade de preneiro (fl. 09), teve seu ombro direito lesionado por uma distensão ocasionada por esforço excessivo ao manejar a prensa, permanecendo afastado do serviço até 11.11.04 (fls. 13 e 42).

Também soa incontroverso que as partes formalizaram “Contrato de Safrista”, onde consta que a duração do pacto “ficará condicionada ao término do beneficiamento de algodão SAFRA 03/04” (vide item 4 - fl.35).

O contrato de safra está definido no artigo 14, parágrafo único, da Lei nº 5.889/73, como sendo aquele que “tenha sua duração dependente de variações estacionais da atividade agrária”. Como é cediço, constitui modalidade de contrato de trabalho por tempo determinado, pois a sua duração está diretamente vinculada à variação estacional da atividade agrária, não podendo ser entendida como se indeterminada fosse.

Denotadas essas duas particularidades, depara-se com uma questão que põe em xeque a pretensão do obreiro, qual seja, a possibilidade de um empregado submetido a contrato a prazo fazer jus à estabilidade. De forma negativa, posicionou-se o juízo *a quo*, adotando o c. TST mesma linha de raciocínio, consoante jurisprudência adiante transcrita:

ACIDENTE DE TRABALHO. ESTABILIDADE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. O contrato de trabalho por prazo determinado não se transforma em contrato por prazo indeterminado pelo fato de o empregado sofrer acidente de trabalho ao tempo de sua vigência. Não há que se falar, pois, em estabilidade acidentária, salvo se assim previamente acordado. Aplicação analógica do artigo 472, parágrafo segundo, da CLT. Recurso conhecido e não provido. (TST RR-298.182/96 3ª Turma DJ de 07.05.1999 Relator Ministro Francisco Fausto).

Efetivamente, o artigo 118 da Lei nº 8.213/91, não faz distinção acerca da modalidade de contrato de trabalho a ser contemplado pela

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 440	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

garantia provisória de emprego, se aqueles com termo final pré-fixado ou sem determinação de prazo.

Contudo, tem-se que a *ratio legis* da figura protetiva consiste em evitar que o empregado acometido por infortúnio ligado ao seu ambiente de trabalho, a exemplo do acidente de trabalho, sofra um gravame maior em decorrência dos possíveis reflexos na sua capacidade produtiva, culminando com a ruptura contratual por vontade meramente arbitrária do empregador. Em outras palavras, o instituto em tela visa à proteção da continuidade do vínculo empregatício, tendo por pressuposto a vigência do contrato por prazo indeterminado.

Como ilação lógica, pode-se deduzir que a garantia de emprego está assegurada não apenas nas hipóteses de contrato de duração indeterminada como também nos contratos por prazo determinado, porém, neste último caso, a garantia em comento perduraria apenas até o termo final pré-ajustado, sem dilação anual.

Pois bem, verifico que o contrato de trabalho do recorrente esteve submetido tanto à causa interruptiva (primeiros 15 dias de afastamento a contar do acidente), como suspensiva (a partir do 16º dia do afastamento até o retorno ao trabalho), e após o reinício das suas atividades laborais, o recorrido realizou a dissolução do contrato de trabalho, em virtude do término do “beneficiamento do algodão SAFRA 03/04” (fl.38).

Nesse diapasão, filiando-me ao entendimento de que a predeterminação do prazo afasta o direito à estabilidade e, considerando que a extinção do contrato foi formalizada depois de cessada a incapacidade laboral do recorrente e por força do advento da condição estipulada pelas partes, ou seja, o encerramento da safra, fato não contraditado pelo autor, nego provimento ao recurso.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento para manter a decisão recorrida.

São Luís (MA), 09 de maio de 2007.

JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
Desembargador Relator

ACÓRDÃO PLENO 2007

PROCESSO TRT - RO Nº00073-2006-001-16-00-4

RELATOR: DESEMBARGADOR ALCEBÍADES TAVARES DANTAS
REVISOR: DESEMBARGADOR AMÉRICO BEDÊ FREIRE
RECORRENTE: JOSÉ FARIA PEREIRA
ADVOGADO: MARCELO GOMES FERREIRA
RECORRIDO: COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB
ADVOGADO: NEY BATISTA LEITE FERNANDES
ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS (ÉRICO RENATO SERRA CORDEIRO)

EMENTA: ANISTIA. CONAB - Lei 8.878/94 - Os efeitos financeiros da anistia concedidos pela Lei 8878/94 somente serão devidos a partir do efetivo retorno da atividade, vedada a remuneração em caráter retroativo.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário de nº 00073.2006.001.16.00.4, oriundos da 1ª Vara do Trabalho de São Luís, em que é recorrente **JOSÉ FARIA PEREIRA** e recorrida a **COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB**.

Trata-se de Recurso Ordinário interposto por José Faria Pereira contra a sentença de 1º grau que julgou improcedente a reclamação trabalhista sob o fundamento de serem indevidos os pedidos de incorporação de 02 (dois) níveis salariais decorrentes da promoção por antiguidade, e, ainda, a improcedência também do pedido de incorporação de 05 (cinco) níveis salariais decorrentes da promoção por merecimento, além de ter negado o pagamento das diferenças salariais referentes as devidas incorporações retroativas à data de janeiro/2001 até a data das efetivas incorporações, inclusive dos acréscimos legais de FGTS, licença-prêmio, 13º Salário, Férias e dos demais consectuários incidentes sobre o salário.

O reclamante recorreu requerendo a reforma da decisão para acrescentar 07 (sete) níveis salariais decorrentes das promoções por antiguidade e merecimento, os quais, segundo alega, já haviam sido adquiridos antes de sua demissão, conforme anotado na CTPS, e que, devido a readmissão, foram excluídos do seu salário.

A recorrida apresentou contra-razões pugnando pela manutenção da sentença de 1º grau.

O Ministério Público do Trabalho reservou-se o direito de manifestação oral na sessão de julgamento, caso entenda necessário.

VOTO

Juízo de Admissibilidade

O Recurso Ordinário preenche os pressupostos de admissibilidade referentes à representação e tempestividade. Quanto ao preparo, verifica-se que as custas foram dispensadas, sendo desnecessário o depósito recursal por ser recorrente o reclamante e não ter havido condenação em pecúnia.

MÉRITO

A contenda gira em torno dos efeitos da readmissão no emprego decorrente da Lei de Anistia nº 8.878/94, insurgindo-se o reclamante contra a não concessão das incorporações ora alegadas, sob o fundamento de que a readmissão possui efeito ex nunc, logo sendo cabível a incorporação dos 7 (sete) níveis salariais devidos a partir da readmissão, ocorrida em 19/01/1999.

O exame dos autos revela que o autor foi readmitido em 19/01/1999, em virtude de anistia decorrente da Lei 8.878/94, reconhecida através de sentença judicial.

A lei 8.878/94, que ampara o direito do recorrente no tocante à readmissão no emprego, embora determine o seu retorno em cargo equivalente ao anteriormente ocupado, dispõe no artigo 6º seguinte:

“A anistia a que se refere esta lei só gerará efeitos financeiros a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo”.

A hipótese é de readmissão no emprego, em virtude de determinação legal, readmissão que, conforme leciona Diógenes Gasparine, em seu Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, 9ª edição, pág. 206, é: *“o retorno do servidor ao serviço público no mesmo cargo que ocupava, sem direito a qualquer ressarcimento ou indenização, pois legítimo o seu desligamento, observados os termos e condições da legislação pertinente”*.

Daí se conclui que a “readmissão” do recorrente não tem o condão de permitir a contagem do tempo em que esteve afastado para fim de

concessão de benefícios decorrentes do Regulamento de Empresa, mormente se considerarmos que este Regulamento foi editado em 1993, portanto, posteriormente a sua demissão. Entendimento contrário implicaria em desrespeito ao princípio da isonomia, posto que colocaria o recorrente em situação mais vantajosa do que aqueles que ali permaneceram laborando e mesmo dos que foram admitidos posteriormente.

Deste modo, considerando o que dispõe a lei, é assegurado ao recorrente tão-somente o retorno no cargo anteriormente ocupado ou, quando for o caso, naquele resultante da sua transformação, o que aliás foi observado, bem assim as repercussões financeiras posteriores a sua readmissão, seguindo o entendimento pacificado pelo Colendo TST, através da Orientação Jurisprudencial Transitória nº 56 da SDI-1:

“ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL TRANSITÓRIA Nº 56 DA SDI-1 -ANISTIA. LEI Nº 8.878/94. EFEITOS FINANCEIROS DEVIDOS A PARTIR DO EFETIVO RETORNO À ATIVIDADE. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 221 da SBDI-1, DJ 20.04.2005). Os efeitos financeiros da anistia concedida pela Lei nº 8.878/94 somente serão devidos a partir do efetivo retorno à atividade, vedada a remuneração em caráter retroativo. (ex-OJ nº 221 da SBDI-1 - inserida em 20.06.01)”

Deste modo, com base na fundamentação supra, tenho como correta a sentença que julgou improcedente o pedido de 5 (cinco) níveis referentes ao período anterior à readmissão do recorrente.

Por outro lado, deve a sentença de 1º grau ser parcialmente reformada, para que seja condenada a recorrida no pagamento de 2 (dois) níveis salariais correspondentes a promoção por antiguidade que faz *jus* o empregado após sua readmissão, visto que, com fundamento no art. 25 do Regulamento de Pessoal da CONAB, é assegurado ao empregado a incorporação de 1 (um) nível salarial a cada 2 (dois) anos, devendo o prazo incidir desde 19/01/1999, data da readmissão do recorrente.

Deste modo, passa o recorrente a ter direito a 1 (um) nível salarial correspondente ao biênio de 19/01/1999 a 19/01/2001 e a 1 (um) nível salarial sobre o biênio de 19/01/2003 a 19/01/2005, visto que não foram devidamente acrescidos ao salário do recorrente, que terá direito também ao pagamento das diferenças decorrentes da incorporação e incidentes sobre a remuneração do recorrente, férias, 13º salário, anuênios e FGTS, tudo acrescido de juros e correção monetária. Importante observar, que a incorporação salarial decorrente do biênio de 19/01/2001 a 19/01/2003 foi regularmente efetuada pela recorrida.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer

do Recurso Ordinário e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento parcial nos termos da fundamentação do voto do Desembargador Relator.

São Luís (MA), 08 de agosto de 2007.

ALCEBÍADES TAVARES DANTAS

Desembargador Relator

RELATOR: DESEMBARGADOR ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
REVISOR: DESEMBARGADOR LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
AGRAVANTE: UNIÃO FEDERAL (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS)
AGRAVADO : BENEDITO TERCEIRO DE ALMEIDA
AGRAVADO : ESTADO DO MARANHÃO
ORIGEM : VARA DO TRABALHO DE SANTA INÊS (JUACEMA AGUIAR COSTA)

EMENTA: CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE TODO O PERÍODO LABORAL RECONHECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO – Conforme inteligência do parágrafo único do art.876 da CLT, com redação dada pela Lei 11.457/07, de 16/03/07, compete à Justiça do Trabalho executar *ex-officio* as contribuições previdenciárias incidentes sobre as parcelas remuneratórias de todo o período contratual reconhecido em acordo ou sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE PETIÇÃO** em que figura como agravante a **UNIÃO (INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL – INSS)** e, como agravados, **BENEDITO TERCEIRO DE ALMEIDA** e **ESTADO DO MARANHÃO**.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Petição interposto pela UNIÃO (Instituto Nacional de Seguro Social – INSS) em face da decisão de fl.27, através do qual o julgador de primeira instância indeferiu o pleito do INSS de fls.23/26 (no qual a Autarquia Federal buscava o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre todo o período laboral), sob o argumento de que falece competência à Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias que não sejam decorrentes de condenação em pecúnia, nos termos da Súmula 368 do TST e que uma vez declarado o contato nulo(art.37, II, da CF/88), não se justifica a cobrança de contribuição previdenciária, pois, o período não poderá ser computado para qualquer efeito previdenciário, inclusive aposentadoria.

Em suas razões recursais (fls. 02/15), defende o agravante que, não obstante o contido na referida Súmula e, ao contrário do respaldado no despacho agravado, a Justiça do Trabalho possui competência para executar, inclusive de ofício, as contribuições previdenciárias relativas ao período de labor reconhecido, fundamentando a sua argumentação nos artigos 114, VIII e 195, § 5º, ambos da Constituição Federal, no art.876, parágrafo único da CLT e nos artigos 43 e 44 da Lei 8.212/91.

Em razão disso, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja declarada a competência desta Justiça Especializada e, conseqüentemente, se proceda à execução de ofício das contribuições previdenciárias relativas a todo o contrato de trabalho reconhecido.

Devidamente notificados, os agravados não apresentaram contraminuta, conforme atesta a certidão de fl.39.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer às fls. 42/43, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do agravo, para que o recolhimento previdenciário passe a incidir sobre os salários pagos durante o contrato reconhecido.

É, em síntese, o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do Agravo de Petição, eis que atendidos os requisitos de admissibilidade.

MÉRITO

Insurge-se a agravante contra a decisão de fl.27, que indeferiu o pleito de fls.23/26, no qual buscava o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre todo o período laboral reconhecido.

Fundamentando a sua decisão, a Juíza de primeiro grau asseverou que a Justiça do Trabalho não detém competência para executar as contribuições solicitadas pela Autarquia Federal, tendo em vista os limites impostos pela Súmula 368, do TST.

Em suas razões recursais, afirma o agravante que, não obstante o contido na referida Súmula e, ao contrário do respaldado no despacho agravado, a Justiça do Trabalho possui competência para executar, inclusive de ofício, as contribuições previdenciárias relativas ao período de labor reconhecido, conforme regra inserta no parágrafo único do art. 876, da CLT, o qual, no seu entender, deve ser interpretado em conformidade

com o art.114, VII, da CF/88.

A discussão dos presentes autos restringe-se à competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias decorrentes do reconhecimento judicial do vínculo empregatício.

Com efeito, há bastante controvérsia acerca do tema.

Através da Emenda Constitucional nº 20/98, o legislador constituinte reservou à Justiça do Trabalho uma competência material exclusiva, *in specie*, para proceder à execução das contribuições previdenciárias fundada em título judicial trabalhista. A nova redação conferida ao art. 114 da Constituição Federal, desta feita pela Emenda Constitucional nº 45/2005, em seu inciso VII, conservou a competência desta Justiça Especializada, anteriormente prevista no § 3º (dado pela EC 20/98), no que tange às contribuições sociais, para efeito de execução. Diz o referido artigo, *in verbis*:

“Art. 114 – Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

VIII – Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.”

Há que se ter em vista também as inovações trazidas pela Lei 10.035/00, que acrescentou o parágrafo único ao art. 876 da CLT, segundo o qual “serão executados *ex officio* os créditos previdenciários devidos em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo.”

Por sua vez, a Súmula 368, em seu item I, dispõe que:

“I – A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição.”

Manifestando-me sobre a matéria em outros processos, segui o entendimento assente na jurisprudência desta Corte, no sentido de que a competência da Justiça do Trabalho cinge-se, exclusivamente, às contribuições incidentes sobre as parcelas condenadas e/ou acordadas, conforme entendimento vazado nos dispositivos mencionados alhures.

Contudo, revendo o posicionamento dantes adotado, entendo assistir razão ao órgão previdenciário.

É que, com a edição da Lei 11.457, de 16/03/07, o parágrafo único do mencionado art. 876 da CLT passou a contar com a seguinte redação:

“Art. 876 (...)

Parágrafo único – Serão executadas ex-officio as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juizes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, **inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.**” (negritei)

Da leitura do referido dispositivo, não há mais que se cogitar da incompetência desta Justiça Especializada para executar as contribuições previdenciárias de todo o período laborado.

De tal sorte, reconhecida a relação de emprego, exsurge a obrigação, tanto do empregado como do empregador, de recolher a contribuição previdenciária que, repise-se, não se restringe ao valor do acordo ou da condenação, mas também sobre os salários pagos durante todo o pacto laboral reconhecido.

Neste sentido, colaciono o seguinte julgado:

“RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO EM JUÍZO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DO PERÍODO CONTRATUAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. PERTINÊNCIA - A decisão judicial (sentença ou acórdão) que reconhece o vínculo empregatício entre as partes é fonte geradora de obrigações do empregador e do empregado para com a Previdência Social, não restrita aos títulos e verbas que expressamente deferir, mas extensiva a todo o período contratual reconhecido. Em face do que dispõe o art.114, § 3º, da Constituição Federal, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº. 20/98, acerca da competência da Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art.195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir, não resta dúvida de que compete a esta Justiça Especializada executar as contribuições devidas durante todo o contrato de trabalho que foi judicialmente reconhecido. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-RR-16166/2002-900-24-00.0, relator Juiz Convocado José Antonio Pancotti, DJ - 11/02/2005).

De sua vez, o Decreto nº 3.048/1999, que aprovou o regulamento da Previdência Social, em seu art.276, § 7º, não deixa nenhuma dúvida quanto a essa questão, assim determinando expressamente:

“Art. 276 (...)

§ 7º - Se da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante, para todo o período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenham sido reclamadas na ação, tomando-se por base de incidência, na ordem, o valor da remuneração paga, quando conhecida, da remuneração paga a outro empregado de categoria ou função equivalente ou semelhante, do salário normativo da categoria ou do salário mínimo mensal, permitida a compensação das contribuições patronais eventualmente recolhidas.” (negritei)

Assim, reconheço a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias relativas a todo o período laboral.

Note-se, ainda, que, conforme entendimento pacificado pelo STF, as contribuições sociais têm natureza tributária. De tal forma, no momento da ocorrência do fato gerador, nasce a obrigação de recolher o tributo.

No caso em tela, o fato gerador das contribuições previdenciárias deu-se com o pagamento ou creditamento de salários ao reclamante.

Portanto, em razão do imperativo da lei, é devida a execução dos encargos previdenciários de todo o período contratual, nos termos do art.876, parágrafo único do Texto Consolidado.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do agravo e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para, reconhecendo a competência da Justiça do Trabalho, determinar a execução das contribuições previdenciárias de todo o período laborado.

São Luís (MA), 11 de dezembro de 2007.

ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
Desembargadora Relatora

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO

RELATOR: DESEMBARGADOR ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
REVISOR: DESEMBARGADOR LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE BARREIRINHAS
ADVOGADO: SANDRA MARIA GONÇALVES ROCHA
AGRAVADO: VALDINA BARROSO DA SILVA
ADVOGADO: HERBERTH FREITAS RODRIGUES
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE BARREIRINHAS
(MANOEL LOPES VELOSO SOBRINHO)

EMENTA: CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE DA SENTENÇA. INVIABILIDADE. Na Justiça do Trabalho, a teor do art. 794, da CLT, somente é acolhida a nulidade da sentença, quando demonstrado prejuízo processual às partes, o que não houve no caso em tela, pois, o reclamado exercitou seu direito de defesa. **JUROS DE MORA. FAZENDA PÚBLICA. LEI nº 9494/97.** Os juros de mora em virtude de condenação em face da Fazenda Pública, é de 0, 5% ao mês, a teor do art. 4º, da Lei nº 9494/97, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2180-35/01.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **AGRAVO DE PETIÇÃO** em que é agravante **MUNICÍPIO DE BARREIRINHAS** e, agravada, **VALDINA BARROSO SILVA**.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Agravo de Petição, interposto por **MUNICÍPIO DE BARREIRINHAS**, em face da decisão de fls.98/99, que julgou improcedentes os embargos à execução.

Irresignado, levanta o Município agravante às fls.105/110, a nulidade do processo, ao argumento de que o mandado de citação, não foi acompanhado dos documentos estabelecidos no art. 880, §1º, da CLT (cópia da decisão do MM. Magistrado que julgou procedentes os cálculos e cópia dos cálculos).

No mérito, diz que na elaboração dos cálculos foi aplicado os juros

de 2% a.m., quando deveria ser utilizado o índice aplicado na Justiça do Trabalho, isto é de 1% ao mês.

Além da aplicação errada dos juros, diz o agravante que não é correto a aplicação de honorários advocatícios de 15%, pois, não estão preenchidos os requisitos dos Enunciados nºs 219 e 329, do C. TST.

Pede, ao final, que seja conhecido e provido seu apelo.

Não houve contraminuta por parte da reclamante/agravada.

Em parecer às fls.116/122, a douta PRT opina pelo conhecimento, pelo não acolhimento da nulidade do processo por cerceamento de defesa e, no mérito, pelo provimento parcial do agravo, para restringir o juros de mora a 0,5% ao mês.

É, em síntese, o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Preliminar de nulidade do processo – cerceamento de defesa.

Suscita o Município agravante, a nulidade do processo, ao argumento de que o mandado de citação não foi acompanhado dos documentos estabelecidos no art.880, §1º, da CLT (cópia da decisão do MM. Magistrado que julgou procedentes os cálculos e cópia dos cálculos).

Em que pesem os argumentos do recorrente, razão não lhe assiste.

É matéria incontroversa que na Justiça do Trabalho, somente é declarada a nulidade do processo, quando presente qualquer prejuízo às partes. Nesse sentido, dispõe o art.794, da CLT que: *“Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes”*.

No caso em tela, não observa qualquer prejuízo ao agravante, posto que, conquanto não tenham acompanhado o mandado de citação, os documentos referidos pelo recorrente, não o impediu de exercer seu direito de defesa a contento, apresentando, inclusive, embargos à execução e agravo de petição.

Nunca é demais ressaltar que na Justiça do Trabalho vigem os princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, em virtude de que as verbas reclamadas têm natureza alimentar.

Pelo exposto, rejeito a preliminar de nulidade.

MÉRITO

No mérito, diz o agravante que na elaboração dos cálculos, foi aplicado os juros de 2% a.m., quando deveria ser utilizado o índice aplicado na Justiça do Trabalho, ou seja, de 1% ao mês.

Diz, ainda, o agravante que não está correto a condenação de honorários advocatícios de 15%, pois, não estão preenchidos os requisitos dos Enunciados n°s 219 e 329, do C. TST.

Entendo assitir razão, em parte, ao recorrente.

Quanto aos juros de mora na Justiça do Trabalho, aplica-se a Lei n° 9494, de 10/09/1997, que em seu art.4° prescreve que:

“Art.4º - A Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35 de 24/09/2001, nos seguintes termos:

Art. 1º-A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais.” (NR)

Art.1º-B. O prazo a que se refere o **caput** dos arts.730, do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de trinta dias. (NR)

Art.1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. (NR)

Art.1º-D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas. (NR)

Art.1º-E. São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor. (NR)

Art.1º-F. Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.” (o negrito não consta do original).

Portanto, deve-se reformar a decisão quanto ao percentual de juros de mora, restringindo-o a 0,5% ao mês.

Quanto ao outro ponto enfocado no agravo de petição de que o valor da indenização foi de R\$ 125,00 e não de R\$ 500,00, conforme entendeu os cálculos de fl.70, entendo assitir razão ao recorrente, posto que a sentença de fls. 23/25 condenou em indenização o valor de R\$ 125,00.

Por isso, deve ser restringido o valor da condenação, em relação à parcela indenização, em R\$ 125,00.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, nenhuma razão assiste

ao recorrente, posto que, a época própria do reclamado se insurgir contra a verba honorária era o recurso ordinário e não o agravo de petição, que somente alberga matéria do processo de execução.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do agravo, rejeitar a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, para que aos juros de mora sejam aplicados no percentual de 0,5% ao mês e que o valor da parcela de indenização seja restringido a R\$125,00, conforme condenado na sentença.

São Luís (MA), 22 de maio de 2007.

ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
Desembargadora Relatora

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO

RELATOR: DESEMBARGADOR ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
IMPETRANTE: ANTÔNIO FERNANDO SILVA E CRUZ
ADVOGADO: BRUNO FURTADO DE SOUSA
AUT. COATORA: JUIZ TITULAR DA 2ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
LITISCONSORTE: FRANCISCO RAIMUNDO CUNHA LIMA
ORIGEM: TRT DA 16ª REGIÃO

EMENTA: PENHORA DA CONTA SALÁRIO. PERCENTUAL DE 10%. POSSIBILIDADE.

Excepcionalmente, entendemos que é lícito o bloqueio da conta salário, no percentual de 10%, para adimplir créditos trabalhistas, por terem natureza alimentar e para evitar a eternização da demanda que tanto desprestigia a imagem do Poder Judiciário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **MANDADO DE SEGURANÇA** em que é impetrante **ANTÔNIO FERNANDO SILVA E CRUZ**, figurando como autoridade coatora o **EXMº. SR. JUIZ TITULAR DA 2ª VARA DE SÃO LUÍS /MA** e, como litisconsorte, **FRANCISCO RAIMUNDO CUNHA LIMA**.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por **ANTÔNIO FERNANDO SILVA E CRUZ**, contra ato do Excelentíssimo Juiz da 2ª Vara do Trabalho de São Luís/MA, que determinou o bloqueio *on-line* na conta salário do impetrante nos autos da RT Nº 483-1996-002-16-00-5, no percentual de de 30%.

Assevera o impetrante que, caso seja mantido o bloqueio de 30% em sua conta salário, não terá condições de dar alimentação e educação digna a sua família, em especial aos seus filhos menores.

Diz, ainda, que o art. 649, inciso IV, do CPC, veda, expressamente, o bloqueio em conta destinada a recebimento de salário.

Pede a reforma da decisão com base no art.7º, IV, da Constituição Federal.

Decisão de concessão parcial da liminar às fls.24/25, determinando

que o valor do bloqueio se restrinja a 30% .

Às fls.31/35, agravo regimental apresentado pelo impetrante.

Às fl.40/42, a autoridade presta informações, revelando a retificação da decisão ora atacada.

Às fls.52/56, parecer do Ministério Público do Trabalho, opinando pelo improvimento do agravo apresentado.

Às fls.62/64, acórdão negando provimento ao agravo regimental.

O litisconsorte não apresentou manifestação.

A douta PRT, em parecer de fls.70/73, pugna pela concessão parcial da segurança, nos termos da fundamentação de seu parecer.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

CABIMENTO

O presente mandado preenche os requisitos de admissibilidade.

Pelo cabimento.

MÉRITO

Assevera o impetrante que, caso seja mantido o bloqueio de 30% em sua conta salário, não terá condições de dar alimentação e educação digna a sua família, em especial seu filhos menores. Pede a reforma da aludida decisão com base no art.7º, IV, da Constituição Federal.

Diz, ainda, que o art.649, inciso IV, do CPC, proíbe, expressamente, o bloqueio em conta destinada a recebimento de salário.

A controvérsia gira em torno da possibilidade ou não de bloqueio na conta salário do impetrante.

Analiso o presente mandado de segurança utilizando os mesmos fundamentos do agravo regimental que relatei anteriormente.

Dispõe o art.649, do CPC, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho que:

“Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia.”

A presente norma, a toda evidência, proíbe o desconto em salários, salvo pensão alimentícia, em virtude de os mesmos possuírem natureza salarial.

Por outro lado, os créditos de natureza trabalhistas, também, possuem natureza alimentar.

Aqui, estamos diante de dois créditos de natureza alimentar. Para a solução da presente questão, buscaremos subsídios nos princípios e normas que informam o Direito do Trabalho.

Primeiramente, é oportuno registrar que no Direito do Trabalho, o risco da atividade econômica não pode ser transferido para o empregado.

A reclamação trabalhista nº 483/1996 que ensejou o presente mandado de segurança, na qual o reclamante busca seus créditos trabalhistas, já dura mais de **10 anos**, e que se não forem descontados dos salários do impetrante os valores referentes aos aludidos créditos, corre-se o risco da eternização da demanda, maculando a imagem do Poder Judiciário, com adendo de transferência do risco do empreendimento ao empregado, invertendo-se a lógica trabalhista.

Não se pode perder de vista que no Processo do Trabalho vige, dentre outros, o princípio da celeridade processual, o que não estaria sendo observado, caso fosse impedido o desconto nos salários do impetrante, para o adimplemento de verbas de natureza alimentar.

Os créditos trabalhistas são postulados, em regra, quando o(a) reclamante está desempregado(a), com intuito de fazer frente às despesas alimentares de sua família, estando ligados à dignidade da pessoa humana.

Se ainda não bastasse, deve-se ressaltar que o desconto de salários não tem natureza absoluta, pois, o próprio empregado pode autorizar o desconto de seus salários, no percentual de no máximo de 30%.

Por outro lado, deve-se observar o princípio da razoabilidade, no sentido que não se deve efetuar um desconto no salário do impetrante, de modo que ele fique privado de seu sustento, pois, como dissemos alhures tal verba, também, tem natureza alimentar.

Ressalte-se, por oportuno, o princípio da proporcionalidade, ou seja, quando dois interesses estão em conflito, buscar a norma que der maior efetividade ao texto constitucional que, no caso, é o bloqueio de salários do reclamante para a adimplemento de verba de natureza alimentar.

Com base nessa autorização legal, aliados a outros fatores, entendemos que, excepcionalmente, é lícito o bloqueio nos salários do impetrante, no percentual de 10%, sem que haja malferimento do direito processual.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do

mandado e, por maioria, dar-lhe provimento parcial, para que a penhora nos salários do reclamante se restrinja a 10%, reformando parcialmente a liminar.

Custas pela impetrante no valor de R\$ 20,00 (vinte reais), calculadas sobre o valor de R\$ 1.000,00, ora arbitrado para esse fim.

São Luís (MA), 04 de julho de 2007.

ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
Desembargadora Relatora

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO

PROCESSO TRT - ROS Nº 00299-2003-004-16-00-1

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
REVISORA: DESEMBARGADORA MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
RECORRENTE: ENÉAS DE JESUS CASTRO PINTO
ADVOGADO: ADRIANA MARTINS DANTAS
RECORRENTES: FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS
ADVOGADO: FABRYENN FABRYNN COIMBRA SERRA DE CASTRO
RECORRIDOS: OS MESMOS RECORRENTES
ORIGEM: 4ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
(BRUNO DE CARVALHO MOTEJUNAS)

EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO – ÔNUS DA PROVA. É do empregado o ônus de demonstrar a existência dos requisitos que ensejam a responsabilização do empregador por danos materiais, morais e pela estabilidade provisória decorrentes de acidente de trabalho, mormente o nexo de causalidade entre a ocorrência do evento danoso relacionado com o exercício profissional e a lesão sofrida pelo obreiro, por se tratar de fato constitutivo do seu direito, a teor dos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Não provado nos autos o liame entre o acidente e a lesão sofrida é de ser julgada improcedente a reclamação trabalhista. **Recurso ordinário da reclamada conhecido e provido. Recurso ordinário do reclamante prejudicado.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recursos ordinários, oriundos da 4ª Vara do Trabalho de São Luís-MA, em que figuram como recorrentes e reciprocamente recorridos **ENÉAS DE JESUS CASTRO PINTO** e **FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS**, acordam os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos, rejeitar as preliminares de nulidade do julgado por ausência de fundamentação e por cerceamento de defesa e, no mérito, dar provimento ao recurso da reclamada, ficando prejudicado o recurso do reclamante, nos termos deste voto.

RELATÓRIO

Cuida-se de recursos ordinários interpostos, respectivamente, pelo reclamante, ENÉAS DE JESUS CASTRO PINTO, e pela reclamada, FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS, em face da decisão (fls.591/603) proferida pela 4ª Vara do Trabalho de São Luís/MA, que, julgando parcialmente procedente a reclamação trabalhista, condenou a reclamada a pagar ao reclamante indenizações por danos materiais (R\$ 7.192,70), morais (R\$1.500,00), bem como pela não concessão da estabilidade provisória (R\$ 14.067,96), todas decorrentes de acidente de trabalho; 13º salário; férias acrescidas de 1/3; FGTS mais a multa de 40% de todo o período estabilitário e honorários advocatícios na base de 15%.

Inconformado, o reclamante insurgiu-se contra o julgado, especificamente quanto ao valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) atribuído ao dano moral, por entender que o referido valor é irrisório e desproporcional à extensão do dano por ele sofrido, quando teve comprometida de forma “severa, extensa e irreversível” a visão do seu olho direito em razão do acidente automobilístico ocorrido quando se encontrava a serviço da reclamada (fls.613/627).

Irresignada, a reclamada atravessou, do mesmo modo, recurso ordinário (fls. 641/654), arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença que julgou os embargos de declaração por ela aviados, por reputá-la carente de fundamentação, bem como a nulidade do processo por cerceamento de defesa em razão de ter sido indeferido o seu pedido de oitiva de testemunha por carta precatória. No mérito, sustenta, em suma, que o reclamante não era detentor de estabilidade provisória, pois não preenchia os requisitos dispostos na Lei 8.213/91, assim como não restou demonstrado o nexo causal entre o acidente automobilístico e o trauma sofrido pelo reclamante que progrediu para a perda quase total da visão do olho direito, o que demonstra a insubsistência da condenação na indenização por danos materiais e morais decorrentes do suposto acidente de trabalho.

O reclamante não apresentou contra-razões ao recurso da reclamada. Em suas razões de contrariedade (fls. 667/675), a reclamada/recorrida requereu o improvimento do recurso ordinário do reclamante.

Dispensado o envio dos presentes autos à d. PRT por força regimental.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Atendidos seus pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos ordinários aviados.

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 460	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

RECURSO DA RECLAMADA

Preliminar de nulidade do julgado por ausência de fundamentação

Argúi a reclamada a preliminar em apreço, pautada no argumento de que a sentença de fls. 637/638, que julgou os Embargos de Declaração por ela aviados, padece de nulidade absoluta, por inexistir fundamentação no tocante à arguição de omissão quanto à inexistência do pedido de reintegração do obreiro. Entretanto, não lhe assiste razão.

Com efeito, ao rejeitar os embargos declaratórios o juiz *a quo*, ainda que de forma concisa, fundamentou o julgado, ao consignar ali que o objeto da omissão apontada no apelo, que se restringia apenas ao ponto ora questionado, esclareça-se, foi devidamente apreciado na sentença que deferiu a indenização pela não concessão da estabilidade provisória, o que, por ilação lógica, demonstra que o magistrado não acolheu a tese de defesa da reclamada.

Outrossim, não se pode confundir ausência de fundamentação com fundamentação concisa, e muito menos com a justiça desta fundamentação.

Destarte, rejeito a prefacial.

Preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa

Suscita também a recorrente a nulidade do processo por entender que o indeferimento do seu pedido de expedição de carta precatória para oitiva de uma testemunha ofendeu o seu direito de defesa.

Não lhe assiste razão.

Tal procedimento, além de se constituir em etapa já superada no processo, se mostrava inútil, já que a referida testemunha, Sr. Luis Joivan Nunes Dahmer, já havia sido ouvido nestes autos quando da audiência de instrução e julgamento de fl. 522.

Rejeito.

MÉRITO

Convém repisar que a recorrente/reclamada sustenta que a decisão de 1º grau ao deferir a indenização pela estabilidade provisória decorrente de acidente de trabalho foi exarada em desacordo com a legislação que rege a matéria, porquanto o reclamante não preenchia os requisitos dispostos na Lei 8.213/90, na medida em que jamais esteve afastado

do trabalho por período superior a 15 (quinze) dias e tampouco recebeu auxílio-doença acidentário.

Sustenta, mais, que não restou provado também durante a instrução processual o nexo de causalidade entre o acidente automobilístico e a lesão sofrida pelo reclamante que lhe causou a perda gradativa da visão do olho direito, já que após o acidente o reclamante nada manifestou à reclamada sobre eventual problema ocular, nem mesmo por ocasião do exame demissional, permanecendo prestando serviços normalmente até o final do contrato, assim como as suas testemunhas nada souberam afirmar de forma categórica acerca do evento, bem como o laudo pericial mostra-se incompleto e indefinido quanto à origem da lesão retiniana.

Observe-se que não há controvérsia acerca da existência do acidente automobilístico durante o vínculo empregatício, pairando a divergência unicamente em relação ao liame existente entre o referido acidente e o deslocamento retiniano que veio a progredir na perda de noventa por cento da acuidade visual do reclamante, vale dizer, em relação ao nexo causal, um dos requisitos essenciais para o reconhecimento da responsabilidade civil.

É cediço que a teoria da responsabilidade civil tem como escopo a paz social. Partindo da premissa de que a ninguém é dado causar danos aos direitos alheios, busca-se a reparação daquele que sofreu uma lesão injusta por parte de outrem, devendo o causador do dano compensar integralmente o mal provocado, na mais conhecida acepção do termo *restitutio in integrum* (art.944 do CBB), por meio da qual a doutrina evoluiu no sentido de considerar não só devida a indenização pelos danos patrimoniais, como também pelas lesões acarretadas à esfera extra-patrimonial ou imaterial da vítima, a exemplo dos direitos da personalidade.

Nas relações de trabalho, a matéria possui assento constitucional (art.7º, XXVIII), cujos termos denotam que a responsabilidade civil do empregador, a rigor, é subjetiva, ou seja, para a configuração do dever de indenizar mister se faz a comprovação dos elementos dolo ou culpa, além dos requisitos do dano e do nexo causal. Tal comprovação, a priori, é ônus do empregado, por tratar-se de fato constitutivo de seu direito, a teor do disposto nos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Nesse sentido, assevera **Sebastião Geraldo de Oliveira**, in “Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional”, São Paulo, Ltr, 2ª Ed.p. 90:

“Na responsabilidade subjetiva só caberá a indenização se estiver presentes o dano (acidente ou doença), o nexo de causalidade do evento com o trabalho e a culpa do empregador. Esses pressupostos estão indicados no art. 186 do Código Civil e a indenização correspondente no art. 927 do mesmo diploma legal, com apoio maior no art.7º, XXVIII,

da Constituição da República. Se não restar comprovada a presença simultânea dos pressupostos mencionados, não vinga a pretensão indenizatória, valendo registrar que, nesse caso, **o ônus da prova é atribuído ao autor.**" (negritei).

Pois bem, o reclamante alegou na exordial que no dia 15 de maio de 2002, quando se deslocava em um carro locado pela empresa, por ele mesmo conduzido, da cidade de São Luís com destino às cidades de Balsas, Imperatriz, Santa Inês, Grajaú, Barra do Corda, Vitorino Freire, etc., para trabalhar no exame de legislação de trânsito (fiscalização de provas) decorrente de convênio firmado entre a sua empregadora e o DETRAN-MA, sofreu um acidente automobilístico na Rodovia MA-006, aproximadamente a 17 km da cidade de Fortaleza dos Nogueiras/MA, vindo a apresentar em virtude do acidente trauma ocular com baixa visual acentuada no olho direito - vultos secundários e deslocamento de retina nos quadrantes temporal superior, inferior, nasal inferior e apresentando múltiplas roturas retinianas periféricas que progrediu para a perda quase total de sua visão do olho direito. Para demonstrar o nexo de causalidade entre o referido acidente e a lesão sofrida, ponto específico da divergência, o reclamante trouxe aos autos a certidão de ocorrência do sinistro de fl.53, o atestado médico de fl.54, cópia do laudo médico de fl. 55 e cópia do extrato de fechamento de conta de hospital (fl.56).

Ocorre que os aludidos documentos, a meu ver, não têm o condão de demonstrarem com segurança que efetivamente a perda parcial da visão do olho direito do reclamante decorreu do aludido acidente automobilístico, senão vejamos.

O acidente ocorreu no dia 15 de maio de 2002, conforme consta da certidão de ocorrência de fl.53, porém o reclamante somente procurou um médico oftalmologista para consulta em 27/05/2002 (atestado de fl.54), onze dias após o sinistro e, coincidentemente, no mesmo dia em que fora efetivada a sua demissão da reclamada (termo de rescisão de fl. 82). Da mesma forma, não se mostra razoável o fato de o reclamante ter sofrido um acidente automobilístico que lhe tenha provocado dano em um dos olhos, e mesmo assim tenha prosseguido na viagem, dirigindo, ele próprio, outro veículo encaminhado pela locadora em substituição ao que fora acidentado, bem como tenha cumprido todo o agendamento já programado de visitação às cidades para aplicação do exame de trânsito, não relatando à empregadora qualquer alteração em seu estado de saúde, nem mesmo por ocasião do exame demissional.

De fato, o reclamante foi demitido em 27/05/2002, onze dias após o acidente automobilístico, ocasião em que foi submetido ao referido exame demissional, tendo sido considerado, naquela oportunidade, apto para exercer a função de Examinador de Trânsito, conforme se constata do

Atestado de Saúde Ocupacional de fl.92.

Da mesma feita, o laudo médico de fl.55 juntado pelo reclamante, não obstante indique a extensão e a gravidade do problema ocular, também não se mostra seguro para demonstrar onexo causal, na medida em que foi feito há aproximadamente um mês após o sinistro (14/06/2002), bem como não é claro acerca da origem da lesão que resultou no descolamento retiniano, na medida em que o médico restringiu-se a relatar a história contada pelo paciente como causa da lesão, demonstrando a preocupação médica preeminente com a resolução do problema ocular (tratamento) e não propriamente com a sua origem, vejamos:

“O paciente Eneas de Jesus Castro Pinto,

Com história de trauma ocular após acidente automobilístico em 15/05/2002, atualmente apresenta baixa visual acentuada no olho direito (vultos) secundário a deslocamento de retina nos quadrantes temporal superior, inferior, nasal inferior e apresentando multiplas roturas retinianas periféricas...” (negritei).

Os demais documentos juntados aos autos pelo reclamante, como os demonstrativos de fechamento de contas hospitalares, fls.56/58, laudo médico de fl.502 e demais contas hospitalares de fls.503/504 são decorrências do agravamento do quadro clínico do reclamante, e não têm repercussão direta no nexo causal da lesão inicial.

No tocante à prova testemunhal, melhor sorte não resta ao reclamante, já que a sua primeira testemunha, Sra. Lucilene de Oliveira Furtado, além de relatar em seu depoimento de fls.520/521 acerca de um encontro ocasional que teve com o reclamante após o acidente, na igreja de São José de Ribamar, ocasião em que o viu *“com o olho esquerdo vendado e comentou com a depoente que tinha feito um (sic) cirurgia e ficara com seqüela em função do acidente que sofrera”*, ao falar sobre o acidente propriamente dito, afirmou a depoente que *“esteve no local do acidente, tendo visto o reclamante com os olhos muito machucado, **sobretudo o esquerdo**”*. Note-se que toda a celeuma gira em torno do nexo de causalidade do acidente com o descolamento da retina do olho direito do reclamante. Mais adiante, a mesma testemunha é um tanto contraditória ao afirmar que após o acidente foi *“dado outro carro pela locadora e o mesmo seguiu viagem, dirigindo, porém, no meio do caminho não teve mais condições de levar o carro; que a depoente não acompanhou o reclamante”*, para depois esclarecer que a proprietária da locadora *“determinou que a mesma providenciado (sic) o retorno do carro (do segundo carro deixado pela depoente para o reclamante); que a proprietária da locadora determinou o retorno do carro porque a depoente não estava autorizada a entregá-lo ao autor; que o reclamante*

foi localizado por empregados da locadora, tendo devolvido o carro pe (sic) estes e seguido viagem de ônibus”.

Da mesma forma, a segunda testemunha do reclamante, Sr. Ivaldo Cantanhede, nada trouxe de relevante para comprovar o nexo causal entre o acidente e o descolamento retiniano, restringindo-se a declarar, às fls.521/522, *“que mora no mesmo bairro do reclamante, Cohatrac, conhecendo-o de lá; que soube que o reclamante havia sofrido um acidente, mas não sabe precisar quando teve esta notícia; que não chegou a ver o reclamante machucado ou doente em função do acidente”* (negritei).

De outro lado, a única testemunha da reclamada, Sr. Luís Joivan Nunes Dahmer, informou em seu depoimento (fl.522) *“que o acidente com o reclamante ocorrera em maio/02; que no dia do acidente, o reclamante telefonou para a reclamada, tendo falado com o depoente e dito que estava tudo bem e que não precisava de assistência médica; que o reclamante prossegi (sic) viagem para Balsas/MA, onde foi aplicar exames de legislação e retornara no dia seguinte, salvo engano; que o depoente e a Sra. Joice, secretária da reclamada, insistiram com o reclamante para que o mesmo procurasse um médico... que no momento da rescisão, o reclamante não fez nenhum comentário sobre a sua visão está perfeita ou não quanto o problema na visão alegado pelo reclamante, o depoente só tomou conhecimento posteriormente, com a entrega de um atestado médico pelo reclamante ao mesmo, o que se deu aproximadamente dez dias após a despedida do autor .”*(negritei). Tal depoimento apenas confirma o que já indicava o exame demissional, que o reclamante no momento da rescisão não se manifestou acerca de eventual problema na sua visão do olho direito, vindo apenas dar ciência à empresa do problema de sua visão após a sua dispensa.

Por fim, o laudo pericial, realizado quase dois anos após o acidente (05/04/2004), e depois de duas cirurgias inexitosas, também não é conclusivo acerca da origem do descolamento da retina ao apenas fazer constar à fl.539, *verbis*:

“Examinamos o paciente Enéas de Jesus Castro Pinto, com história progressiva de descolamento de retina no olho direito em junho de 2002, tendo sido operado em 17/06/2002 e naquela época com descolamento retiniano (CID H 33 0) total com 6 roturas periféricas e com relato de trauma ocular recente (acidente automobilístico), **daí então atribuímos a etiologia ao fato relacionado, pois o olho contralateral não foi afetado.** Devido a gravidade do quadro e evolução pós operatória insatisfatória o paciente foi reoperado em 25/02/2003 de catarata traumática secundária (CID H 26 1) (sequela tardia do quadro) e atualmente apresenta neste olho, acuidade visual 20/300 (+- 10% dez por cento do normal),

portanto incapaz para atividades laborativas com este olho.
OBS*** As seqüelas causadas pelo descolamento de retina traumático são severas, extensas e irreversíveis devido ao grande desarranjo das estruturas intraoculares.” (negritei)

Ora, não se pode chegar à conclusão definitiva de que o descolamento da retina foi decorrente do acidente automobilístico apenas em razão do olho contralateral não ter sido afetado, sobretudo quando se reconhece que nas bibliografias médicas há referência no sentido de que o descolamento retiniano não possui uma única causa, podendo estar associado a outras patologias da visão, devendo haver, no meu entender, uma exclusão da possibilidade desses outros agentes, para se aferir que o acidente foi a causa determinante do descolamento, razão por que discordo do laudo pericial.

Com efeito, o sistema das provas contemporâneo é jungido pelo princípio da convicção motivada, segundo o qual o Juiz, ao prolatar a sentença, tem plena liberdade para decidir de acordo com o conjunto probatório produzido nos autos, atribuindo às provas carreadas ao processo o valor que entenda plausível. A redação do art. 436 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, é corolário dessa premissa, senão vejamos:

“Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.”

Destarte, diante da motivação já mencionada, tenho que o reclamante não se desincumbiu de demonstrar o nexo de causalidade entre o acidente automobilístico por ele sofrido durante o serviço e o descolamento de retina de seu olho direito, razão por que reformo a sentença para julgar improcedente a sua reclamação trabalhista.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso da reclamada para julgar improcedente a reclamação trabalhista, invertendo o ônus da sucumbência, porém, dispensando as custas em face da presunção de hipossuficiência do reclamante.

RECURSO DO RECLAMANTE

MÉRITO

A irresignação do reclamante dirige-se exclusivamente quanto ao valor atribuído ao dano moral, que entende desproporcional à extensão do dano sofrido. Entretanto, referida condenação foi excluída quando da análise do recurso do reclamado, pelas razões já consignadas linhas

anteriores, motivo por que resta prejudicada a análise do presente recurso.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos, rejeitar as preliminares de nulidade do julgado por ausência de fundamentação e por cerceamento de defesa e, no mérito, dar provimento ao recurso da reclamada para julgar improcedente a reclamação trabalhista, ficando prejudicado o recurso do reclamante.

São Luís (MA), 06 de novembro de 2007.

JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
Desembargador Relator

ACÓRDÃO PLENO/2007

PROCESSO TRT – RO Nº00301-2005-001-16-00-5

RELATOR: DESEMBARGADOR AMÉRICO BEDÊ FREIRE
REVISOR: DESEMBARGADOR GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO
RECORRENTE: LUÍS AUGUSTO ARAÚJO
ADVOGADO: JOSÉ VICTOR SPÍNDOLA FURTADO
RECORRIDO: COMPANHIA ENERGÉTICA DO MARANHÃO S.A. - CEMAR
ADVOGADO: ANA LETICIA SILVA FREITAS
ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS (FRANCISCO JOSÉ CAMPELO GALVÃO)

EMENTA: HORAS EXTRAS. EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA. INCIDÊNCIA DO ART. 62, II, DA CLT. DANO MORAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INDEFERIMENTO. Exercendo o autor função de direção na empresa e auferindo rendimentos consideravelmente superiores aos percebidos pelos demais funcionários, tem-se como aplicável à hipótese o art. 62, inc. II, do Texto Consolidado, não fazendo o autor, portanto, jus às horas extras pleiteadas na peça vestibular. Não restando demonstrada a prática de atos atentatórios à honra subjetiva e objetiva do obreiro, incabível a condenação da reclamada no pagamento de danos morais. **Recurso ordinário conhecido e não provido.**

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso Ordinário oriundos da 1ª Vara do Trabalho de São Luís/MA em que são partes **LUÍS AUGUSTO ARAÚJO** (recorrente/reclamante) e **COMPANHIA ENERGÉTICA DO MARANHÃO** (recorrida/reclamada).

Após a instrução do feito, o magistrado *a quo*, às fls. 305/310, julgou totalmente improcedente a reclamação proposta.

O reclamante, inconformado com a decisão de primeiro grau, interpôs Recurso Ordinário às fls.323/331, sustentando, primeiramente, que não teria exercido, durante o pacto, cargo de confiança apto a ensejar

a incidência do art. 62, inc. II, da CLT, e, conseqüentemente, afastar o seu direito à percepção de horas extraordinárias e seus acessórios (dentre outros, adicional noturno, horas de sobreaviso e reflexos no 13º salário e aviso prévio; v. fls. 330, 5º parágrafo).

No mais, requer a condenação da CEMAR no pagamento de danos morais, como forma de “devolver a sua dignidade”, bem como o deferimento dos pedidos relativos à estabilidade decenal, licença prêmio e honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor da condenação.

Contra-razões intempestivas, conforme certidão de fls. 343.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

O Recurso Ordinário atende aos pressupostos genéricos de admissibilidade. Pelo conhecimento.

MÉRITO

Analisando o apelo, percebe-se que o reclamante pretende a modificação total da sentença combatida, de forma a serem julgados procedentes os pedidos atinentes às horas extras e seus reflexos, horas de sobreaviso, adicional noturno, férias, estabilidade decenal, licença prêmio e honorários advocatícios.

Como justificativa do seu inconformismo atinente às horas extras + reflexos, horas de sobreaviso e adicional noturno, sustenta que era submetido a controle de jornada e que não exercia, durante o pacto, função de confiança capaz de afastar o direito à percepção de tais parcelas. No tocante aos danos morais, limita-se a firmar que a condenação da reclamada serviria para “devolver-lhe a dignidade”. Alega, também, que o seu direito à estabilidade sindical e à licença prêmio estaria devidamente comprovado nos autos e justificado. No mais, em sede de conclusão, simplesmente requer o deferimento de férias e honorários advocatícios (além das verbas já referidas), sem mencionar quaisquer fundamentos de fato ou de direito que justificassem o acolhimento de sua pretensão (v. fls. 330 e 331).

Analisemos a questão em quatro tópicos, de acordo com o nível de fundamentação do recorrente.

1. Das Horas extras, do adicional noturno e das horas de sobreaviso

Para justificar o seu direito à percepção de horas extraordinárias,

horas de sobreaviso e adicional noturno, o reclamante sustenta que não possuía, enquanto empregado da CEMAR, poder de gestão conferido por mandato capaz que qualificá-lo como exercente do cargo de gerente, além de não preencher os requisitos exigidos pela recorrida para o desempenho de tais funções. Afirma que, na condição de técnico operacional, além de subordinado, era submetido a controle de jornada e considerado um verdadeiro operário, prestador de serviços manuais e sem quaisquer poderes de decisão.

Não merecem amparo tais argumentos.

Ressalto, *a priori*, que a Lei 8.966/94, que alterou a redação do art. 62 da CLT, silenciou a respeito do anterior requisito da **função de representação** mediante mandato (*investidos em mandato, em forma legal*, dizia o texto precedente do mesmo dispositivo). Em consequência dessa omissão, a nova regra ampliou as possibilidades de incidência do tipo legal **cargo de confiança, não mais havendo, portanto, o requisito de regular outorga de mandato para a sua caracterização.**

Entendo, portanto, que a inexistência de mandato nos autos em nada impede a configuração da hipótese constante do art. 62, inc. II, do Texto Consolidado. Ademais, observo que os documentos constantes do processo (contracheques de fls. 196/208 e 233/263, termo de rescisão contratual de fls. 37 e portaria de fls. 105) não deixam dúvidas acerca da percepção de salário superior ao dos demais funcionários e do efetivo exercício do cargo de gerente.

Corroborando com tais conclusões, tem-se o conteúdo das declarações prestadas pelo próprio Sr. Luís Augusto Araújo perante o juízo *a quo*, nos termos seguintes (v. fls. 290/291):

(...) que **o salário do depoente era superior ao de seus subordinados**, em virtude de algumas vantagens incorporadas e graças ao tempo de serviço; que **recebia gratificação**; que a gratificação foi unificada ao salário, em 2003, em virtude de ACT; (...) que em Coroatá, além das funções técnicas, **também fazia arrecadação para a empresa**; (...) que **tinha 03 funcionários subordinados em Coroatá**; (...) que o depoente também trabalhava no COD e **era acionado quando os problemas eram mais graves**; que **nos problemas mais graves o reclamante se deslocava até o local para avaliar o dano e solicitar o serviço técnico específico**; que os operadores do COD eram terceirizados, **mas eram subordinados ao depoente**; (...) **na prática era o reclamante quem ficava responsável pela coordenação do COD**; que não era submetido

aos turnos dos empregados do COD; (...) que poderia circular pela cidade ou viajar para cidades próximas, vinculadas a regional de Presidente Dutra, mas tinha que comunicar ao pessoal do COD, onde poderia ser encontrado; (...) que poderia comunicar ao seu superior se algum funcionário não estivesse correspondendo a suas atribuições, mas não tinha poderes para demitir; (...)

(Destacou-se)

Ora, diante das funções desempenhadas pelo empregado na CEMAR, que gerenciava um grupo de atendimento, tinha grande liberdade de circulação pelas cidades próximas, percebia remuneração superior aos subordinados e podia comunicar aos seus superiores quando um funcionário não estivesse atendendo às expectativas, tenho como claro o exercício de cargo de confiança pelo reclamante.

A outra conclusão não se chega quando da análise dos depoimentos das testemunhas das partes, senão vejamos (v. fls. 292/294)

Sr. Lamartine de Jesus Ribeiro Serra (1ª testemunha do reclamante)

(...) que o reclamante era o responsável técnico da regional de Presidente Dutra; (...)

Sr. José Maria da Silva (2ª testemunha do reclamante)

(...) que a escala de sobreaviso era elaborada pelo próprio reclamante e ele depoente vistava a mesma qualidade de gerente da unidade; (...) que o reclamante exercia a função de técnico operacional e o cargo de gerente técnico da unidade de Presidente Dutra; (...) que em Presidente Dutra era lotado apenas o reclamante na função de gerente técnico; (...) que o reclamante poderia sugerir a ele depoente a substituição de pessoal terceirizado; que o reclamante tinha poderes para fiscalizar as atividades e tarefas de pessoal a área técnica; (...)

Sra. Natália Sousa (3ª testemunha do reclamante)

(...) que o chefe da agência de Corotá era o reclamante; (...)

Sra. Edna Martins da Silva (testemunha da reclamada)

(...) que ela exercia a função de técnica administrativa e o reclamante exercia a função de técnico e o cargo de gerente da área técnica; (...) que o salário dela depoente era de R\$ 1.800,00 e o reclamante cerca de R\$ 4.000,00 por mês; que existiam pessoas subordinadas ao reclamante, sendo três empregados da própria

reclamada e outros cinco terceirizados: que o reclamante tinha metas a cumprir e **fiscalizava o horário de trabalho dos subordinados**; (...)

(Destacou-se)

Destarte, ante tais circunstâncias e em respeito ao princípio da primazia da realidade, **tenho como correto o entendimento do magistrado de primeiro grau** no ponto em que indeferiu as horas extras pleiteadas na peça de ingresso, em razão da incompatibilidade de tais parcelas com o exercício do cargo de confiança. Sobre a questão a jurisprudência brasileira vem decidindo da seguinte forma:

HORAS EXTRAS. CARGO DE GESTÃO. ART. 62, II, DA CLT. A redação do art. 62, II, da CLT e seu parágrafo único, permite inferir que os empregados incumbidos de função gerencial não receberão horas extras. Entretanto, para que fique configurada a aludida função, é necessário que o trabalhador exerça atividade que confira amplos poderes, percebendo salário superior ao dos demais empregados, acréscido de gratificação igual ou maior que 40%, se houver. Assim, se o trabalhador percebe padrão salarial diferenciado, atendendo aos quantitativos legalmente impostos, possui função que o designa, ao menos formalmente, como ocupante de cargo de gestão e comanda sozinho um estabelecimento comercial, há evidência de amplos poderes de representação necessários à configuração da função de gerente, obstando o pagamento de horas extraordinárias. (...) (TRT da 10ª Região. RO 00858-2004-801-10-00-3. Relator: Juiz Pedro Luis Vicentin Foltran. DJU3 8.7.05, pág. 23)

Some-se a isso o fato do reclamante, na condição de gerente técnico, ter recebido um celular da reclamada para que fosse localizado quando necessário (v. depoimento de fls. 293), não havendo nos autos qualquer menção à necessidade do obreiro permanecer em casa à espera de chamadas, o que afastaria, de plano, o direito ao pagamento das horas de sobreaviso, e, conseqüentemente, do adicional noturno, diretamente relacionado, no caso concreto, ao regime de disponibilidade permanente.

Ademais, não representam empecilhos à tese da sentença as alegações do autor de que era sujeito a controle de jornada, não preenchia os requisitos para o desempenho da função de gerente e exercia atividade subordinada. Afinal, além de não restar cabalmente demonstrado o controle de horários em juízo (mencionado rapidamente por uma das tesmunchas do reclamante, que, inclusive, é autor em outra ação trabalhista movida em face da CEMAR. v. fls. 293), tenho que a subordinação, inerente à condição de empregado, não impede o exercício de cargo de gestão ou análogo na estrutura administrativa do empregador. Outrossim, **não**

restando dúvidas acerca da efetiva ocupação de cargo de confiança pelo autor, tenho por infundado o argumento de que, para o exercício da função de gerente, far-se-ia necessário o preenchimento de certos requisitos não atendidos por ele no caso concreto.

Ante o exposto, sendo incompatível o pagamento de horas extras, horas de sobreaviso e adicional noturno com o **comprovado** exercício de cargo de confiança pelo reclamante, **nego provimento ao recurso ordinário no que toca a tais parcelas.**

2. Dos danos morais

Sustenta o reclamante, na inicial, que teria passado por constrangimento e vergonha ao ser dispensado, sendo taxado de desocupado e faltoso, além sofrer humilhações na presença de outros colegas em reunião realizada na cidade de Bacabal/MA. Afirma, portanto, que a condenação da reclamada no pagamento de danos morais far-se-ia necessária tendo em vista a devolução de sua dignidade.

Razão não lhe assiste.

Observo, a princípio, que o fato de ser dispensado sem justa causa não representa, por si só, ofensa à dignidade do trabalhador, já que a rescisão contratual constitui direito potestativo do empregador, sem qualquer relação com a conduta do obreiro, não representando qualquer mácula à sua vida profissional.

Ressalto, ainda, que não restou demonstrada nos autos qualquer conduta da reclamada apta a ofender a honra objetiva ou subjetiva do reclamante. O fato de ter sido repreendido em reunião realizada pela CEMAR, único evento comprovado em juízo pela prova testemunhal (v. fls. 292), sem repercussões mais sérias no ambiente de trabalho e na sociedade (v. depoimento de fls. 293), diga-se de passagem, **não se mostra suficiente para embasar a condenação da reclamada no pagamento de indenização por danos morais.**

Com efeito, o dano moral consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros e na dor sofrida. Enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima. Ocorreria, por exemplo, caso o obreiro fosse publicamente taxado de incompetente ou submetido a exposição vexatória, tendo sua imagem denegrada perante os colegas e a sociedade, de forma que tais acusações se desdobrassem em consequência danosa de dor, sofrimento, mágoa e tristeza humana, trazendo, conseqüentemente, seqüelas irreparáveis à sua vida e da sua família.

No caso presente, cumpre ressaltar, **não se vislumbra a ocorrência**

de fatos que levem a tais conseqüências. Nesse sentido, tenho por intocáveis as considerações tecidas pelo magistrado de primeiro grau quando da análise da questão, senão vejamos (v. fls. 309):

(...) Em depoimento de fls. 292, o Sr. Lamartine de Jesus Ribeiro Serra afirma que participou da reunião em Bacabal com gerentes regionais, onde o coordenador teria agido de forma ríspida e agressiva com o reclamante; **entretanto, o Sr. José Maria da Silva, também testemunha do reclamante (fls. 293), apontado como superior seu à época,** que foi dispensado da empresa no mesmo período da demissão do autor, **não soube informar os motivos e condições da dispensa, não se recordando de qualquer ato de constrangimento ou de injusta violência praticada.** Ora, **meros aborrecimentos que fazem parte do cotidiano da vida o homem normal, por si só não são capazes de ensejar indenização por dano moral.** Ademais, **o desconhecimento do fato pelo próprio superior hierárquico do reclamante demonstra a irrisória repercussão do fato no seio da corporação.**

(Destacou-se)

Acerca dos danos morais vem decidindo a jurisprudência nacional da seguinte forma:

DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. A demonstração do dano moral, tem que harmonizar a existência de uma ação ou omissão do empregador, que possa ser considerada ato ilícito, praticada com dolo ou culpa, havendo entre o ato e o dano, relação de causa e efeito. Ausentes estes requisitos, há que se indeferir a indenização pleiteada. (Origem: TRT da 23ª Região. Processo: RO-3381/2000. Relatora: Juíza Maria Berenice)

Dessa forma, não restando demonstrado qualquer sofrimento ou reflexos na vida social da reclamante decorrentes da conduta da reclamada, **mantenho inalterada a decisão do juízo a quo no que toca aos danos morais.**

3. Da estabilidade decenal e da licença prêmio

Sobre tais parcelas, o reclamante limita-se a frisar o seguinte (v. fls. 331):

Da mesma forma com os pedidos da estabilidade decenal e licença-prêmio devidamente comprovado nos autos e justificadas.

Não obstante a parca e confusa fundamentação utilizada em sede recursal, percebe-se, pela redação da peça vestibular, que o pedido

referente à estabilidade decenal toma por base a tese de que o autor, empregado há 23 anos da reclamada, não poderia ser arbitrariamente despedido, nos termos do art. 492 do Texto Consolidado. Em relação à licença prêmio, por sua vez, assevera o demandante que, a cada 5 (cinco) anos de serviços prestados, ser-lhe-ia devido um mês de afastamento remunerado, de forma que faria jus, quando da rescisão contratual, a dois períodos não pagos.

De fato, anteriormente à Carta Política de 88, coexistiam, no mundo jurídico, concomitantemente ao regime do FGTS, as indenizações dos arts. 477 e 478 da CLT (1 mês de salário para cada ano trabalhado ou fração igual ou superior a 6 meses, em caso de dispensa imotivada) e a figura da estabilidade decenal.

No período supra referido, dessarte, os trabalhadores podiam optar por dois sistemas jurídicos paralelos: FGTS e regime celetista. Somente com a Constituição de 1988 o Fundo de Garantia passou a ser obrigatório, sendo garantida, entretanto, a estabilidade aos que, quando da promulgação da Carta, **já haviam completado dez anos de serviço.**

No caso presente, cabe registrar, o reclamante fora admitido pela CEMAR em 01 de dezembro de 1980, **tendo optado, naquela ocasião, pelo regime do FGTS, não se havendo de falar, portanto, em estabilidade decenal e suas conseqüências.** Some-se a isso o fato do Sr. Luís Augusto Araújo não possuir, quando da promulgação da Carta Política de 1988, os dez anos de serviço exigidos para a obtenção da estabilidade alegada (considerando, aqui, a situação hipotética de não ter o demandante optado pelo FGTS quando da sua contratação, o que não é o caso).

Da mesma forma, **incabível a condenação da reclamada no pagamento de licenças-prêmio.** Afinal, como bem dispôs o juiz *a quo* às fls. 309 dos autos, a circunstância objetiva para a concessão de tais benefícios seria o labor contínuo por cinco anos, referente ao período 2000/2005 (tendo em vista a incidência de prescrição sobre as licenças-prêmio anteriores a 2000. v. fls. 306). Assim, considerando que o contrato foi rescindido em 21 de junho de 2004, quando ainda não completado o tempo necessário para a aquisição do direito pleiteado (que se daria em dezembro de 2005), **nega-se provimento ao apelo do reclamante também nesse ponto.**

4. Das férias e dos honorários de advogado

Tais parcelas se mostram indevidas, assim como as já mencionadas na presente decisão.

Em relação às férias, logrou êxito a reclamada em comprovar,

às fls. 91, 101 e 103 dos autos, o pagamento relativo aos intervalos de tempo apontados na peça vestibular (20 dias dos períodos 2001/2003 e 2003/2004). **Afastado, portanto, o inadimplemento aduzido pelo reclamante.**

No tocante aos honorários advocatícios, por sua vez, faz-se necessária uma breve referência à Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

219. Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento.

Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

(Grifou-se)

Analisando o caso concreto, percebe-se que, além de inexistir nos autos qualquer atestado de pobreza que ateste a hipossuficiência do reclamante, este não conta com qualquer assistência sindical que justifique o deferimento do pleito relativo aos honorários advocatícios.

Desta feita, não obstante a inexistência de pronunciamento expresso do juízo de primeiro grau acerca da matéria e a não oposição de embargos declaratórios pelo reclamante no momento oportuno, nego provimento ao recurso e **afasto o cabimento de honorários de advogado na hipótese sob comento.**

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento para manter a decisão de 1º grau.

São Luís (MA), 15 de agosto de 2007.

AMÉRICO BEDÊ FREIRE

Desembargador Federal do Trabalho – Relator

ACÓRDÃO/PLENO/2007

PROCESSO TRT - RO Nº 00309-2006-008-16-00-7

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
REVISOR: DESEMBARGADOR AMÉRICO BEDÊ FREIRE
RECORRENTE: SINTRAF-SINDICATO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS NA AGRICULTURA FAMILIAR DE LAGO DA PEDRA/MA
ADVOGADO: ANTÔNIO FLORÊNCIO NETO
RECORRIDO: SIND. DOS TRABALHADORES RURAIS DE LAGO DA PEDRA - MA
ADVOGADO: JURACI GOMES BANDEIRA
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE BACABAL-MA (HIGINO DIOMEDES GALVÃO)

EMENTA: ORGANIZAÇÃO SINDICAL. DESMEMBRAMENTO. LEGALIDADE. Não é novidade a vedação de constituição de mais de um sindicato na mesma base territorial e dentro de uma mesma representatividade. Todavia, com a maior liberdade concedida à organização sindical, o princípio da unicidade há de ser flexibilizado. Assim, inexistem vedações legais para que haja um desmembramento sindical em regiões. Até porque a base territorial é definida em conformidade com os interesses de cada trabalhador. **Recurso conhecido e provido.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto por **SINTRAF – SINDICATO DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS NA AGRICULTURA FAMILIAR DE LAGO DA PEDRA/MA** em face da decisão proferida pela Vara do Trabalho de Bacabal-MA, que julgou procedente a reclamação trabalhista ajuizada por **SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE LAGO DA PEDRA/MA**.

Após regular instrução do feito, decidiu o Juízo *a quo*, às fls.194/197, julgar procedente a presente ação para declarar nulos os atos de constituição do Sindicato de Trabalhadores e Trabalhadoras na Agricultura Familiar de Lago da Pedra/MA, determinando a anulação dos

atos constitutivos no cartório competente.

Às fls.230/253, recorre o Sindicato/requerido pugnando pela reforma da decisão, alegando que a existência jurídica do recorrente não agride o princípio da unicidade sindical, inserta no art.8º, II, da CF/88 e que a sua criação é apenas um desmembramento, amparado no princípio da Liberdade e Autonomia Sindical.

Sem razões de contrariedade, ainda que notificado o recorrido.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do Recurso Ordinário, eis que tempestivo e regular.

MÉRITO

A temática em questão envolve a discussão acerca de conflitos entre normas, mormente os Princípios da Unicidade e Liberdade Sindical, revelando, no caso concreto, evidente antinomia jurídica.

No dizer do eminente doutrinador Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2004; p.05), antinomia jurídica é:

“(...) a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.”

As antinomias jurídicas representam, portanto, conflitos entre duas normas, entre dois princípios, entre uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática ao caso concreto. Podem ser classificadas como antinomias aparentes e reais. As antinomias aparentes são aquelas que propiciam critérios para a sua solução, mormente os critérios de cronologia, hierarquia e de especialidade. São antinomias reais aquelas que pressupõem um conflito ou uma colisão entre normas jurídicas, que se excluem reciprocamente, por ser impossível remover a contradição com os critérios existentes no ordenamento jurídico.

Na situação fática, há evidente antinomia jurídica real entre princípios constitucionais que norteiam a atividade sindical, vez que o uso de um afasta a incidência de outro. De um lado, o princípio da unicidade sindical, que assegura não poder haver dentro de um mesmo local mais de uma categoria, fixando como base territorial o município. De outro lado,

o princípio da liberdade sindical, que assegura o direito de constituição de sindicatos, sem autorização prévia; o direito de filiar-se ou não, e ainda, a possibilidade de constituição de associações sindicais em todos os níveis e a autonomia de organização e de gestão sindical.

No caso vertente, há de se dirimir a questão pela ponderação de valores, situando-se a discussão entre a liberdade e a unicidade sindical. Robert Alexy, em palestra ministrada no dia 10 de dezembro de 1998 acerca do assunto, assim definiu:

“O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação.”

Prima facie, há que se entender a liberdade sindical enquanto espécie do gênero liberdade, assegurada na classe dos direitos fundamentais, na medida em que por ela se exerce direitos de ordem eminentemente sociais.

Assim é que Nicolas Valticos, citado por Bruno Marcos Guarnieri (2004; p.99), pontua: “*a liberdade sindical está classificada, ao mesmo tempo, na categoria dos direitos civis e políticos, bem como na categoria dos direitos econômicos e sociais*”. Em sendo direito fundamental, constitui-se na via de atuação para os direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, tendo em vista que, a partir do empenho da liberdade sindical, é que se pode averiguar a função da negociação coletiva, e conseqüentemente, dos meios de solução dos conflitos coletivos de trabalho. Tal assertiva enquadra a liberdade sindical estreitamente ligada à vertente de direitos fundamentais, por se constituir em direito humano fundamental de expressão constitucional.

Ainda sob os ensinamentos de Guarnieri (2004, p.104), respaldado em Orlando Gomes e Elson Gottschalk, Alfredo J. Ruprecht e Arion Sayão, estes classificam a liberdade sindical em duas ordens: “em relação ao indivíduo e em relação ao grupo profissional”. Em relação ao grupo profissional, que é o caso vertente, a liberdade sindical tem por fundamento a liberdade de fundar sindicato; de determinar o quadro sindical na ordem profissional e territorial; de estabelecer relações entre sindicatos para formar agrupações mais amplas, entre outros.

Neste contexto, o desafio da liberdade sindical está em resolver os conflitos de forma satisfatória. *In casu*, o Sindicato recorrente afigura-se como parte do sindicato-mãe, que, ao se desmembrar, proporcionará aos

seus filiados uma identidade de interesses na medida em que se torna menos generalizado, em consonância com a regra geral de organização por categorias específicas. Não há como negar que o agricultor familiar, em sua categoria específica, encontra mais probabilidade de gerir uma atuação sindical que satisfaça seus interesses.

De outra parte, é cediço ser vedada a constituição de mais de um sindicato na mesma base territorial e dentro de uma mesma representatividade. Contudo, o Princípio da Unicidade Sindical, ao assegurar tal regramento, não preconizou que as categorias agregadas não pudessem se desintegrar e constituírem categorias específicas.

De se notar que a finalidade do Princípio da Unicidade Sindical é assegurar a força do movimento sindical, neutralizar disputas entre sindicatos rivais, impossibilitar a criação artificial, evitando o aparecimento de pseudo-entidades que possam causar desordens ao equilíbrio social. Não assiste ao Princípio da Unicidade Sindical a vedação à constituição de sindicatos por desmembramento, como se afigura no presente caso, haja vista a necessidade de organização específica que possibilite uma maior atuação das categorias.

Não se vislumbra na entidade recorrente a intenção de desestabilizar o movimento sindical, pelo contrário, verifica-se, tão-somente, o desejo de se agrupar numa entidade específica, agregadora de objetivos próprios e fortalecedores de seus ideais. É importante colacionar aqui o conceito de sindicato na visão dos modernos doutrinadores: *“sindicato é a associação constituída pela união voluntária de trabalhadores ou empregadores para defesa dos interesses do grupo que representa”*.

Por tais assertivas, e com base na maior liberdade concedida à organização sindical, o princípio da unicidade sindical há que ser flexibilizado, dando lugar ao princípio da Liberdade Sindical. Assim, inexistem vedações legais para que haja um desmembramento sindical em regiões, mormente no caso em espécie. Até porque a base territorial é definida em conformidade com os interesses de cada trabalhador.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento parcial para manter o desmembramento do Sindicato recorrente do sindicato-mãe, a fim de possibilitar a defesa e representatividade de seus associados.

São Luís (MA), 24 de julho de 2007.

LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
Desembargador Relator

ACÓRDÃO/PLENO/2007

PROCESSO TRT - RO Nº00326-2005-002-16-00-5

RELATOR: DESEMBARGADOR ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
REVISOR: DESEMBARGADOR ALCEBÍADES TAVARES DANTAS
RECORRENTE: GERALDA MARIA PANTALEÃO SOUSA
ADVOGADO: FERNANDO ANTÔNIO RIBEIRO DE PAULA
RECORRIDO: NORSEGEL SERVIÇOS GERAIS LTDA
ADVOGADO: SUZANE DE FATIMA GUIMARAES PEREIRA DE CASTRO
ORIGEM: 2ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
(FERNANDA FRANKLIN DA COSTA RAMOS)

EMENTA: PARADIGMA. ARTIGO 461, DA CLT. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. IMPROCEDÊNCIA
– Para que se configure a equiparação salarial é necessária a reunião conjunta dos requisitos apontados no art.461, da CLT. Restando patente que o empregado não fez prova das condições elencadas no comando normativo citado, não prospera a pretensão obreira.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de RECURSO ORDINÁRIO em que são partes: **GERALDA MARIA PANTALEÃO SOUSA** (recorrente) e **NORSEGEL SERVIÇOS GERAIS LTDA** (recorrido).

RELATÓRIO

Recurso Ordinário interposto por GERALDA MARIA PANTALEÃO SOUSA em face de NORSEGEL SERVIÇOS GERAIS LTDA, contra a decisão da 2ª Vara do Trabalho de São Luís/MA que julgou totalmente improcedentes os pedidos postos na inicial, relativos ao pleito de equiparação salarial, por entender que a diferença de tempo de serviço entre paradigma e a suposta equiparada é de mais de 2 anos.

Irresignada, interpôs a demandada recurso ordinário às fls.109/114, alegando má apreciação das provas documentais e testemunhais contidas nos autos, pela juíza de primeira instância, que embasou sua decisão somente nas provas juntadas pela recorrida. Aduz, ainda, que o legislador ao dispor no art.461, da CLT que o tempo na função não seja superior a

dois anos como condição para equiparação salarial, só é válido nos casos em que o paradigma tenha sido contratado pelo mesmo empregador antes do paragonado, o que não ocorre no presente caso, pois a reclamante quando da admissão do paradigma já exercia as tarefas atribuídas à função de auxiliar de arquivo e de almoxarifado, tendo, inclusive, ajudado a repassar ao reclamado os serviços atribuídos a tal função.

Alega, por fim, que a recorrida não se desincumbiu do ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial, nos termos da Súmula 68 do TST, já que não provou que as atividades exercidas pela recorrente eram distintas das exercidas pelo paradigma. Enfatiza que seu depoimento e o de suas testemunhas não deixam qualquer dúvida de que ela e o paradigma exerceram a mesma função durante todo período em que ambos trabalharam para a mesma recorrida.

Contra-razões, às fls.118/121 dos autos, pugnando pelo improvimento do recurso.

Desnecessária a manifestação do douto MPT, tendo em vista que não há matéria de ordem pública a ser apreciada nos presentes autos.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Recurso Ordinário interposto com observância dos requisitos de admissibilidade exigidos pela lei, tendo sido dispensadas as custas processuais. Portanto, conheço do apelo.

MÉRITO

Ajuíza a reclamante a presente demanda alegando que foi admitida pela NORSEGEL em 02.07.1999 para exercer a função de servente e despedida sem justa causa em 18.08.2004. Contudo, alega que exerceu desde a data de sua admissão até o término do seu contrato de trabalho função diversa para a qual foi contratada e que na realidade exercia a mesma função do funcionário José Alfredo Silva Azevedo, qual seja, assistente de almoxarifado. Por isso, requer que seja reconhecida a equiparação salarial com o funcionário José Alfredo, condenando a NORSEGEL ao pagamento das diferenças salariais vencidas e seus reflexos.

A reclamada em sede de defesa, alegou que o paradigma apontado só foi contratado em 01/04/2002 e que o seu trabalho era mais técnico,

eis que exigia maior qualificação e experiência, bem como possuía cursos específicos na área.

A sentença recorrida indeferiu o pedido de equiparação salarial, sob o fundamento de que houve diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos, em contrariedade ao disposto no §1º, do art.461, da CLT.

A recorrente, em suas razões recursais alega má apreciação das provas documentais e testemunhais contidas nos autos, pela juíza de primeira instância, que embasou sua decisão somente nas provas juntadas pela recorrida. Aduz, ainda, que o legislador ao dispor no art. 461, da CLT, que o tempo na função não seja superior a dois anos como condição para equiparação salarial, só é válido nos casos em que o paradigma tenha sido contratado pelo mesmo empregador antes do paragonado, o que não ocorre no presente caso, pois a reclamante quando da admissão do paradigma já exercia as tarefas atribuídas à função de auxiliar de arquivo e de almoxarifado, tendo, inclusive, ajudado a repassar ao reclamado os serviços atribuídos a tal função.

Alega, por fim, que a recorrida não se desincumbiu do ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial, nos termos da Súmula 68, do TST, já que não provou que as atividades exercidas pela recorrente eram distintas das exercidas pelo paradigma. Enfatiza que seu depoimento e o de suas testemunhas não deixam qualquer dúvida de que ela e paradigma exerceram a mesma função durante todo período em que ambos trabalharam para a mesma recorrida.

Todavia, sem razão a recorrente.

A CLT em seu art.461 oferece como parâmetros para se auferir o cabimento da equiparação salarial os seguintes requisitos: prestação de serviços na mesma localidade e ao mesmo empregador, identidade de funções, trabalho de igual valor, diferença de tempo de serviço na função não superior a dois anos, simultaneidade na prestação de serviços e inexistência de quadro de carreira. A ausência de um desses requisitos descaracteriza o direito à isonomia salarial.

Vale sempre lembrar que cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de tal direito, na forma do disposto no art.818, da CLT, c/c o art.333, do CPC.

O Enunciado nº 68, do C.TST, por sua vez, prevê que: *“É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial.”*

No que tange ao ônus da prova da equiparação salarial, conforme ensina César Pereira da Silva Machado Júnior em sua obra *“O Ônus da Prova no Processo do Trabalho”* (2ª ed, LTR, São Paulo, 1995), a questão

deve ser analisada sob dois campos distintos: “o primeiro, sob o prisma do empregado, a quem cabe demonstrar a existência de identidade funcional e a simultaneidade na prestação de serviços; o segundo, pela ótica do empregador, ao qual incumbe o ônus de demonstrar a diferença de produtividade e de perfeição técnica, bem como, tempo de paradigma superior a dois anos na função e quadro de carreira homologado pela autoridade competente, com previsão alternada por merecimento e antiguidade.”

A recorrente em seu depoimento pessoal(fl. 93) declarou: “...*que em 2002 o paradigma começou a trabalhar no arquivo; (...) que esporadicamente a reclamante mexia no computador; (...) que o paradigma trabalhava no computador e também trabalhava no arquivo; (...) que a depoente fazia planilhas, escritas a mão e as repassava, inclusive ao paradigma, para que o mesmo digitasse a planilha no computador e enviasse ao responsável; que a coisa mais difícil que tinha era a reclamante digitar alguma coisa no computador.*”

A primeira testemunha trazida pela autora, Sr. Francisco de Assis Nascimento Araújo, declarou às fls. 94/95: “...*que todos do arquivo trabalhavam com computador, com exceção da reclamante, pois a mesma não gostava muito de lhe dar com o computador; (...) que o Sr. José Alfredo chegou no arquivo entre 2000 e 2002(...)*”

A primeira testemunha da reclamada, Sr. Claudionor Rabêlo, disse(fl. 96): (...)*que no arquivo o depoente fazia a limpeza, servia o café e pegava algum documento; que a reclamante fazia a mesma atividade que o depoente; que o Sr. José Alfredo trabalhava no computador e com alguns e-mails; que era o Sr. Alfredo que organizava os documentos nas pastas; que o Sr. José alfredo chegou no arquivo em 2002; (...) que o Sr. Alfredo era responsável pela computação.*”

Dentro desse contexto, a reclamante não conseguiu provar o seu direito. O seu depoimento e as provas testemunhais não foram suficientes ao convencimento do juiz quanto ao assunto em questão. A reclamante e a sua primeira testemunha deixaram claro que o paradigma exercia suas funções também no computador, enquanto a reclamante esporadicamente mexia no computador, pois a mesma não gostava muito. As provas documentais também são frágeis, pois em nada comprovam que ambos exerciam a mesma função.

Quanto ao argumento da reclamante de que o legislador ao dispor no art. 461, da CLT, que o tempo na função não superior a dois anos, somente é válido nos casos em que o paradigma tenha sido contratado pelo mesmo empregador antes do paragonado, não possui fundamento, eis que a lei não estatui tal interpretação. Quando o legislador deseja restringir a abrangência de alguma norma ele a declara expressamente,

não se podendo se extrair da lei uma interpretação que não existe.

Já a reclamada demonstrou que a reclamante e o paradigma exerciam atividades diferentes e, através do documento de fls.68/69, que houve uma diferença de tempo de serviço superior a dois anos, vez que o paradigma somente foi admitido em 01/04/2002. Além disso, a recorrida mostrou que o paradigma possui vários cursos profissionalizantes(fl.70/72), nos fazendo pressupor maior experiência e qualificação técnica que a vindicante.

Portanto, não houve produção de prova satisfatória a respeito do exercício, por parte da autora, das mesmas funções do paradigma José Alfredo, além de existir uma diferença de tempo de serviço entre eles de dois anos e nove meses, motivos pelos quais impossível o acolhimento da pretensão da recorrente

Sobre o assunto, a seguinte jurisprudência:

“EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PROVA. Compete ao empregado provar a existência de fato constitutivo do direito à equiparação salarial. A identidade de funções com o paradigma apontado constitui elemento caracterizador do direito à equiparação. Está a decisão recorrida em consonância com o Enunciado n.º 68 da Súmula do TST. (RR 251.221/96.2, Ac. 2ª T. José Luciano de Castilho Pereira – TST).”

Desta feita, correta a decisão de primeiro grau que indeferiu a pretensão de equiparação salarial por não ter a reclamante/recorrente provado satisfatoriamente que exercia as mesmas funções que o paradigma.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento para manter a decisão recorrida.

São Luís (MA), 27 de fevereiro de 2007.

ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
Desembargadora Relatora

ACÓRDÃO PLENO 2007

PROCESSO TRT - ROPS Nº00380-2006-007-16-00-3

RELATOR: DESEMBARGADOR ALCEBÍADES TAVARES DANTAS
RECORRENTE: NIVALDO DE FRANÇA CARVALHO (NIVALDO BOA SORTE)
ADVOGADO: ARCIONE LIMA MAGALHÃES
RECORRIDO: JAMES DEAN DA CONCEIÇÃO SILVA
ADVOGADO: FRANKLIN RORIZ NETO
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE SANTA INÊS (JUACEMA AGUIAR COSTA)

EMENTA: Assim como não vale o pagamento feito a credor incapaz de quitar (Código Civil art. 310), não vale o recibo de analfabeto que não preenche o requisito legal, como exige o art. 595 do atual Código Civil e exigia o art. 1217 do antigo Código Civil de 1916.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário em procedimento sumaríssimo, oriundos da Vara do Trabalho de Santa Inês, em que é recorrente **NIVALDO DE FRANÇA CARVALHO** (Nivaldo Boa Sorte) e recorrido **JAMES DEAN DA CONCEIÇÃO SILVA**.

Trata-se de Recurso Ordinário em Procedimento Sumaríssimo interposto por Nivaldo de França Carvalho contra a sentença de fls.62/64 que julgou parcialmente procedente a reclamação trabalhista deferindo ao autor as parcelas de aviso prévio, férias simples e proporcionais, acrescidas de 1/3, décimo terceiro salário, multa do art. 477 da CLT, FGTS + 40% e indenização do seguro-desemprego.

Nas razões de recurso de fls. 69/73, o reclamado menciona o julgamento “extra petita” sob o argumento de que não foi postulada a rescisão indireta reconhecida pela sentença.

No mérito, alega que a sentença deve ser reformada, tendo em vista o desprezo às provas produzidas nos autos, tais como: aviso prévio, termo de rescisão e recibos de salário, todos devidamente assinados pelo autor.

Afirma que as provas produzidas nos autos comprovam a

demissão a pedido do autor, razão pela qual deve ser desconsiderada a rescisão indireta, e retiradas da condenação as verbas de aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, décimo terceiro salário, FGTS + 40%, seguro-desemprego, bem como a multa do art. 477 da CLT, visto que devidamente quitadas pela empresa.

Contra-razões tempestivas (fls. 80/83).

Os autos não foram ao Ministério Público do Trabalho.

V O T O

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O recurso é tempestivo, tendo vindo acompanhado do comprovante do pagamento das custas e do recolhimento do depósito recursal.

Preenche, portanto, os requisitos legais para seu conhecimento.

Da preliminar de julgamento “extra petita”

Rejeito a preliminar em tela, visto que a tese de “rescisão indireta” é questão de mérito e como ele será decidido.

MÉRITO

Não merece reforma a sentença de recorrida.

As provas produzidas nos autos demonstram que o reclamante era analfabeto, tendo assinado recibo sem o correspondente pagamento. Isto é o que se infere do depoimento do reclamante e da testemunha Francisca das Chagas da Silva Bandeira, os quais se transcrevem:

Sr. James Dean da Conceição Silva : *“...que o depoente não sabe ler...”*.

Sra Francisca das Chagas da Silva Bandeira: *“... que o reclamado disse que não tinha dinheiro para pagar o reclamante...”*

O atual art. 310 do CC estabelece que não vale o pagamento feito a credor incapaz de quitar, enquanto o art. 1217 do CC exigia, para validade do documento, assinatura a rogo, regra repetida, no art. 595 do atual CC.

Depreende-se ainda que a rescisão foi motivada pelo empregador, que deixou de pagar salário ao autor, configurando a rescisão indireta, e mais, o conteúdo dos documentos rescisórios não é válido em virtude do reclamante não saber ler, o que o impede de dar quitação na forma descrita nos recibos anexados aos autos.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer

do recurso, rejeitar a preliminar de julgamento “*extra petita*” e, no mérito, negar-lhe provimento para manter a decisão de 1º grau.

São Luís (MA), 13 de março de 2007

ALCEBÍADES TAVARES DANTAS
Desembargador Relator

ACÓRDÃO PLENO 2007

PROCESSO TRT - ROPS Nº00396-2006-006-16-00-0

RELATOR: DESEMBARGADOR ALCEBÍADES TAVARES DANTAS
RECORRENTE: COMERCIAL E AGRÍCOLA PAINEIRAS LTDA.
ADVOGADO: BERTILA DE CAMARGO AMBROZI
RECORRIDO: MARIA IVANETE DIAS DE SOUSA
ADVOGADO: CELSO MACEDO SOARES JÚNIOR
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE CHAPADINHA
(FRANCISCO TARCÍSIO ALMEIDA DE ARAÚJO)

EMENTA: Falsa cooperativa, organizada pela reclamada tão somente para lhe fornecer empregados para suas fazendas, mediante pagamento mensal, com transporte e alojamento também fornecidos pelo empregador, não autoriza a reforma da sentença que reconheceu a relação de emprego. Recurso Ordinário conhecido e não provido.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de número 00396-2006-006-16-00, originários da 6ª Vara do Trabalho de São Luis, em que são partes **COMERCIAL E AGRÍCOLA PAINEIRAS LTDA** e **MARIA IVANETE DIAS DE SOUZA**, recorrente e recorrida respectivamente. Trata-se de Recurso Ordinário em procedimento sumaríssimo interposto por Comercial e Agrícola Paneiras Ltda contra sentença de mérito de fls. 203/209, a qual julgou parcialmente procedente o presente feito para reconhecer a existência de vínculo empregatício entre as partes e condenar a recorrente a pagar ao recorrido, com base no salário mínimo das respectivas épocas, aviso prévio, férias acrescida de 1/3, 13º salário, FGTS acrescido da multa de 40% e, por fim, na obrigação de anotar o contrato de trabalho na CTPS e emissão das guias de seguro-desemprego, sob pena de não o fazendo responder por perdas e danos.

A reclamada (fls. 213/233) recorre inicialmente suscitando uma preliminar de inépcia, através da qual argumenta que a recorrida não alegou nem pleiteou o pré-reconhecimento da relação de trabalho havida entre as partes como sendo empregatícia, o que torna o pedido

juridicamente impossível, posto que o reclamante nunca foi empregado da ora reclamada, assim como alega mais que a ausência de tal formalidade não pode ser suprida pela simples existência de pedido de reconhecimento de anotação da CTPS.

Requer também que seja o autor declarado carecedor de ação, por falta de interesse de agir, em conformidade com o estabelecido no artigo 295, III, do CPC, posto que alega ter sido empregado da recorrente sem que para ela jamais tenha prestado serviços ou mantido contrato de trabalho de qualquer natureza (tácito, verbal ou escrito) e, em decorrência disso, não há que se falar em violação direitos trabalhistas, pelo que requer a extinção do processo sem julgamento do mérito.

No mérito propriamente dito volta a repisar a tese de inexistência de vínculo empregatício entre as partes, aduzindo que a recorrida prestou serviços na qualidade de cooperado, portanto sem subordinação técnica ou jurídica, além de prosseguir buscando demonstrar a inexistência de qualquer dos elementos caracterizadores do contrato de trabalho descrito no artigo 3º da CLT, alegando ser legítima sua relação com a COTRABUS, entidade regular e legalmente constituída com funcionamento no Município de Urbano Santos.

Afirmou também que tem por atividade-fim o desenvolvimento científico e a pesquisa nos setores agrícola e florestal, mais especificamente a pesquisa com eucaliptos, desse modo os serviços de vigilância, limpeza, cantina e portaria constituem-se em atividade-meio, pelo que não estava obrigada a manter estrutura própria para seu desempenho, tendo por isso contratado a COTRABUS para fornecimento de mencionada mão-de-obra, pagando-lhe remuneração de R\$ 30,35, por dia trabalhado, e que seu procedimento não ofende nem à súmula 331 do TST e nem à Instrução Normativa 3/97 do Mtb.

Conclui pedindo provimento ao apelo a fim de que seja a sentença de primeiro grau reformada e julgada improcedente a presente ação trabalhista.

A recorrida (fls.239/243) apresentou contra razões de forma tempestiva pugnando pelo improvemento do recurso a fim de que seja mantida a decisão de primeiro grau.

V O T O

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O recurso veio acompanhado do comprovante da efetivação do depósito recursal (fls. 234) e do pagamento das custas (fls.235).

Preliminares de Inépcia da Inicial e de Carência de Ação.

Através das mencionadas preliminares busca a recorrente a declaração de inépcia da inicial sob o argumento de que a mesma não contém o exposto pleito de declaração de existência de vínculo empregatício entre as partes, mas a natureza do processo do trabalho não comporta filigranas típicas da processualística civil como a ora suscitada pela recorrente, não havendo assim que se falar em inicial e nem em carência de ação quando o reconhecimento da relação de emprego emerge do próprio acolhimento dos pedidos de títulos de natureza trabalhista, formulados na inicial, relação de emprego que é o cerne da questão.

Quanto á alegação de carência de ação, tenho que a argumentação confunde-se com aquela suscitada no próprio mérito do recurso, razão pela qual com ele será apreciada conjuntamente.

Rejeito portanto as preliminares.

MÉRITO

A recorrente desenvolve vasto conteúdo doutrinário acerca das virtudes e vantagens cooperativismo, assim como procura demonstrar à exaustão a legalidade do funcionamento da COTRABUS, bem como que a mesma funciona com observância de todas as formalidades legais e que, por não haver vícios na relação desta com aquela, deve ser acatado o contrato por elas firmado afastando-se assim a hipótese de existência de vínculo empregatício entre recorrente e recorrida.

Ocorre, de fato, que tal linha de argumentação sucumbe por completo ante a mais superficial análise acerca da realidade de como se deu a prestação laboral entre as partes, realidade esta que a sentença de primeiro grau esmiuçou à exaustão, desnudando todos os detalhes e contradições nela existentes onde, ao final, foi demonstrada a tese de que ali, de fato, se deu verdadeira relação empregatícia, cabendo ressaltar as passagens a seguir transcritas como basilares de tal entendimento: ***“Dir-se-á, em sufrágio à tese contrária:”A empresa não recrutava nem dirigia o trabalho dos obreiros”.*** Não o fazia de forma direta, por certo, mas se utilizava dos préstimos do presidente da cooperativa para tanto, como se fosse esse um preposto seu. Em determinado trecho do seu depoimento o representante da empresa asseverou: ***“que no caso da limpeza dos campos, por exemplo, a empresa fixava um número de trabalhadores que eram supervisionados por um preposto da cooperativa; que o preposto se inteirava com o funcionário da***

empresa sobre o que deveria ser feito”.

Mais adiante, extrai-se o seguinte: **“em arremate, não se pode cogitar, na espécie, de a COTRABUS – Cooperativa de Trabalhadores Autônomos de Urbano Santos era uma autêntica cooperativa de trabalho e, mesmo assim, se o fosse, estaria ela se desviando da sua finalidade na medida em que criou as condições para que seus associados fossem ludibriados, deixando de usufruir da proteção que a constituição assegura aos trabalhadores *srtito sensu*”.**

Os trechos supra-transcritos traduzem a realidade vivenciada pela recorrida na vigência do contrato de trabalho de trabalho mantido com a recorrente, donde se conclui que não houve o devido esclarecimento acerca dos diferenciamentos jurídicos existentes entre as condições de cooperado e de empregado e, como se não bastasse, resta também evidente que eram terceirizadas à cooperativa, de forma indistinta, tanto atividades ligadas à atividade-fim como à atividade-meio.

Demais disso ficou demonstrado que a COTRABUS teve sua origem, assim como seu funcionamento cotidiano, todo ele desenvolvido no âmbito das instalações da própria recorrente, bem como era ela a única e exclusiva destinatária dos serviços prestados por aquela. Como bem informado pela própria recorrente no seu extenso arrazoado, é esperado da atividade cooperativa que dela resulte em prol do cooperado, entre outras vantagens, investimentos em educação e treinamento para os sócios de modo a contribuir para o seu desenvolvimento pessoal como o fortalecimento da própria cooperativa, isto como forma de compensação da inexistência das garantias tradicionais garantias trabalhistas. No presente caso nada foi demonstrado a esse respeito, o que restou de concreto para a recorrida foi tão-somente a privação do recebimento de sua parcelas trabalhistas em face de sua condição de cooperada.

Por todo o exposto, tenho que a situação sob apreciação não se configura como sendo daquelas em que o manejo do modelo cooperativo tenha sido escolhido com o fim de oportunizar à recorrente, bem como aos demais cooperados em condições análogas, melhores perspectivas de crescimento pessoal, social e econômico, mas tão-somente eximir a recorrente das obrigações trabalhistas a que estaria obrigada em normais condições. Desse modo, deve a decisão recorrida ser integralmente mantida, no sentido de que seja reconhecido o vínculo empregatício entre as partes, bem como quanto ao deferimento das parcelas trabalhistas nela contempladas.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região por unanimidade, conhecer do recurso ordinário para rejeitar as preliminares de inépcia da inicial

e de carência de ação e, no mérito, negar-lhe provimento para manter intacta a decisão recorrida.

São Luís (MA), 05 de julho de 2007.

ALCEBÍADES TAVARES DANTAS
Desembargador Relator

ACÓRDÃO/PLENO/2007

PROCESSO TRT - RORA Nº 00435-2005-003-16-00-9

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
REVISORA: DESEMBARGADORA MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
RECORRENTE: ROLIMÃO - ROLAMENTOS INDUSTRIAIS DO MARANHÃO LTDA
ADVOGADO: DARCI COSTA FRAZÃO
RECORRENTE: HERBERT NONATO SOUSA SANTOS
ADVOGADO: PAULO HENRIQUE AZEVEDO LIMA
RECORRIDO: OS MESMOS RECORRENTES
ORIGEM: 3ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
(MARIA DA CONCEIÇÃO MEIRELLES MENDES)

EMENTA: EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

A denúncia vazia do contrato de trabalho do empregado soropositivo é marcada pela presunção *ius tantum* da discriminação, devendo ser invertido o ônus da prova ante a dificuldade do trabalhador de comprovar os reais fatores que motivaram a sua demissão, em homenagem ao princípio da aptidão para a prova.

Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido. Recurso adesivo conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário e de recurso adesivo, oriundos da 3ª Vara do Trabalho desta capital, em que figuram como recorrentes e recorridos, simultaneamente, **ROLIMÃO - ROLAMENTOS INDUSTRIAIS DO MARANHÃO LTDA** e **HERBERT NONATO SOUSA SANTOS**, acordam os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos e, no mérito, negar provimento ao recurso do reclamante e dar provimento parcial ao recurso da reclamada, nos termos deste voto.

RELATÓRIO

Tratam-se de recursos ordinário e adesivo interpostos pelo reclamada ROLIMÃO - ROLAMENTOS INDUSTRIAIS DO MARANHÃO LTDA e pelo

reclamante HERBERT NONATO SOUSA SANTOS, em face da decisão (fls. 154/164) proferida pela 3ª Vara do Trabalho de São Luís/MA que, julgando parcialmente procedente a reclamação trabalhista, reconheceu o direito à estabilidade do autor, declarando nula a dispensa sem justa causa e condenando a empresa a reintegrá-lo no mesmo cargo, lotação e remuneração, com o conseqüente pagamento dos salários vencidos e vincendos até a efetiva reintegração. No entanto, não acolheu, a decisão de piso, os pedidos de dano moral, horas extras e o pagamento dos salários na base de R\$ 400,00 com diferença em 13º salário, FGTS e INSS.

Embargos de declaração opostos pela reclamada (fls.169/171) foram acolhidos parcialmente (fls.177/179)

Inconformada, a reclamada insurge-se contra o julgado, aduzindo, em suas razões recursais (fls.185/193), que não há que vigorar a estabilidade reconhecida na decisão *a quo*, eis que afronta as normas trabalhistas e previdenciárias. Ademais cumpre ser afastada a contradição do julgado que deferiu o direito aos salários vencidos e vincendos mesmo no período em que o reclamante encontrava-se no gozo do auxílio-doença, bem assim forçosa é a compensação dos valores já pagos a título de verbas rescisórias ao demandante. Nesses termos, requer a reclamada, ora recorrente, o provimento do recurso com o escopo de que seja reformada a decisão atacada.

Notificado para contra-arrazoar o recurso da reclamada, o reclamante interpôs recurso adesivo (fls.213/215), fustigando a decisão de piso unicamente no que tange ao não deferimento dos honorários advocatícios, razão pela qual vindica o provimento do recurso com a reforma do julgado nesse particular.

Em suas contra-razões, os recorrentes mantiveram suas posições antagônicas, oportunidade em que postularam pelo improvimento simultâneo dos recursos (fls. 207/212 e 226/229).

Não se vislumbrando interesse público, foi dispensado o encaminhamento dos autos à d. PRT, nos termos regimentais.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Atendidos seus pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos ordinário e adesivo.

MÉRITO

Assevera a reclamada/recorrente que a estabilidade obreira não merece prosperar, haja vista que ao retornar ao serviço, em 16.09.04,

o reclamante já não mais estava no gozo do auxílio-doença, auferido no período de 16.08.04 a 15.09.04, não fazendo, portanto, jus à estabilidade no emprego. Daí porque aduz que a dispensa efetivada após o término das férias do autor, 15.10.04, não ostenta o caráter arbitrário, vez que se encontra dentro do poder diretivo do empregador, motivado pelo clima de animosidade gerado pelo próprio reclamante.

Sustenta, outrossim, que a decisão *a quo* ficou-se incoerente tendo em vista que, a despeito de ter reconhecido a suspensão do contrato de trabalho no período em que o demandante esteve gozando o auxílio-doença, condenou a reclamada ao pagamento dos salários vencidos e vincendos, o que, na visão da recorrente, traduz um contra-senso, porquanto nesse período descabe o pagamento dos salários, já que o trabalhador se encontra percebendo o benefício previdenciário.

No mais, requer que seja reconhecido o direito à compensação das verbas rescisórias pagas ao trabalhador, caso se mantenha a condenação dos salários vencidos e vincendos, bem assim roga pela condenação do recorrido em custas processuais e honorários advocatícios.

O reclamante/recorrente, por sua vez, em suas razões do recurso adesivo, advoga que o trabalhador preenche o requisito para o deferimento dos honorários advocatícios, a teor da Súmula n. 219, na medida em que se encontra em situação econômica que não lhe permite demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua respectiva família.

Colimando facilitar a compreensão das questões em debate, imperiosa é a divisão dos temas para fins didáticos. Assim, iniciemos pela análise e julgamento das razões do recurso da reclamada. Vejamos.

Uma das maiores autoridades no assunto relacionado à AIDS no local de trabalho, Alice Monteiro de Barro, traçou as seguintes considerações a respeito:

Sob o prisma das relações de emprego, a questão da AIDS coloca em jogo direitos fundamentais: de um lado, o direito do cidadão a trabalhar, a não ser discriminado e a ter preservada a sua intimidade, impedindo que seja conhecido o seu estado de saúde, pelas graves conseqüências que tal conhecimento provoca, e, de outro lado, o direito da comunidade à saúde. Diante da contraposição desses direitos fundamentais, torna-se urgente a definição de políticas a serem adotadas pelo governo e por entidades sindicais para tornar efetivo o exercício desses direitos. Apesar de não haver convenção ou recomendações específicas dos organismos internacionais, **há instrumentos internacionais que poderão fornecer critérios para a formulação de políticas que projetam os direitos dos empregados e a saúde pública, como veremos a seguir.**

(...)

Atenta a essas circunstâncias, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em associação com a OIT, baixou instruções sobre a temática, por meio da **Declaração da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho**. Dessa declaração se infere que, na grande maioria dos ofícios ou profissões e das situações laborais, o trabalho não acarreta nenhum risco de contaminação ou transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para outro, seja de um empregado para um cliente ou de um cliente para um empregado (seção II, § 4º).

A mesma declaração acrescenta que **as pessoas soropositivas, sem sintomas da doença, devem ser tratadas como qualquer empregado, e às que apresentam sintomas ou enfermidade relacionados com o HIV ou com a AIDS deve-se atribuir o mesmo tratamento dado ao empregado enfermo** (seção III, § 1º).” BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Ed. Ltr, 2005, pág. 1121/1122.

Emana do trecho transcrito acima, a preocupação em nível internacional com a problemática ligada à AIDS no local de trabalho, sobretudo pelo fato de traduzir a origem para uma série de práticas discriminatórias no bojo da relação de emprego, notadamente pela falta de conhecimento sobre a doença.

O Procurador do Trabalho José Cláudio Monteiro de Brito Filho ensina que a discriminação encerra a materialização do preconceito, sendo esta uma doença social originada em múltiplos fatores, *v.g.*, do convívio social, no seio familiar, por fatores culturais, históricos e etc.

A discriminação, propriamente dita, representa o estabelecimento de distinções divorciadas dos critérios de razoabilidade e justiça entre sujeitos que se apresentam aparentemente em condições de igualdade. Certamente que o eventual estabelecimento de desigualdades com o fito de restabelecer a igualdade almejada pelo ordenamento jurídico atende aos ditames da isonomia em seu sentido material.

A discriminação engendrada no seio da relação de trabalho traduz uma forma odiosa de exploração da mão-de-obra humana. Repudiada por todos os seguimentos da sociedade, reclama pronta reprimenda por parte do Estado, porquanto afronta violentamente os valores comezinhos sobre os quais se assenta o Estado Democrático de Direito, dentre eles o princípio vetor da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88).

A propósito, não é demais acrescentar que ao lado da normatização internacional já mencionada acima, o ordenamento jurídico pátrio possui um valioso arcabouço jurídico destinado a combater esse mal social, bem como os efeitos deletérios dele decorrentes. Nessa senda, destacam-se,

no plano constitucional, os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I e III, 7º, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII e XXXIV e 170, todos da CF/88.

Na esfera do direito internacional, a convenção n. 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, veda a discriminação no acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho, por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social.

Na órbita do direito infraconstitucional, ressaltam-se os arts. 3º, 373-A e 461 da CLT e as disposições da lei 9.029/95, valendo salientar que esta lei especial vem sendo considerada o principal instrumento na luta contra a discriminação no trabalho, *in verbis*:

Art.1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

(...)

Art.4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Depreende-se, portanto, do sobredito diploma legislativo, que a discriminação, tanto na formação do contrato de trabalho quanto durante a sua vigência, é veementemente rechaçada pelo direito brasileiro, prevendo, inclusive, que no caso de demissão alicerçada nessa chaga social o empregado pode optar entre a readmissão com ressarcimento integral de todo período de afastamento (trata-se, a bem da verdade, de hipótese de reintegração) ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento.

No caso em apreço, por se tratar de empregado portador do vírus HIV, supostamente demitido com base na discriminação, convém perquirir se os fatos que cercaram a extinção do pacto ostentam essa mácula social, pois, se assim for, a dispensa levada a efeito pela reclamada será considerada arbitrária, vez que contrária à lei e aos princípios fundamentais catalogados em linhas pretéritas, dando margem à reintegração do obreiro.

Sobre o tema, entretanto, pondera Alice Monteiro de Barros:

À luz da legislação brasileira, o empregado soropositivo não goza de estabilidade provisória no emprego, salvo se houver disposição expressa em norma coletiva (acordo, convenção ou dissídio coletivo). Falta uma norma de alcance geral, que adote regras específicas destinadas a proteger os soropositivos contra a conduta discriminatória ensejadora de limites aos seus direitos e expectativas, em flagrante violação à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

(...)

Entretanto, é possível individualizar hipóteses de tutela internacional e constitucional dos soropositivos contra a discriminação, que passaremos a expor.

(...)

De que adiantarão as normas internacionais e constitucionais proibitivas de discriminação, se não as colocarmos no tempo ou as integramos na realidade? Sempre que possível, deverá o dispositivo constitucional ser interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia. É o princípio da 'máxima eficiência', do qual se extrai o entendimento segundo o qual a lei não emprega palavras inúteis, o que significa a impossibilidade de ignorar, na interpretação da Constituição, um artigo ou parte dele.

(...)

Atento para o alcance das obrigações internacionais de proteção contra a discriminação, o intérprete, autorizado pelo texto constitucional vigente, evitará a repetição de violação de direitos humanos, entre eles os direitos sociais, reagindo contra omissões da lei nacional e contribuindo para que possamos viver numa sociedade mais solidária e mais humana". BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, pág. 1134/1135.

Nessa direção, manifestou-se o Ministro José Luciano de Castilho Pereira:

Na esteira destes princípios, de algum tempo a esta parte, o Tribunal Superior do Trabalho tem dado um tratamento diferenciado à despedida do empregado, quando ela se prende à condição de aidético. É assim que, em 1997, a 2ª Turma do TST publicou Acórdão do Ministro VALDIR RIGHETTO:

“REINTEGRAÇÃO – EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS – CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do

direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil.” (RR-217791/95, publicado em 14/5/97).

No mesmo ano e na mesma Turma, há acórdão de minha lavra e com idêntica fundamentação (RR-205359/95 – Ac.12269/97, publicado em 19/12/97).

Em suma, em que pese não haver lei que disponha expressamente o direito de estabilidade do empregado aidético, a doutrina, acompanhada pela jurisprudência, vem admitindo-a com supedâneo na vasta legislação elaborada, consagradora do princípio da igualdade e, por conseguinte, na suplantação da discriminação.

Quanto à prova da discriminação, temos que, na clássica divisão do ônus da prova, compete ao autor provar os fatos constitutivos de seus direitos a teor do art. 818 da CLT c/c art.333, I, do CPC. Ocorre que nos casos de dispensa sobre o rótulo do *discrimem* comungamos com a tese defendida por boa parte da doutrina segundo a qual, diante da dificuldade da produção da prova urge ser invertido esse ônus em prol do trabalhador vítima da discriminação.

Nessa trilha, calha, mais uma vez, valermos-nos dos lúcidos ensinamentos de Alice Monteiro de Barros:

Assim, a dispensa do empregado portador do HIV, quando não comprovado um motivo justificável, presume-se discriminatória e arbitrária, devendo ser coibida, pois a permanência do trabalhador no emprego, além do caráter de laborterapia, irá propiciar-lhe a aquisição dos benefícios previdenciários (...).

Outro problema que, em regra, hoje se enfrenta, além da necessidade de inserção do princípio da não-discriminação por motivo de saúde nos ordenamentos jurídicos – princípios que, como vimos, já é previsto nas legislações de países desenvolvidos –, é a dificuldade de se comprovar o tratamento diferenciado, cujo ônus compete exclusivamente ao empregado que se considera discriminado. Dada a dificuldade de se desincumbir desse encargo, o que inviabiliza a efetivação do princípio em questão, já que se sugere a inversão desse ônus em Código-Tipo do Direito do Trabalho para a América do Sul, prevendo-se o ressarcimento dos prejuízos sofridos” BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, pág. 1136/1137.

Destarte, no caso em tela, cumpre a reclamada/recorrente demonstrar que efetivamente a dispensa do obreiro não foi motivada pelo fato de o trabalhador ter sido acometido do vírus da AIDS, ao revés, que a extinção do pacto ocorrera pela animosidade gerada pelo reclamante na empresa.

Compulsando os autos, não vislumbro sequer um elemento de prova que afaste a presunção de que a dispensa teve como base a doença a qual foi acometido o trabalhador. O fato de o trabalhador ter sido demitido tão logo tenha retornado das férias revela um forte indício de que a dispensa teve motivações discriminatórias, pois como o reclamante pode ter gerado tanto animosidade a ponto de dar ensejo a extinção do seu contrato de trabalho se o mesmo encontrava-se de férias.

A par dessa incongruência, temos que se o empregador considerou a atitude do trabalhador extremamente grave deveria tê-lo dispensado por justa causa, com fundamento na insubordinação, muito embora não vislumbramos a necessária proporcionalidade para justificar a referida penalidade.

Ora, esse comportamento da reclamada demonstra claramente a sua repulsa em relação à condição do reclamante, desejando, na realidade, afastar, a todo custo, o trabalhador do seu quadro funcional, tanto isso é verdade que logo em seguida ao gozo do benefício previdenciário pelo reclamante, a empresa lhe concedeu as férias, abrindo mão dos de seus serviços por dois meses, não obstante alegue, por dedução, que o labor por ele prestado era de grande importância para o estabelecimento, o que se conclui pelo fato de outros funcionários contactarem o trabalhador solicitando informações sob o mister por ele desempenhado.

Curial que se diga, ainda, que se revela pouco crível que a reclamada não tinha conhecimento do estado de saúde do reclamante, uma vez que o quadro geral apresentado pelo autor, na época de seu afastamento, denotava que o mesmo era portador do vírus HIV. Corroboram tal ilação as informações prestadas pelo preposto da empresa e por sua única testemunha:

que de vez em quando o reclamante passava mal na empresa” (fl.150).

que após um tempo o reclamante começou a apresentar perda de peso, diarréia, febre, tonturas; que as vezes o reclamante ia trabalhar mas não conseguia ficar no serviço (...) que o reclamante chegou a dizer ao depoente que ele estava com colite” (fl. 152).

Veja-se que se a própria testemunha da reclamada, que é portadora de deficiência visual congênita, foi capaz de notar todos os sintomas desencadeados pelo reclamante, o que dirá os representantes da

empresa e os demais funcionários, haja vista que se a empresa não tinha conhecimento da doença é porque o obreiro não tinha o interesse em divulgar a sua enfermidade, logo não há como se deduzir, por esse viés, que o obreiro tenha descrito aos seus colegas todos os problemas de saúde que vinha apresentando.

Desse modo, conclui-se que a reclamada não se desvencilhou do encargo de comprovar que a dispensa do reclamante não teve como causa a AIDS. Ao contrário, o que restou inconteste é que a reclamada, sob o pretexto de exercer o seu direito potestativo de rescindir o contrato de trabalho, ultrapassou os limites traçados pela lei, incorrendo em evidente abuso de direito, vez que não observou os fins sociais perseguidos pelo direito (art.197 do CC).

Sendo assim, não merece reparos, nesse particular, a decisão de piso, pois considerou, acertadamente, arbitrária a demissão do reclamante, por ter se baseado em motivos discriminatórios, atentatórios aos princípios mais caros da sociedade, dentre eles o da valorização do trabalho e o da dignidade da pessoa humana.

No tangente ao pedido de reforma da sentença no que pertine a condenação ao pagamento dos salários vencidos e vincendos em período acobertado pelo auxílio-doença, entendemos que, de fato, aí reside uma *contradictio in terminis*, pois se foi determinada a reintegração do obreiro liminarmente, posteriormente confirmada em decisão final, quando este ainda encontrava-se sob o prefalado benefício, por óbvio que quando este deixasse de usufruí-lo deveria retornar ao serviço, não havendo razão para o pagamento de salários vencidos.

No entanto, não nos é possível, com base na documentação constantes dos autos, afirmar se porventura o reclamante, ao término do gozo do auxílio doença, em novembro/2005 (doc. fls.225), não retornou ao serviço e que, portanto, deixou de perceber salários. Por tal motivo, inviável é a reforma da sentença nesse aspecto, contudo mister se faz a liquidação do julgado por artigos, a fim de se descortinar se no período posterior ao recebimento do benefício previdenciário o trabalhador ficou ao desabrigo de sua remuneração ou se eventualmente voltou a beneficiar-se de algum tipo de auxílio da previdência social.

E isso se reflete no pedido de compensação preconizado pela recorrente, porquanto, não obstante reconheçamos a sua plausibilidade, por cautela, não há como acolhê-lo em sua inteireza, tendo em vista que o valor da verba rescisória paga pela empresa somada aos depósitos acostados aos autos (fls.132, 165, 172 e 180) hão de assegurar o eventual período em que o trabalhador deixou de perceber salários ou o auxílio doença.

No caso de restar comprovado que o reclamante não ficou à míngua de seus salários após ter recebido o auxílio doença em outubro de 2005,

todo o valor depositado deverá ser liberado em prol da recorrente. Já na hipótese de os valores pagos pela demandada superarem o período em que este deixou de receber os salários e o auxílio doença, o remanescente deverá ser liberado em favor da empresa recorrente.

Assim, a única possibilidade na qual será devida a compensação propugnada será no caso de se reconhecer que ainda é devido o pagamento de salário vencido pela recorrente, ou seja, se o valor pago a título de verbas rescisórias acrescido dos depósitos colacionados no processo não encobrirem o período em o obreiro ficou sem receber salário ou parcela previdenciária.

Por último, não há como prosperar o pedido de condenação do reclamante em custas e honorários advocatícios, como requer a recorrente, eis que, para tanto, forçosa seria a sucumbência da parte recorrida, o que ora não se verifica.

Finalmente, passando ao exame das razões recursais do reclamante, restringidas ao pedido de aperfeiçoamento da sentença no tocante à condenação da reclamada nos honorários advocatícios, temos que o recorrente não demonstrou a presença concomitante dos requisitos autorizadores de seu deferimento, quais sejam, estar assistido por sindicato da categoria e perceber salário inferior ao mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Essa, aliás, é a melhor exegese do art. 790, § 3º, da CLT, c/c o art. 14 da Lei 5.584/70, confirmada pela Súmula n.219 do C.TST. Registre-se, oportunamente, que tal entendimento é justificado devido ao fato de o trabalhador poder demandar em juízo desassistido por advogado, devendo arcar com os honorários desse profissional caso abdique dessa prerrogativa.

Ante o exposto, pelos fundamentos indigitados supra, decido receber ambos os recursos e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso da reclamada a fim de que seja reformada a decisão *a quo* no que pertine a condenação em salários vencidos e vincendos e ao pedido de compensação, ficando, entretanto, condicionados à comprovação, em sede de artigos de liquidação, se o reclamante, em algum período, deixou de receber salários e auxílio doença, conforme especificado em linhas atrás. Outrossim, negar provimento ao recurso do reclamante para manter, no enfoque dos honorários advocatícios, incólume o *decisum* vilipendiado.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos e, no mérito, negar provimento ao recurso do reclamante e dar provimento parcial ao recurso da reclamada, a fim de que seja reformada

a decisão *a quo* no que pertine a condenação em salários vencidos e vincendos e ao pedido de compensação, ficando, entretanto, condicionados à comprovação, em sede de artigos de liquidação, de que o reclamante, em algum período, deixou de receber salários e auxílio doença, conforme especificado na fundamentação deste acórdão.

São Luís (MA), 07 de agosto de 2007.

JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
Desembargador Relator

ACÓRDÃO PLENO 2007

PROCESSO TRT - RORA Nº00478-2005-001-16-00-1

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
REVISOR/REVISOR: DESEMBARGADOR MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
RECORRENTE: FETRAF - FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA FAMILIAR DO MARANHÃO
ADVOGADO: DOMINGOS FRANCISCO DUTRA FILHO
RECORRENTE: FETAEMA - FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO MARANHÃO
RECORRIDO: OS MESMOS RECORRENTES
ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS (JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS)

EMENTA: A criação de Federação no nosso sistema de direito positivo deve ser feita por sindicatos e não por integrantes da categoria reunidos em assembléia, além de registro no Ministério do Trabalho. Inexistindo a criação por sindicato, e, ainda, inexistindo o registro e quebra do princípio da identidade, ou mesmo inexistindo quebra do princípio da identidade e de similaridade que fixam as dimensões da categoria e, ainda, sendo impossível a dupla representação na mesma base territorial, é ilegal a constituição de nove ente federativo.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário principal e recurso ordinário interposto de forma adesiva, oriundos da 1ª Vara do Trabalho desta capital, em que figuram como recorrente **FETRAF – FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA FAMILIAR DO MARANHÃO** e **FETAEMA – FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA DO ESTADO DO MARANHÃO**, sendo recorridos os mesmos.

Trata-se de recurso ordinário (fls. 339/376) interposto pela FETRAF – FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA FAMILIAR DO MARANHÃO, eis que inconformada com a decisão de fls. 333/337, que, rejeitando a preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho

para o exame da questão e, no mérito, julgou parcialmente procedentes os pedidos veiculados na inicial, anulando os seus atos de constituição e declarando a impossibilidade de sua regular existência, por violação ao art. 8º, II, da Constituição Federal.

Irresignada, nas suas extensas razões recursais, a recorrente sustenta que é fruto de desmembramento da recorrida e que não há obrigatoriedade do registro no Ministério do Trabalho. Para tanto, elenca uma série de distinções entre as Federações, concluindo que cuida de categoria específica.

Intimada para oferecer razões de contrariedade, a FETAEMA as ofertou às fls. 380/394, oportunidade em que também aviou o recurso ordinário de forma adesiva às fls. 415/418.

Sem contra-razões ao adesivo (fl. 423).

Não se vislumbrando interesse público, foi dispensado o encaminhamento dos autos à d. PRT, nos termos regimentais.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Recurso Ordinário e Recurso Adesivo

A FETRAF registra nas suas razões recursais que a sentença foi publicada em **20 de outubro de 2005**, com prazo recursal de 21 a 28 seguintes (fl. 340), o que tornaria tempestivo o seu apelo, já que interposto no último dia deste prazo (fl. 339), mas disso não há qualquer prova nos autos, à exceção da interposição do recurso no dia 28 de outubro de 2005.

Contrapondo essa assertiva, a certidão exarada à fl. 338, atesta que a sentença recorrida “foi publicada no Diário Oficial do dia **07.11.05**, à fl. 54,” com circulação no mesmo dia. Observo, ainda, que a juntada do recurso, cujo carimbo encontra-se no verso da mencionada fl. 338, ocorreu em **03.11.05**, ou seja, cronologicamente, anterior à certidão em comento, a qual data de **08.11.05**.

A vista de tais incongruências, com o escopo de dissipar dúvida e prevenir eventual questionamento futuro que viesse a alongar o andamento do presente feito que entre a sentença (30.08.05 – fl. 337) e a remessa a este Tribunal para apreciação do recurso (15.01.07 – fl. 423) já dispendeu dezesseis meses, procedi a buscas no *site* do Diário Oficial (www.tj.ma.gov.br/site/cons/diario.php) e pude efetivamente constatar que a publicação da sentença deu-se em **20.10.05**, à página 153, e não como consignado na certidão acostada à fl. 338.

Neste contexto, conheço do recurso, porquanto protocolado tempestivamente em **28.10.05**, considerando a publicação em **20.10.05**, conforme exposto em linhas acima, além de preencher os demais pressupostos de admissibilidade.

Por sua vez, o recurso interposto de forma adesiva pela FETAEMA merece ser admitido, pois atende, igualmente, aos requisitos legais para tanto.

MÉRITO

Recurso principal

Importa destacar, inicialmente, que os trabalhadores na agricultura familiar do Estado do Maranhão integram, pelo seu estatuto originário, a recorrida FETAEMA, consoante se deduz de seu art. 1º, § 1º, b), assim vazado:

Art. 1º

§ 1º - Para efeito deste Estatuto, são considerados trabalhadores e trabalhadoras rurais os que exercem atividades como:

b) pequenos produtores ou produtoras, agricultores e agricultoras familiares, qualquer que seja a condição legal da posse da terra (proprietários ou proprietárias, posseiros ou posseiras, assentados ou assentadas, meeiros ou meeiras, parceiros ou parceiras, arrendatários ou arrendatárias, etc), que exerçam atividade rural em regime de economia familiar, em condição de mútua dependência e colaboração, com ou sem ajuda de terceiros.

Sendo assim, tais trabalhadores compõem-se, dentre outras espécies de trabalhadores rurais, de integrantes da FATAEMA.

Há óbice para que, em tais situações, venham a compor uma categoria diferenciada, em face da solidariedade de interesses e similitude de condições de vida, consoante previsto no art. 511, §§ 1º a 4º, da CLT.

Os limites da identidade e similaridade fixam as dimensões dentro das quais a categoria profissional é homogênea (§ 4º do art. 511 da CLT), impedindo que na mesma base territorial componham ou organizem em outra entidade sindical.

Ademais, e sobretudo, a FETRAF – Federação do Trabalhadores na Agricultura Familiar do Maranhão não foi constituída ou organizada por sindicatos de trabalhadores rurais, consoante estabelecem e exigem os arts. 534, caput, e § 1º, art. 537, § 1º, e 515 da CLT, mas sim por uma comissão (fls. 86) que convocou alguns membros da categoria, os quais, reunidos em assembléia (fls. 54 e 55), decidiram pela criação.

A ilegalidade na forma de constituição, aliada com a duplicidade de representação na mesma base territorial, esta vedada no inciso II do art. 8º da CF/88, impedem a existência, o registro e a regularidade do novo ente.

Conquanto atualmente não haja mais a Comissão de Enquadramento Sindical funcionando, é firme a jurisprudência, tanto no âmbito da Excelsa Corte quanto no órgão de cúpula desta Especializada, no sentido de que, nada obstante a CF, no art. 8º, I, afastar a necessidade de autorização do estado para a criação de sindicato, bem como garantir a não interferência e a não intervenção deste na organização sindical, exige-se, até que lei venha a dispor a respeito, para que a representação seja tida como legítima, não só obediência à lei, como o registro emitido pelo Ministério do Trabalho e Emprego de tais entidades, a fim de se preservar a unicidade sindical. Esse é o sentido da súmula 677/STF e da OJ 15 da SDC/TST, assim grafadas, respectivamente:

Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade. Sindicato. Legitimidade *Ad Processum*. Imprescindibilidade do Registro no Ministério do Trabalho. A comprovação da legitimidade *ad processum* da entidade sindical se faz por seu registro no órgão competente do Ministério do Trabalho, mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Diante disso e, ainda, inexistindo prova nos autos de tal registro em relação à recorrente, nego provimento ao recurso da FETRAF.

Recurso adesivo da FETAEMA

Basicamente narra a FETAEMA que a federação aqui recorrida não vem cumprindo o comando sentencial que declarou nulos os seus atos constitutivos, em razão do que se impõe a aplicação de pena pecuniária na forma de multa.

Compulsando os autos, observa-se que a recorrente formulou pedido de imposição de multa diária pelo descumprimento da sentença (fl. 14, item 6.2). Todavia, não é que tal pedido tenha sido rechaçado pela sentença, o que resultaria na procedência apenas parcial, ele não foi, na verdade, examinado por ela. Isso, em princípio, atrairia a incidência do entendimento sedimentado na súmula 393/TST, a seguir transcrito, vedando-se, portanto, sua análise em fase recursal:

RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. ART. 515, § 1º, DO CPC. (CONVERSÃO

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 508	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 340 DA SDI-1)

O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de fundamento da defesa não examinado pela sentença, ainda que não renovado em contra-razões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença. (grifei)

Porém, o pedido é aquele que parte da doutrina denomina de medida de apoio, o qual visa o efetivo cumprimento do comando sentencial, podendo ser fixada, inclusive, de ofício pelo magistrado, a teor do que dispõe o CPC, art. 461, § 5º, por ocasião da execução.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos e, no mérito, negar provimento ao recurso ordinário e, por maioria, negar provimento ao recurso adesivo.

São Luís (MA), 14 de agosto de 2007

ALCEBIADES TAVARES DANTAS

Desembargador Redator Designado

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
REVISOR: DESEMBARGADOR ALCEBÍADES TAVARES DANTAS
RECORRENTE: ANTÔNIA DE PÁDUA MOUSINHO SEBA SALOMÃO NEVES
ADVOGADO: GUTEMBERG SOARES CARNEIRO
RECORRIDO: ALCOA ALUMÍNIO S.A. & BILLITON METAIS S.A.
ADVOGADO: KLEBER MOREIRA
ORIGEM: 6ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUIS-MA
(AMÍLCAR GONÇALVES ROCHA)

EMENTA: ASSÉDIO MORAL. CONFIGURAÇÃO. REQUISITOS. Para a configuração do assédio moral nas relação de trabalho, três requisitos são necessários: a conduta abusiva, a repetição dos ataques e o dano. O primeiro consiste na intenção do agressor de expor a vítima a situações incômodas e humilhantes, a fim de retirá-la do seu caminho ou mesmo do emprego. O segundo implica à repetição das condutas de forma sistematizada, ou seja, exige-se duração mínima (seis meses, em média) e que os ataques se repitam numa frequência de duas vezes por semana. O último requisito é o dano à integridade psíquica ou física da pessoa. **INDEMNIZAÇÃO. AMPARO JURÍDICO. PROVA ROBUSTA.** A vítima da coação moral pode buscar a reparação pelos danos lesados à sua personalidade, com fundamento no art.5º, incisos V e X, da CF/88, que garantem indenização a danos causados à imagem, à honra, à dignidade, à integridade física e até à própria vida, bem como no Código Civil (capítulo II do título IX). Todavia, para a indenização desse dano específico, há necessidade de produção de prova robusta, principalmente quando se trata de alegação de assédio vertical (praticado por superior hierárquico), porque o julgador terá de distinguir condutas próprias do poder diretivo com o abuso

dessas condutas. Ausentes as provas, não há se falar em assédio moral. **Recurso conhecido e não provido.**

RELATÓRIO

Trata-se de **recurso ordinário** interposto por **ANTÔNIA DE PÁDUA MOUSINHO SEBA SALOMÃO NEVES** em face da decisão da 6ª Vara do Trabalho de São Luís/MA, que julgou improcedentes os pedidos da autora, ao entendimento de que não restaram provados os ataques alegados pela reclamante e que, quanto à substituição de férias, o período era inferior ao previsto na convenção coletiva de trabalho da categoria para fins de pagamento (128/132).

Insatisfeita, a reclamante busca a reforma da sentença para ver deferido seu pedido de indenização por assédio moral, insistindo na configuração da conduta ofensiva do chefe imediato (fls.135/138).

Contra-razões da parte adversa, às fls.142/152, pela manutenção do julgado.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso interposto, vez que atendidos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

Trata-se de alegação de assédio moral no ambiente de trabalho que teria culminado com a demissão da obreira.

Inicialmente, cumpre fazer alguns esclarecimentos acerca da configuração dessa figura recém-difundida no universo jurídico pátrio.

Por assédio moral nas relações de trabalho – também conhecido, no Brasil, como manipulação perversa, terror psicológico, psicoterror e coação moral, além de mobbing (importado da Itália) e bullying (da Grã-bethanha) – tem-se a exposição prolongada e repetitiva do trabalhador a situações humilhantes e vexatórias no trabalho e/ou no exercício de suas funções, atentando contra sua dignidade e integridade física ou psíquica. As condutas são intentadas de forma maliciosa e abusiva, podendo ser por gestos, palavras ou comportamentos, atitudes organizadas ou sistematizadas que ameaçam o emprego do trabalhador ou degradam o clima de trabalho visando a sua exclusão do trabalho.

Como se pode extrair dessa definição, para a configuração do assédio moral no meio ambiente de trabalho, três requisitos são necessários, a saber: a conduta abusiva, a repetição ou sistematização e o dano.

O primeiro consiste na intenção do agressor de expor a vítima a situações incômodas e humilhantes, a fim de retirá-la do seu caminho ou mesmo do emprego, através de condutas como isolamento do empregado; desconsideração de suas opiniões e de sua própria pessoa; gozação sobre seus defeitos físicos; divulgação de boatos maldosos; ataques à reputação e à família; delegação de tarefas flagrantemente superiores ou inferiores à sua capacidade; imputação de erros inexistentes; orientações, ordens ou instruções contraditórias e imprecisas; críticas em público; imposição de horários e tarefas injustificadas; atribuição de sobrecarga injustificada de trabalho; não atribuição de qualquer incumbência ao empregado; proibição de contato com outros colegas de trabalho; rigor excessivo; provocações; rebaixamento de função; ameaças constantes de despedidas, comentários desabonadores, dentre outros.

O segundo implica à repetição das condutas de forma sistematizada, ou seja, os ataques são repetidos e têm a finalidade de desestabilizar a vítima para o seu completo aniquilamento profissional.

Heinz Leymann, o pai do mobbing, entende que é necessária duração mínima de seis meses e que os ataques se repitam numa frequência média de duas vezes por semana, mas, é claro, tal não importa em regra, devendo o exame ser casuístico.

O último requisito é o dano à integridade psíquica ou física da pessoa. Há quem sustente que o trabalhador deve apresentar os sintomas da doença, mas, para outros, basta a verificação dos ataques repetidos com a intenção de eliminar a vítima do ambiente laboral, porque o dano seria presumido, já que essa agressão tem a natureza psicológica de atentado à dignidade psíquica do indivíduo, entendimento que parece melhor expressar um juízo de razoabilidade.

O assédio moral tem se revelado uma categoria jurídica autônoma, em razão do que merece tratamento jurídico próprio, apesar de ainda não haver legislação específica em âmbito federal. Suas causas são diversas, mas a principal são as conseqüências da globalização que, em nome de um trabalho ou de sua manutenção, desencadeiam uma competitividade desenfreada, um individualismo exacerbado e uma concorrência sem medidas, fazendo do “homem lobo do próprio homem”, não raras vezes, em virtude do assediador estar fora do conceito de empregabilidade (necessidade do profissional se prover de conhecimentos e habilidades que o façam atraente para o mercado de trabalho dentro ou fora do

emprego e da empresa)¹

Estudos têm revelado que a vítima do terror psicológico – que é violentada no conjunto de direitos que compõem a sua personalidade –, em alguns casos, fica tão perturbada que nem sabe como reagir, seja por não encontrar apoio junto aos colegas ou na direção da empresa, seja por medo de perder o emprego ou porque acaba se achando culpada por toda a situação, mantendo-se, então, presa nas garras do perverso, perdendo, com o tempo, a auto-estima e a capacidade laborativa, acabando por ficar triste, isolada, e por vezes, perdendo o equilíbrio emocional a ponto de cometer suicídio.

Mas, em contraponto a esta onda maléfica da globalização no mercado de trabalho, tem se levantado o substrato axiológico, ou valorativo, do princípio da dignidade humana que reside no enaltecimento do ser humano, apenas enquanto ser humano – independentemente de qualquer conotação patrimonialista – passando a ser o homem o vetor regente das relações em sociedade, onde a dignidade humana é o objetivo a ser buscado e alcançado por todos.

Nesse contexto se insere o combate ao assédio moral e a respectiva indenização pelos danos causados às vítimas, tudo com fundamento no art.5º, incisos V e X, da CF/88, que garantem indenização a danos causados à imagem, à honra, à dignidade, à integridade física e até à própria vida. Também no Código Civil, mais precisamente no capítulo II do título IX, que trata das indenizações (artigos 944 a 954), se encontra essa proteção.

Some-se a isso o fato da Constituição Federal garantir a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de modo a permitir sadia qualidade de vida às pessoas. E, como responsável por este equilíbrio, a CF/88 deixou o Poder Público em parceira com a sociedade. Portanto, em se tratando de meio ambiente de trabalho, é certo que o explorador da mão-de-obra assume o primeiro lugar na lista dos responsáveis por esse encargo.

Todavia, há necessidade de produção de prova robusta para a indenização desse dano específico, principalmente quando se trata de alegação de assédio vertical (praticado pelo superior hierárquico), porque o julgador terá de distinguir condutas próprias do poder diretivo com o abuso dessas condutas. Aliás, nessa matéria, o campo é árido, dada a maneira sutil e dissimulada dos ataques. Algumas provas são produzidas através de anotações das humilhações sofridas, o dia, a hora, o mês, local, nome do agressor, colegas que testemunham o fato, cartas, memorandos, bilhetes, indícios que podem ser confrontados com outros e formarem a

¹ Pinto, José Augusto Rodrigues. Empregabilidade e Precarização do Emprego. **Revista LTr**, jan. 2007, p. 8

convicção do juiz.

Na hipótese dos autos, por exemplo, não existem provas que revelem ataques repetidos dos superiores hierárquicos da autora capazes de caracterizar o assédio moral pretendido. Vejamos.

A obreira afirma que sofrera assédio moral por parte do seu chefe imediato, Sílvio Borges Costa, a ponto de lhe impingir forte pressão psicológica, culminando na sua demissão, por baixa produtividade, em perseguição que se iniciou em setembro/05, com a entrada do citado chefe, estendendo-se até 08 de novembro do mesmo ano, quando a autora foi demitida. Fatos estes narrados na peça inicial, à fl.04. E, no depoimento pessoal, à fl.27, a autora estendeu essa acusação ao chefe anterior, Sr. Daniel Matos de Araújo, a quem estaria subordinada no período de janeiro a julho/05, e com quem disse ter havido vários problemas e discussões, porque, segundo declarou, este lhe atribuía tarefas inerentes à sua função, enquanto se trancava numa sala para estudar.

No entanto, de provar tais fatos não se desincumbiu a reclamante, muito menos da suposta intenção do agente. A única prova produzida foi testemunhal e, mesmo assim, insuficiente para esse intento. Ao contrário, a primeira testemunha da reclamante, Andréa de Jesus Lemos Sousa (fl.56), chegou a dizer que “**não presenciou nenhum desentendimento da mesma com o chefe imediato; que nunca viu nenhum comentário dos chefes imediatos da reclamante a respeito do seu trabalho**” (destacado).

Também a segunda testemunha da reclamante, Daniel Palhares da Costa (fl.56) prestou depoimento contrário à tese autoral, ao dizer que “*durante o período de trabalho em conjunto do depoente com a reclamante os chefes dos setores foram os Srs. Tarcisio e Daniel; que o Sr. Tarcisio era um bom chefe e quanto ao Sr. Daniel o depoente não tinha do que reclamar; **que a reclamante também não fazia queixas do comportamento do Sr. Tarcisio e do Sr. Daniel***” (destacado).

Mas não é só. Na exposição da peça inicial, quando informa que, durante a gerência do chefe imediato, Daniel Marques, as atividades que exercia, alegando serem próprias do seu chefe, não lhe eram submetidas com o objetivo de perseguição ou de se livrarem dela, acaba por afastar um dos requisitos da configuração do assédio moral, qual seja, a intenção maléfica do agente - o dolo específico.

Vê-se, ainda, enfraquecida a consistência dos argumentos da autora nas contradições constantes da própria peça inicial (fl.04), pois ali informou que a perseguição teve início com a entrada do novo chefe, Sílvio Borges, em setembro/05, e contrariando essa fala disse que antes de setembro/05 havia usufruído licença médica para tratamento de saúde “*pelo prazo de quinze dias, a fim de tentar curar o mal de que padecia*”,

deixando claro que, em tal época (antes da entrada do novo chefe), já estava acometida dos males alegados (estresse e depressão).

Dessa forma, se não cuidou a reclamante de comprovar haver sofrido agressão psicológica no ambiente de trabalho, suficiente a configurar abuso de poder, estresse profissional ou *burn out* – também passíveis de indenização por dano moral –, improcedente é a sua pretensão.

Quanto ao pedido de Justiça Gratuita para isenção de custas processuais, também impertinente, eis que já contemplado na sentença primária (fl.132).

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso, e, no mérito, negar-lhe provimento para manter a decisão de 1º grau.

São Luís (MA), 25 de julho de 2007.

LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
Desembargador Relator

ACÓRDÃO PLENO/2007

PROCESSO TRT - RO Nº00587-2005-001-16-00-9

RELATOR: DESEMBARGADOR AMÉRICO BEDÊ FREIRE
REVISOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
RECORRENTE: TOMÉ ENGENHARIA E TRANSPORTES LTDA.
ADVOGADO: SIDNEI GARCIA DIAZ
RECORRIDO: SAMUEL SILVA SANTOS
ADVOGADO: GEOMILSON ALVES LIMA
ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
(FRANCISCO JOSÉ CAMPELO GALVÃO)

EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO – DANO MORAL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. A responsabilidade civil do empregador, por acidente de trabalho decorre da previsão no art.7º, XXVIII, da Constituição Federal e artigo186, do Código Civil, exigindo o nexos causal entre a ocorrência do dano e a conduta do empregador. **In casu**, cabia ao empregador zelar pela integridade dos seus empregados, diligenciando, principalmente, o cumprimento das medidas e normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho. Não tendo obedecido o disposto na lei, ao não fazer cumprir as normas de uso dos EPI's, assumiu o empregador o risco de dano sofrido pelo obreiro. Por isso, impõe-se-lhe a obrigação da indenização por dano moral. **Recurso conhecido e parcialmente provido.**

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, interposto por **TOMÉ ENGENHARIA E TRANSPORTES LTDA.**, contra r. decisão de fls. 150/153, prolatada pelo MM. Juiz da 1ª Vara do Trabalho de São Luís/MA, que, após regular instrução do feito, extinguiu o processo, sem julgamento do mérito, quanto aos pleitos de saldo de salário, férias com um terço, 13º salário, multa do art.477, da CLT, FGTS com a multa de 40% e da indenização da estabilidade acidentária e julgou parcialmente procedentes os pedidos da reclamação trabalhista interposta contra

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 516	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

SAMUEL SILVA SANTOS e deferiu-lhe indenização por dano moral decorrente de acidente de trabalho, no valor de R\$ 5.880,00 (cinco mil, oitocentos e oitenta reais) e honorários advocatícios de 10%.

O reclamado recorreu, às fls.175/186, argüindo, preliminarmente, que quanto aos pleitos de saldo de salário, férias com um terço, 13º salário, multa do art. 477, da CLT, FGTS com a multa de 40% e da indenização da estabilidade acidentária deveriam ser julgados nos termos do art. 269, do CPC, ou seja, com julgamento do mérito. Diz que a indenização por danos morais é indevida. Contesta, também, os honorários advocatícios.

Contra-razões, fls. 198/202, pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os requisitos legais, conheço do recurso.

MÉRITO

O reclamado recorreu, às fls.175/186, argüindo, preliminarmente, que quanto aos pleitos de saldo de salário, férias com um terço, 13º salário, multa do art.477, da CLT, FGTS com a multa de 40% e da indenização da estabilidade acidentária deveriam ser julgados nos termos do art.269, do CPC, ou seja, com julgamento do mérito.

Conforme disposto no art. 80, do Decreto nº 3.048/1999, o acidentado em gozo de auxílio-doença-acidentário é considerado pelo empregador como licenciado. No mesmo sentido também dispõe o art. 476, da CLT, que considera em licença não remunerada o empregado em gozo de seguro-doença ou auxílio-enfermidade.

Em que pese o documento de fls.20 noticiar, em 30/12/2004, que o obreiro cumpriu o Programa de Reabilitação Profissional, os documentos de fls.17, datado de 22/01/2005, mostra que o benefício auxílio-acidente continuou a ser concedido ao acidentado, o que prova que não houve a efetiva alta, ou seja, a reabilitação do obreiro não foi de toda concluída.

Desse modo correta da decisão do MM. Juiz, que julgou prejudicada a análise do pleito das verbas acima em referência, eis que o contrato de trabalho se encontra suspenso, por se encontrar o obreiro em gozo de auxílio previdenciário.

Quanto ao pedido de compensação dos valores pagos ao obreiro a título de salário com o valor da indenização pelos danos decorrentes

do acidente de trabalho, vale ressaltar, a princípio, que a compensação só pode ser argüida com a contestação (Súmula nº 48, do TST), porém na peça contestatória de fls.26/35 nem nas razões finais, fls.146/148, a recorrente não se reporta em nenhum momento à matéria, sendo-lhe defeso inovar a defesa em sede de recurso.

Além do mais, se o obreiro se encontrava incapacitado para o trabalho, tendo se submetido a Programa de Reabilitação o qual, como vimos, não chegou a se concluir, não poderia realmente retornar as suas atividades.

Por outro lado, os recibos de fls.117/124 não constam assinatura do obreiro, não provando, assim, o pagamento efetivo de tais valores.

A recorrente se insurge também contra a indenização por danos morais, que no seu entender é indevida.

Não há mais dúvida de que acidentes ocorridos no ambiente laboral, que causem dano material e/ou moral ao empregado, podem ensejar a possibilidade jurídica de reparação, posto que a higidez física e moral do empregado se encontra tutelada não apenas pela lei, mas consta na Magna Carta brasileira, art. 7º, inciso XXVIII.

Conforme dispõe a norma constitucional, o empregador está obrigado à indenização, quando incorrer em dolo ou culpa. Na aferição da responsabilidade há que se observar alguns requisitos, os quais consistem em: existência do dano, o nexa causal e a culpa empresarial.

Da análise sumária dos autos, restou incontroverso a existência do dano, posto que não negado o infortúnio laboral sofrido pelo recorrente.

Também restou devidamente provado o nexa entre o acidente e a incapacidade do obreiro, inclusive as seqüelas do acidente foram reconhecidas pelo órgão previdenciário, conforme documento de fls.19 e 20 e às fls.131/141, que comprovam a redução da capacidade laboral.

Quanto à verificação da existência de culpa, em qualquer de suas modalidades (negligência, imprudência ou imperícia), destaca-se, desde logo, que não mais prevalecer o enunciado nº 229 da súmula/STF, que restringia a responsabilidade do empregador pela indenização de direito comum aos casos de dolo ou **culpa grave**. De modo que, a culpa do empregador, ainda que levíssima, possibilita a indenização por dano sofrido pelo empregado.

Do conjunto probatório, pode concluir que o ambiente laboral oferecia risco de acidentes, tendo a reclamada negligenciado com a segurança do seu empregado, quando utilizou equipamentos inadequados para o transporte deste de uma plataforma para outra, o que no caso seria adequada o uso da gaiola, expondo-o o obreiro conscientemente a risco.

Não se sustenta a tese de que a negligência foi do empregado por não usar os EPI's e o meio adequado para ser transportado, posto

que é obrigação da empresa observar as normas de segurança e saúde do trabalho (art.157, CLT) que consistia, se não eliminar por completo o risco, ao menos diminuí-lo ao máximo possível, não bastando para tanto, o simples fornecimento de aparelho de proteção, mas diligenciar o efetivo uso do equipamento pelo empregado. E isto que emana da Súmula do c. TST. Nº289.

Tanto é assim, que a própria norma celetista autoriza a dispensa por justa quando há recusa injustificada do empregado no uso dos EPI's, a teor do disposto no art.158, da CLT.

Quanto à prova do dano, no caso de acidente de trabalho, provado o fato e o resultado lesivo o dano moral está ínsito na própria ofensa. No caso, não se pode dizer o dano ficou no plano da mera alegação.

É incontestável o reconhecimento de que aquele que teve sua capacidade para o trabalho prejudicada pelo resto da vida, conforme parecer do órgão da Previdência sofreu dano moral, sendo desnecessário exigir-se a prova de dor ou de aflição ou de constrangimento porque tais fenômenos são inatos na alma humana como reações naturais a agressões à integridade física e à harmonia fisiológica.

Ademais o fato de o acidentado perceber benefício previdenciário não isenta o empregador de indenizar o dano causado, conforme disposto no art.121, da Lei 8.213/91.

In casu, cabia ao empregador zelar pela integridade dos seus empregados, diligenciando, principalmente, o cumprimento das medidas e normas de segurança e saúde no ambiente de trabalho. Não tendo obedecidos tais normas de segurança, não fazendo cumprir as normas de uso dos EPI's, assumiu o empregador o risco de dano sofrido pelo obreiro. Por isso, impõe-se-lhe a obrigação da indenização por dano moral.

Em relação à redução do *quantum* para dois salários mínimos, como requer a recorrente, não lhe assiste razão. O MM. Juiz foi bastante parcimonioso no arbitramento do valor do dano em R\$ 5.880,00(cinco mil oitocentos e oitenta reais).

Entendo, que tal valor é consentâneo com a extensão da ofensa e a situação patrimonial da empresa e o grau de culpa do empregador.

Também não se poderá dizer que a indenização deferida trará lucro ao recorrente ou será para este fonte de enriquecimento. O valor da condenação, no presente caso, jamais reparará, na íntegra, o dano sofrido, apenas compensá-lo-á parcialmente e amenizará a dor moral.

Por outro lado, servirá de desestímulo ao causador do dano (caráter pedagógico), que com certeza diligenciará mais as normas de segurança de seus empregados.

Em relação aos honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho estes são disciplinados por legislação específica, ficando a sua percepção

condicionada ao preenchimento das exigências contidas no art.14, da Lei nº 5.584/70, conforme dispõe o Enunciado nº 219, do c. TST. Não preenchidos os requisitos legais, reforma-se a sentença para excluir os honorários da condenação.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para reformar a sentença e excluir honorários advocatícios.

São Luís (MA), 06 de fevereiro de 2007.

AMÉRICO BEDÊ FREIRE

Desembargador Federal do Trabalho - Relator

ACÓRDÃO PLENO/2007

PROCESSO TRT - RO Nº00609-2004-013-16-00-0

RELATOR: DESEMBARGADOR AMÉRICO BEDÊ FREIRE
REVISOR: DESEMBARGADOR MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
RECORRENTE: AGROINDUSTRIAL DE MADEIRAS LTDA - AGRIMCO E OUTRA
ADVOGADO: MARIA AUCIMERE SOARES FLORENTINO
RECORRIDO: ARISTON FERREIRA DE SOUSA
ADVOGADO: ISRAEL DE OLIVEIRA E SILVA
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE AÇAILÂNDIA (HIGINO DIOMEDES GALVÃO)

EMENTA: PERÍCIA. NEGATIVA DENOMEAÇÃO DE PERITO OU TÉCNICO ASSISTENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA. De acordo com o art. 826, da CLT, a nomeação de perito ou técnico para acompanhar a elaboração de laudo pericial é prerrogativa das partes, de sorte que não caberia ao juiz negar o contraditório, principalmente quando pleiteado pelo interessado. Configurado o cerceamento do direito de defesa, nula é a sentença, razão porque se impõe sejam os autos devolvidos à origem a fim de que seja reaberta a instrução e, se necessário, nomeado novo perito para elaboração do laudo pericial, desta vez intimando os respectivos assistentes da data e do local da realização da perícia. **Recurso conhecido e provido.**

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, interposto por **AGROINDUSTRIAL DE MADEIRAS LTDA - AGRIMCO E OUTRA** contra r. decisão de fls.170/176, prolatada pelo MM. Juiz Vara do Trabalho de Açailândia/MA, que, após regular instrução do feito, decidiu rejeitar a preliminar de inépcia e de carência de ação; rejeitar a arguição de prescrição; declarar a ocorrência de grupo econômico empregador; reconhecer a incapacidade laborativa do autor e julgar procedente em

parte a ação acidentária de **ARISTON FERREIRA DE SOUSA**, pra condenar a parte reclamada a pagar as seguintes verbas com atualização monetária e juros de mora: pensão vitalícia do valor equivalente a 2/3 do salário mínimo por 33 anos, desde novembro/2001, inclusive 1/3 de férias, 13º salários e valores do FGTS, reparação de danos morais no valor equivalente a cem salários mínimos.

Embargos interpostos, às fls. 185/190 e fls.191/194, julgados parcialmente providos para suprir a omissão do julgado, quanto ao direcionamento da condenação, determinando a responsabilidade solidária entre as reclamadas AGRIMCO – AGRO INDUSTRIAL DE MADEIRAS LTDA E CIKEL – COMÉRCIO E INDÚSTRIA KEILA S/A, nos termos do art. 2º, § 2º, da CLT e art. 897-A da CLT.

As reclamadas AGRIMCO – AGRO INDUSTRIAL DE MADEIRAS LTDA e CIKEL – COMÉRCIO E INDÚSTRIA KEILA S/A interpuseram recurso ordinário alegando que a CIKEL S/A foi chamada à lide por iniciativa do juiz; que não lhe foi encaminhada sequer a cópia da inicial a fim de saber do que se tratava; que na ausência o MM. Juiz afastou completamente a produção de provas, a oitiva das partes em sua totalidade e o pleito do recorrido, até exarcebando os próprios pedidos, incorrente em julgamento *extra petita*.

Preliminarmente alega a incompetência da Justiça do Trabalho para a lide; a não caracterização de Grupo Econômico e carência de ação em face da AGRIMCO LTDA; preciação bienal e quinquenal; nulidade do processo por chamamento irregular ao processo; cerceamento de defesa; julgamento Extra Petita.

No mérito, aduzem que não houve a demonstração de incapacidade laboral do recorrido, tanto em face da já aludida nulidade do laudo pericial quanto porque o recorrido não fez prova alguma da incapacidade laboral, não se prestando as fotografias da época do acidente para fazer prova alguma, uma vez que a situação, a partir de então mudou radicalmente, tanto que o INSS reputou o recorrido apto para o trabalho.

Diz que o ônus de provar que se encontra incapacitado para o trabalho é do recorrido, não podendo o juiz, por mera presunção, dizer que há em favor deste indício de incapacidade já que não há prova de que tenha comparecido à empresa, sendo que neste ponto, o MM juiz não permitiu à empresa produzir a referida prova.

Alega que a lei aplicável ao caso seria a da época do acidente, o que derruba o fundamento da decisão que fez remissão ao art.932, II, do CC.

Para as recorrentes, não houve comprovada culpa alguma das recorrentes, pois dispensaram todos os cuidados necessários ao tratamento médico do recorrido; que mesmo reconhecida a culpa leve, a condenação em pensão mensal vitalícia de 2/3 do salário mínimo e demais

acessórios mostra-se incompatível com o reconhecimento de culpa leve; que não se trata de culpa objetiva, mas de obrigatória demonstração de culpa ou dolo, na modalidade subjetiva, a fim de demandar indenização da espécie, conforme preceitua o art. 7º, XXVII, da CF/88.

Entendem, ainda, as recorrentes, não caber condenação em verbas como um terço de férias, 13º salário, FGTS, pois só teria direito a elas caso estivesse em atividade, pelo que deve ser afastada sua condenação.

Dizem se mostrar contraditória a sentença ao deferir a indenização no valor equivalente a 100 salários mínimos quando reconhece apenas a culpa leve no acidente, em franco colisão com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da racionalidade e com o grau de culpa reconhecido.

Requer, ao final, a reforma da sentença para que seja reputado improcedente a reclamatória.

Contra-razões, fls.223/228, pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os requisitos legais, conheço do recurso.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Alega as recorrentes a incompetência desta Justiça Especializada para emitir julgamento sobre acidente de trabalho.

Sem razão. Esta é matéria que já se encontra decidida pelo Supremo Tribunal Federal que definiu ser da competência da justiça trabalhista, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, o julgamento das ações de acidentes do trabalho, ainda quando a postulação se trata de danos decorrente do infortúnio.

Merece destacar que, no presente caso, o que determina a competência desta Justiça Especializada é a relação jurídica material havida entre as partes, pouco importando se a controvérsia deva ser dirimida com espeque do Direito Civil ou do Direito do Trabalho.

Rejeito a preliminar

PRELIMINAR DE NULIDADE POR CHAMAMENTO IRREGULAR AO PROCESSO

A recorrente CIKEL S/A alega que foi chamada à lide por iniciativa do juiz; que tal iniciativa viola o princípio da vinculação do juiz ao pedido; que o chamamento ao processo é inaplicável na Justiça do Trabalho e, mesmo que se admitisse tal instituto, deveria ser por provocação da parte, devendo-se especificar sob qual das hipóteses do art. 77, do CPC, estaria sendo chamada a reclamada para se defender.

Na exposição de suas razões, a recorrente confunde o instituto do “Chamamento ao Processo” (art.77/80, do CPC) com a a figura do litisconsorte passivo (art.46/49, do CPC) este último plenamente aplicável ao processo do trabalho, sendo inclusive corriqueira a formação litisconsorcial, no processo do trabalho, quando se trata de responsabilidade solidária ou subsidiária.

Ao contrário do que alega a recorrente, o autor na inicial indica a CIKEL como a real empregadora, colacionado cópia do contrato de trabalho, fls. 07, firmado com a CIKEL S/A, afirmando que os proprietários desta são os mesmo da AGRIMCO, e por isso direciona a esta a pretensão.

Como bem argumentou o MM. Juízo “a quo”, ao julgador cabe a direção do processo (art.765, da CLT), sendo perfeitamente possível determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento da causa, a fim de buscar a verdade real dos fatos.

Ademais, a empresa CIKEL S/A foi devidamente intimada para compor a lide (fls.142) sendo-lhe dada a oportunidade de defesa (fls.146/158) e de se manifestar a cerca da inicial e dos documentos em audiência, conforme Ata de Audiência, às fls.144, tendo nesta oportunidade exercido seu direito de defesa, complementando, oralmente, a sua contestação.

Desse modo, em nome do Princípio da Transcendência, não há que se cogitar de nulidade porque não demonstrado o prejuízo da parte interessada.

Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Aduz a recorrente que o MM. Juiz realizou instrução e julgamento, não respeitando a decisão anteriormente prolatada, às fls.129, que deferiu o pedido de anulação do laudo pericial elaborado sem a intimação às partes da data e do local de realização, não lhes dando oportunidade de acompanhar a perícia através de assistente técnico.

Acolho os argumentos das recorrentes neste ponto. O art.826, da CLT, faculta às partes a nomeação de perito ou técnico para acompanhar a elaboração de laudo pericial. Entendo que tal faculdade pertence às partes e não ao juiz, o qual não poderia negar o contraditório, principalmente

quando pleiteado pela parte. É esta quem decidirá sobre a prescindibilidade ou não do acompanhamento da perícias pelos assistentes.

Ainda que a impugnação do laudo não tenha recaído sobre o impedimento ou suspeição ou sobre método empregado na aferição da capacidade laborativa, ou mesmo sobre a ocorrência do sinistro, ao meu ver tal peça é necessária para se aferir as reais consequência do acidente na capacidade laborativa do obreiro.

Assim, configurado o cerceamento do direito de defesa, declaro a nulidade da sentença e determino seja reaberta a instrução e, se necessário, nomeado novo perito para elaboração do laudo pericial, desta vez intimando os assistente nomeados pelas partes da data e do local da realização da perícia.

Preliminar acolhida.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso, **rejeitar a Preliminar de Incompetência da Justiça do Trabalho, rejeitar a preliminar de nulidade por chamamento irregular ao processo, acolher a preliminar de cerceamento de defesa para reconhecer a nulidade da sentença e determinar o retorno dos autos para reabertura da instrução processual e elaboração de novo laudo pericial, com a intimação das partes e dos assistentes**

São Luís (MA), 24 de janeiro de 2007.

AMÉRICO BEDÊ FREIRE

Desembargador Federal do Trabalho - Relator

ACÓRDÃO PLENO 2007

PROCESSO TRT - ROS Nº01064-2005-003-16-00-2

RELATORA: DESEMBARGADORA MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
REVISOR: DESEMBARGADOR ALCEBÍADES TAVARES DANTAS
RECORRENTES: WENDEL DORNELES DE MORAES
ADVOGADO: FRANCISCO GOMES FEITOSA
RECORRENTES: SOUZA CRUZ S/A
ADVOGADO: CRISTIANO ALVES FERNANDES RIBEIRO
RECORRIDOS: OS MESMOS RECORRENTES
ORIGEM: 3ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
(LILIANA MARIA FERREIRA SOARES BOUÉRES)

EMENTA: DISPENSA POR JUSTA CAUSA. ATO DE IMPROBIDADE. AUTORIZAÇÃO DA EMPRESA. Não pode a reclamada aplicar ao empregado dispensa por justa causa pela prática de ato que é tipificado como ilícito fiscal, quando a própria empresa autorizou o procedimento irregular adotado pelo empregado. Cabe, nessa hipótese, a elisão da justa causa e o reconhecimento da dispensa imotivada. **VENDEDOR EXTERNO. ACORDO COLETIVO. NÃO SUJEIÇÃO AO REGIME DE HORAS EXTRAS.** Uma vez que o autor era vendedor externo não submetido a horário, a ele não se aplica o regime de horas extras, com a incidência, *in casu*, do art. 62, I, da CLT, havendo, inclusive, previsão de tal situação em Acordo Coletivo firmado entre a empresa e o sindicato da categoria do obreiro.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Trata-se de Recursos Ordinários interpostos contra decisão proferida na 3ª Vara do Trabalho de São Luís, nos autos da Reclamação

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 526	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

Trabalhista movida por **WENDEL DORNELES DE MORAES**, na qual, após regular instrução do feito, não tendo sido reconhecido pelo juízo *a quo* a configuração do ato de improbidade ensejador da justa causa aplicada ao autor, a reclamada **SOUZA CRUZ S/A** foi condenada a pagar ao reclamante as parcelas relativas a aviso prévio, férias vencidas (2004/2005) e férias proporcionais (2005-01/12), ambas acrescidas de 1/3, 13º salário proporcional, FGTS sobre aviso prévio, multa fundiária de 40%, além da obrigação de fazer relativa à entrega das guias do seguro desemprego, sob pena de multa diária (cf. fls.255-263).

Embargos Declaratórios opostos pela reclamada às fls.265-268, conhecidos e rejeitados pelo julgador primário, conforme decisão de fls.280-282.

Inconformado com a decisão de primeiro grau, o reclamante interpôs Recurso Ordinário às fls.284-296, pugnano pela condenação da reclamada no pagamento das horas extras e bem assim na indenização por danos morais, uma vez elidida a justa causa aplicada pela empresa ao autor.

Sustenta o reclamante/recorrente, basicamente, que não pode prevalecer o disposto no Acordo Coletivo (cf. fls.168-178) que exime a empresa do pagamento de horas suplementares aos trabalhadores externos, pois entende que se deve observar, nessa hipótese, o princípio da primazia da realidade sobre a forma, considerando-se que restou suficientemente demonstrado nos autos, pela prova testemunhal, o cumprimento de jornada extraordinária pelo obreiro.

De igual modo, a reclamada interpôs Recurso Ordinário às fls.297-314, argüindo preliminarmente a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, sob o argumento de que a decisão de primeiro grau restou omissa no que se refere à não indicação da responsabilidade de cada parte quanto à quota da parcela previdenciária e no que tange à aplicação do art. 459, § único da CLT relativo à atualização do débito. Alega, nesse sentido, que, mesmo com a oposição dos Embargos Declaratórios às fls.265-268, a prestação jurisdicional permaneceu incompleta, razão pela qual requer a nulidade da decisão recorrida, com retorno dos autos à Vara de origem para nova decisão. Pleiteia, outrossim, a exclusão da multa que lhe foi aplicada pela oposição de embargos considerados protelatórios.

Por seu turno, sustenta, no mérito, que restou demonstrado nos autos que o reclamante cometeu fraude fiscal sem que tenha havido autorização da reclamada/recorrente para a prática de tal ilícito e que, nesse sentido, houve a configuração da falta grave que ensejou a dispensa por justa causa do empregado. Aduz, ainda, que, ao contrário do entendimento formado pelo juízo *a quo*, houve prejuízo à empresa com a fraude fiscal

cometida pelo autor, porquanto, além de o reclamante ter descumprido política de comercialização por ele conhecida, tal fato afetou a imagem da reclamada perante seus clientes e implicou em vulnerabilidade fiscal com a possibilidade de uma autuação pela Fazenda Pública. Requer, desse modo, a reforma da decisão para que seja mantida a justa causa aplicada pela empresa ao obreiro.

Requer, ainda, a recorrente a exclusão da multa diária pela não entrega das guias do seguro-desemprego, por considerar que, para a percepção do benefício pelo reclamante, bastaria a este apresentar a sentença e certidão de trânsito em julgado, pois, no seu entender, não pode ser impedido de receber o benefício em virtude da não entrega das guias.

Pede, por fim, que, caso mantida a condenação, seja fixada a época própria para a correção monetária, a teor do disposto no art.459, § único, da CLT e no Enunciado 381 do c.TST, e sejam aplicados, quanto ao desconto previdenciário, o disposto no art.832, § 3º, da CLT, o Provimento 03/2005 da CGJT e o Enunciado 368 do c.TST.

O reclamante apresentou suas contra-razões ao Recurso Ordinário da empresa às fls.323-330, pugnando pelo improvimento do apelo da reclamada e pela manutenção da sentença na parte recorrida pela empresa.

A Souza Cruz S/A apresentou contra-razões às fls.332-357, requerendo a manutenção do julgado no que tange à não condenação em horas extras.

Sem parecer ministerial, por não se tratar de qualquer das hipóteses a que alude o art. 85 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Os Recursos Ordinários foram interpostos tempestivamente e subscritos por advogados regularmente constituídos nos autos, atendendo, assim, aos pressupostos de admissibilidade, razão pela qual merecem conhecimento.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Argúi a reclamada/recorrente a preliminar de nulidade do julgado

por negativa de prestação jurisdicional, sob o argumento de que a decisão de primeiro grau restou omissa no que se refere à não indicação da responsabilidade de cada parte quanto à quota da parcela previdenciária e no que tange à aplicação do art.459, § único da CLT relativo à atualização do débito. Alega, nesse sentido, que, mesmo com a oposição dos Embargos Declaratórios às fls.265-268, a prestação jurisdicional permaneceu incompleta, razão pela qual requer a nulidade da decisão recorrida, com retorno dos autos à Vara de origem para nova decisão.

Não há que se falar aqui em omissão na medida em que houve na parte dispositiva do julgado a determinação pelo julgador de primeiro grau do recolhimento das importâncias devidas a título de contribuição previdenciária. Há que se esclarecer, no entanto, que a definição do valor das referidas contribuições e bem assim das parcelas concernentes a cada uma das partes não é atribuição do julgador primário, mas deve ser feita, sim, na oportunidade da liquidação de sentença.

Também não há necessidade de determinação pelo juízo *a quo* da atualização monetária do débito trabalhista, porquanto o setor de cálculos deste Tribunal já adota o procedimento da atualização tal como previsto no art.459, parágrafo único, da CLT e no Enunciado n.381 do c.TST.

Assim, inexistente na decisão recorrida qualquer omissão que justifique a nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional, razão pela qual rejeito a preliminar argüida.

MÉRITO

Do Recurso da Reclamada

No mérito, sustenta a reclamada/recorrente que há prova nos autos de que o reclamante cometeu fraude fiscal sem que tenha havido autorização da reclamada/recorrente para a prática de tal ilícito e que, nesse sentido, houve a configuração da falta grave que ensejou a dispensa por justa causa do empregado e, ao contrário do entendimento formado pelo juízo *a quo*, houve também prejuízo à empresa com a fraude fiscal cometida pelo autor. Requer, desse modo, a reforma da decisão para que seja mantida a justa causa aplicada pela empresa ao obreiro.

Vale esclarecer, de início, que o autor laborava em atividade externa de venda de cigarros para a revenda nos comércios de São Luís. Também não pesa controvérsia sobre o fato de que o autor cometeu, efetivamente, o ato que deu ensejo a sua dispensa motivada, ou seja, que vendeu para um terceiro que não era cliente da reclamada utilizando-se de nota fiscal em nome de clientes cadastrados pela empresa, o que configura ato tipificado como ilícito fiscal. Com efeito, foi o próprio reclamante quem confessou

a prática de tal ato e bem assim que tinha ciência de sua ilegalidade, conforme se pode ver do seu depoimento pessoal de fls.53-55: “(...) *que efetivamente efetuou vendas para cliente não cadastrado pela empresa reclamada, em nome de outros clientes cadastrados, asseverando que tinha autorização verbal do gerente Allan Haynes Júnior; (...) que tinha conhecimento de que esse tratava de um ilícito fiscal e por tal motivo é que solicitaram a autorização da própria gerência; (...) que tinha conhecimento da existência de norma interna da empresa somente permitindo a venda para clientes devidamente cadastrados*”.

Há que se ponderar, no entanto, que restou também comprovado nos autos que constituía prática comum na empresa, ou pelo menos prática permitida pela empresa, a venda para terceiros em nome de clientes cadastrados sem a emissão da devida da nota fiscal.

Nesse sentido, o reclamante, em seu depoimento pessoal, nos informa “(...) *que a autorização do gerente para efetuar a venda irregular foi dada no dia 16/06/05, após reunião com os vendedores; que salienta que, ao final de cada mês, a fim de ser atingida as metas da filial, era determinado pelo gerente Allan Heynes que fosse efetuada vendas [sic] em nome de clientes cadastrados sem que efetivamente tivesse sido efetivada a venda, retendo-se os produtos no veículo de trabalho de cada vendedor, sendo que em seguida eram repassados (vendidos) a clientes sem que fosse emitida a devida nota fiscal*”.

Por seu turno, as testemunhas apresentadas pelo reclamante confirmaram que, embora houvesse na empresa norma regulamentar proibindo a venda a clientes não cadastrados, tal prática era corrente e havia mesmo a permissão tácita e algumas vezes a autorização expressa por parte da reclamada do tipo de procedimento irregular adotado pelo reclamante.

Desse modo, afirma a primeira testemunha ouvida às fls.223-225: “*que desde que entrou na empresa era comum haver vendas a clientes não cadastrados; que havia autorização expressa da gerência para autorização das vendas; que as vendas geralmente ocorriam nos eventos sazonais e para cumprimento de metas; que essas vendas eram realizadas pelos demais vendedores, com autorização da gerência*”.

No mesmo sentido, a segunda testemunha conduzida pelo autor, ouvida às fls. 225-226, nos esclarece “(...) *que a empresa possui uma norma que proíbe a venda de clientes não cadastrados; que chegou a presenciar diversas vendas a clientes não cadastrados; (...) que essas vendas algumas eram autorizadas pelo gerente e outras não; que não estava presente no momento da suposta autorização do gerente a venda que originou a demissão do reclamante por justa causa, mas ouviu de outros vendedores, após a demissão deles, que essa venda tinha sido*

autorizada pelo gerente”.

De igual modo, a última testemunha do reclamante, ouvida às fls.226-227, também afirma “(...) *que trabalhava na equipe do vendedor José Carlos; que chegou a presenciar vendas efetuadas pelo Sr. José Carlos para terceiros, utilizando-se de cadastro de outros clientes; que essas vendas de terceiros geralmente eram para cobrir vendas rejeitadas por outro cliente; que a nota fiscal saía no nome do cliente que recusava a mercadoria”.*

Por seu turno, as testemunhas levadas pela empresa reclamada confirmam o ato da venda que deu causa à dispensa motivada do autor mas não chegam a desconstituir a informação de que tal ato tenha sido autorizado pelo seu superior imediato e de que esse tipo de procedimento nas vendas era mesmo permitido pela empresa.

Desse modo, a prova dos autos nos indica com clareza que houve autorização da gerência da empresa para que o reclamante efetuasse a venda que deu ensejo à sua dispensa por justa causa e, ademais, que havia, de um modo geral, autorização ora tácita, ora expressa, da própria empresa para que, em nome do cumprimento das metas de venda, pudessem ser efetuadas vendas para terceiros em nome de clientes cadastrados. Ora, se a empresa autoriza o procedimento irregular adotado pelo empregado não pode apená-lo pela prática de tal ato com uma dispensa por justa causa sob a alegativa, já que, embora possa ter ocorrido o fato definido como falta grave (art. 482, a, da CLT), este foi permitido e mesmo autorizado pela empresa, configurando a concordância da empresa com a prática tipificada como ilícito fiscal.

Não é aceitável a alegativa da recorrente de que o ato do reclamante lhe trouxe prejuízo, porquanto, de um lado, a empresa auferiu vantagem econômica com as vendas realizadas pelo empregado, e, de outro, uma vez tendo autorizado a venda na forma efetuada pelo autor, assumiu os riscos e as conseqüências, inclusive jurídicas, daí decorrentes.

Requer, ainda, a recorrente a exclusão da multa diária pela não entrega das guias do seguro desemprego, por considerar que, para a percepção do benefício pelo reclamante, bastaria a este apresentar a sentença e certidão de trânsito em julgado, pois, no seu entender, não pode ser impedido de receber o benefício em virtude da não entrega das guias.

Não pode prosperar tal entendimento da apelante. Ora, quando o empregador dispensar por justa causa o empregado e depois houver reconhecimento por decisão judicial de que, na verdade, tratava-se de dispensa imotivada, como no caso dos autos, o obreiro passa a fazer jus à percepção do benefício do seguro-desemprego como direito decorrente do reconhecimento judicial da dispensa sem justa causa. Nesse sentido,

correto foi o comando sentencial ao determinar que a reclamada procedesse à entrega das guias do seguro-desemprego ao reclamante.

Ademais, cumpre esclarecer que o seguro-desemprego constitui benefício previdenciário e a sua percepção dependerá da entrega pelo empregador das guias respectivas, inclusive, com o preenchimento das informações atinentes ao empregado e à empresa, uma vez que constitui obrigação do empregador prestar informações e atender às exigências necessárias à concessão do benefício, nos termos e prazos fixados pelo Ministério do Trabalho. Ora, justamente por tratar-se de benefício previdenciário, compete à Justiça do Trabalho, em caso de descumprimento pelo empregador de suas obrigações para a percepção do benefício, impor tão-somente a obrigação de fazer relativa à entrega das guias do seguro-desemprego e, em segundo caso, condenar o empregador no pagamento de indenização correspondente. Nesse sentido, ao contrário do que alega a recorrente, as guias do seguro-desemprego, cuja entrega é obrigação do empregador, são necessárias à percepção do benefício e não podem ser supridas pela sentença condenatória que impõe à reclamada a obrigação de fazer. Com efeito, não pode a recorrente pretender eximir-se da obrigação relativa à entrega das guias de seguro-desemprego decorrente do reconhecimento judicial da dispensa imotivada, sob pena de incorrer em medida obstativa ao gozo do benefício pelo empregado, de modo que o julgador está autorizado também a determinar a aplicação de multa diária em caso de descumprimento da obrigação, por força do disposto no art. 461, § 4º, do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo trabalhista.

Notocante às contribuições previdenciárias entendendo que assiste razão à reclamada/recorrente. A decisão recorrida determinou o recolhimento das contribuições previdenciárias apenas pela reclamada quando, de acordo com o previsto na legislação previdenciária, as contribuições previdenciárias não quitadas no momento próprio devem ser suportadas pelo empregador e pelo empregado na proporção da alíquota respectiva. Ora, a Lei nº 8.212/91 apenas define a responsabilidade da empresa em arrecadar e recolher a contribuição em favor do Órgão Previdenciário, mas não exime o empregado do seu encargo. Nesse sentido, merece reparo a decisão recorrida para que, com relação à contribuição previdenciária, cada uma das partes (empregador e empregado) arque com os seus respectivos encargos na proporção de sua quota de contribuição.

Repisa-se, por outro lado, a desnecessidade de determinação de atualização monetária dos valores da condenação, uma vez que o setor de cálculos deste Tribunal observa o procedimento da atualização tal como previsto no art. 459, parágrafo único, da CLT e no Enunciado n.381 do c.TST.

Uma vez que a empresa recorrente serviu-se indevidamente do instrumento dos embargos declaratórios para alcançar um novo pronunciamento do juízo *a quo* sobre matéria de mérito já decidida, sem que houvesse qualquer omissão na decisão embargada, deve ser mantida a condenação na multa que lhe foi aplicada pela oposição de embargos manifestamente protelatórios.

Isto posto, nego provimento ao recurso interposto pela reclamada.

Do Recurso do Reclamante

Pretende o reclamante/recorrente a reforma da sentença de modo a ter deferidas as horas extras pleiteadas na inicial. Argumenta, nesse sentido, que não pode prevalecer o disposto no Acordo Coletivo de fls. 168-178 que exime a empresa do pagamento de horas suplementares aos trabalhadores externos, pois entende que se deve observar, nessa hipótese, o princípio da primazia da realidade sobre a forma, considerando-se que restou suficientemente demonstrado nos autos, pela prova testemunhal, o cumprimento de jornada extraordinária pelo obreiro.

Antes de tudo, cumpre esclarecer que, a teor do que dispõe o art.818 da CLT c/c o art.333, I, do CPC, compete à parte reclamante o ônus de comprovar o efetivo cumprimento de labor em sobrejornada.

No caso dos autos, não há controvérsia sobre o fato de que o reclamante exercia a atividade laboral de vendedor externo. Com efeito, de acordo com o disposto no art.62, I, da CLT, os empregados que exercem atividade externa não são abrangidos pelo regime de horas extras, excetuando-se apenas aquelas situações em que haja fixação e controle do horário de trabalho.

Não há nos autos prova suficiente de que, embora fosse trabalhador externo, estivesse o reclamante submetido a horário de trabalho e houvesse controle pelo empregador de sua jornada de trabalho.

Nesse sentido, o próprio reclamante, em seu depoimento pessoal de fls. 53-55, confessa que *“trabalhava em jornada externa”* e, ademais, *“(…) que não havia controle de jornada de trabalho, asseverando, contudo, que na portaria da empresa os vigilantes tinham controle da chegada de cada vendedor”*. Afirma também que, embora trabalhasse com roteiros de venda estabelecidos pela empresa, *“(…) havia a possibilidade de alteração da rota diária”*, com a clara indicação de que o reclamante dispunha de seu tempo de trabalho da forma que lhe conviesse para o cumprimento das vendas sob sua responsabilidade.

Por outro lado, o uso de celular da empresa ou de *palm top* pelo reclamante, conforme apontado pela prova testemunhal apresentada pelo autor (fls. 223-226), não chega a indicar, por si só, a existência de controle

da jornada laboral, porquanto tais instrumentos eram usados, na verdade, com a finalidade de facilitar o trabalho de vendas e não com o escopo de controle de horário de trabalho.

De todos esses elementos, o que se pode depreender é que o autor constituía vendedor externo não submetido a horário, sem que houvesse a possibilidade de controle de jornada pelo empregador, afastando-se assim o direito do obreiro à percepção de horas extras, com a incidência, *in casu*, do art.62, I, da CLT. Vale ressaltar, inclusive, que a empresa consignou na ficha de registro do empregado (fl.28) que este exercia atividade externa e não estava sujeito a controle de jornada, tendo atendido aos requisitos do dispositivo legal acima mencionado.

À parte isso, a empresa recorrida trouxe aos autos às fls.168-178 Acordo Coletivo de Trabalho firmado no ano de 1994 com o ente sindical da categoria do autor prevendo, em sua cláusula décima quinta, que os empregados que exercerem atividade externa, com autonomia para definir o início e o término da jornada laboral, não são subordinados a horário de trabalho, em observância ao art. 62, I, da CLT, que os exclui do regime de horas extras. Com efeito, tal dispositivo constante do Acordo Coletivo de Trabalho vigente no ano de 2004 integra-se ao contrato de trabalho do reclamante, de modo que, sendo o autor vendedor externo sem controle de jornada, a ele deve aplicar-se o disposto no art.62, I, da CLT.

Uma vez que o autor não se desincumbiu de seu ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito concernente a trabalho em sobrejornada, deve ser mantida, neste ponto, a decisão de primeiro grau, que indeferiu o pleito de horas extras e reflexos.

O reclamante/recorrente também não faz jus à indenização por danos morais em razão da suposta arbitrariedade da dispensa por justa causa que lhe foi imposta. Já tratamos da matéria concernente à justa causa na apreciação do mérito do apelo da reclamada. Cumpre esclarecer, no entanto, uma vez mais, que o obreiro foi dispensado por justa causa por ter praticado ato tipificado como ilícito de natureza fiscal, qual seja, venda para terceiro que não era cliente da reclamada com a utilização de nota fiscal em nome de clientes cadastrados pela empresa. Embora a justa causa aplicada pela empresa ao obreiro tenha sido afastada pelo juízo de primeiro grau justamente porque o procedimento adotado pelo autor foi autorizado pela reclamada (entendimento aqui mantido), permaneceu a prática do ato confessada pelo próprio empregado, já que a alegada 'autorização' pela empresa não exclui a sua antijuridicidade, quando, aliás, o autor tinha conhecimento de tratar-se de prática proibida por lei, conforme confessa em seu depoimento pessoal de fls. 53-54 ("*... que tinha conhecimento de que se tratava de um ilícito fiscal e por tal motivo é que solicitaram a autorização da própria gerência*"). Ora, uma vez que

o reclamante reconheceu a prática do ato que deu ensejo à sua dispensa por justa causa e admitiu, inclusive, que tinha ciência da ilegalidade de tal prática, não pode pretender indenização por danos morais em razão de uma suposta dispensa arbitrária, sob pena de permitir-se que ele possa beneficiar-se de sua própria torpeza, o que não é aceitável à luz dos princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico. Assim, não restou configurado *in casu* qualquer dano moral que justifique a indenização pretendida.

Em vista de todo o exposto, nego provimento a recurso ordinário do reclamante.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores, por unanimidade, conhecer dos recursos, rejeitar a preliminar de nulidade argüida pela reclamada e, no mérito, negar provimento ao recurso do reclamante e dar provimento parcial ao recurso da reclamada para que, com relação à contribuição previdenciária, cada uma das partes arque com os seus respectivos encargos na proporção de sua quota de contribuição.

São Luís (MA), 18 de setembro de 2007.

MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
Relatora

ACÓRDÃO PLENO 2007

PROCESSO TRT - ROPS Nº01137-2006-012-16-00-8

RELATOR: DESEMBARGADORA MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
RECORRENTE: ENGENHARIA LTDA. - ENGEL
ADVOGADO: MIGUEL CAMPELO DA SILVA FILHO
RECORRIDO: SALOMÃO DOS SANTOS LOPES
ADVOGADO: JUCELINO PEREIRA DA SILVA
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE IMPERATRIZ
(LUCIANE RODRIGUES DO REGO MOTEIRO SOBRAL)

EMENTA: SUBORDINAÇÃO CONFIGURADA. CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Para se fazer a distinção entre empregado e trabalhador autônomo, o critério que melhor se coaduna à questão é o do grau de ingerência empresarial nas atividades profissionais. Dentro desse contexto, o conjunto probatório indica que restou configurado o vínculo empregatício entre as partes, pois presentes os requisitos insertos no art. 3º da CLT.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Trata-se de Recurso Ordinário em procedimento sumaríssimo interposto pela **ENGEL - ENGENHARIA LTDA**, contra a sentença proferida na Vara do Trabalho de Imperatriz-MA (fls. 50-54) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da reclamação trabalhista ajuizada por **SALOMÃO DOS SANTOS LOPES**, condenando-a no pagamento das seguintes verbas, considerando o pacto laboral de 01/08/2005 a 12/02/2006 e remuneração de R\$ 500,00: 13º salário proporcional (6/12); férias proporcionais (6/12); FGTS de todo o período; multa do art.477.

Embargos de Declaração interpostos às fls.56-58, acolhidos em parte através da sentença de fls.60-62, corrigindo obscuridade e erro material apontados, quanto ao lapso temporal constante do dispositivo, bem como os nomes das partes.

Insurge-se a reclamada/recorrente contra o *decisum*, às fls.69-76, alegando que a relação havida entre as partes não passou de um simples contrato de locação de veículo para transporte de seus funcionários e que, por exigência do recorrido, deveria ser por ele dirigido a fim de evitar possíveis danos ao automóvel. Para corroborar com tal entendimento, afirma que ao término dos serviços prestados pela recorrente à CEMAR, dispensou a locação do veículo.

Afirma, portanto, a ausência dos requisitos inerentes ao vínculo empregatício insertos no art. 3º da CLT, já que o recorrido era autônomo, não estava vinculado a horário, não recebia ordens e não recebia salário.

Aduz, em sede de preliminar, negativa de prestação jurisdicional, posto que não apreciada a alegativa de ausência de fundamentação no que se refere ao requisito da não habitualidade, tanto na sentença de fls.50-54 como na decisão de fls.56-58 que julgou os Embargos de Declaração.

Ainda em sede de preliminar, suscita que apesar do Princípio do Livre Convencimento do Juiz quanto à apreciação das provas trazidas aos autos, ao reconhecer o vínculo empregatício o magistrado não demonstrou os motivos norteadores de sua convicção.

Por fim, requer a anulação da decisão monocrática, e em caso de não sendo este o entendimento desta Corte, seja reformada a decisão monocrática para julgar improcedentes os pedidos elencados na inicial, ante a ausência de vínculo empregatício entre as partes.

Contra-razões pela parte contrária, às fls.82-84, requerendo seja negado provimento ao apelo, com a conseqüente manutenção da r. sentença recorrida.

Dispensado o parecer ministerial, por tratar-se de processo sujeito ao rito sumaríssimo.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

O Recurso Ordinário foi interposto tempestivamente e com observância dos demais pressupostos de admissibilidade, razão pela qual merece conhecimento.

Preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional

Suscita a recorrente preliminar de nulidade da sentença sob

a alegação de que o Juízo *a quo* não fundamentou o requisito da habitualidade, quando reconheceu o vínculo entre as partes, além de lhe ter negado a prestação jurisdicional ao não apreciar tal matéria quando do aviamento dos embargos de declaração de fls.56-58.

Não assiste razão ao recorrente.

Vê-se, de plano, que o deslinde da questão se cinge quanto ao tipo de relação mantida entre as partes, ou seja, se mediante a existência de vínculo empregatício ou de prestação de serviço autônomo, não sendo, portanto, a habitualidade matéria controvertida, já que evidente nos autos que o recorrido desempenhava suas atividades em prol da recorrente diariamente e em horários pré-determinados.

Rejeito, pois a presente preliminar.

Preliminar de nulidade por ausência de fundamentação

Alega a Recorrente que o Juízo monocrático, apesar de livre para apreciar as provas carreadas aos autos, não apresentou no seu *decisum*, a fundamentação que o convenceu a reconhecer o vínculo empregatício havido entre as partes. Argúi, portanto, preliminar de nulidade por ausência de fundamentação.

Melhor sorte, também, não assiste à recorrente.

O Princípio do Livre Convencimento do Juiz dispõe que compete ao juiz o livre discernimento quanto à apreciação das provas trazidas aos autos, desde que indique os motivos de sua convicção.

Da análise dos autos, tem-se que o Juízo monocrático fundamentou sua decisão, mormente, no que se refere aos depoimentos colhidos na fase instrutória, pelo que rejeito, também, tal preliminar.

MÉRITO

A matéria do presente apelo versa sobre a existência de vínculo empregatício havido entre as partes ou a mera prestação de serviços prestados pelo recorrido.

A recorrente aduz que celebrara um contrato de locação de veículo de propriedade do recorrido e que, por exigência deste, o referido automóvel teria que ser conduzido por ele, a fim de evitar eventuais danos ao bem.

Convém esclarecer, por oportuno, que a mera existência de contrato locação, seja de forma escrita ou tácita, mantido entre as partes, não afasta a possibilidade de restar configurado o liame empregatício.

Ademais, e como é consabido, um dos princípios que norteiam

esta Justiça Especializada é o Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma que, no dizer de Maurício Godinho Delgado, no seu livro Curso de Direito do Trabalho – 6ª edição – página 208, tal princípio: “... amplia a noção civilista de que o que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art.85, CCB/1916; art.112, CCB/2002)”.

De outro modo, para restar configurada a relação empregatícia entre as partes, necessária se faz a presença dos requisitos básicos da caracterização de tal vínculo, que não é por demais mencionar: trabalho por pessoa física, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação.

Para se fazer a distinção, que ora se apresenta, entre empregado/ motorista e trabalhador autônomo, o critério que melhor se coaduna à questão e que, inclusive, é o adotado pelo colendo TST, no qual acompanhamos, é o do grau de ingerência empresarial nas atividades profissionais.

O reclamante no seu depoimento à fl.19 afirma que: *“chegava às 07:15 horas e saía por volta das 08:00 horas em direção ao local de serviços, levando os funcionários; que lá permanecia até às 18:00 horas quando trazia de volta os empregados; que almoçava no local da prestação de serviços;...que tinha como obrigação estar na sede da empresa em tempo de levar os empregados para o campo e lá permanecer até trazê-los de volta;...sempre que chegava, devia se apresentar ao Sr. Lívio; que quando precisou resolver algum problema pessoal, pediu a liberação do Sr. Lívio...”*.

Já o preposto da reclamada em seu depoimento de fl.20, afirma que: *“a empresa necessitou contratar veículos de terceiros, devido a um acréscimo na demanda, sabendo dizer o depoente que a empresa possui veículos próprios para transporte de funcionários; que confirma que o reclamante trabalhava fardado; que sabe dizer que o reclamante não efetuava transportes além do transporte dos empregados; que foi ajustado que o aluguel do veículo seria necessário por quatro ou cinco meses, até que a empresa concluísse o objeto do contrato que possuía com a CEMAR; que o reclamante recebeu R\$ 9.800,00 por todo o período do aluguel, cujo valor mensal era de R\$ 1.400,00; que o reclamante não tinha como prevê em que horário seria chamado para prestar seus serviços”*.

Da análise de tais depoimentos restou por demais configurada a presença dos requisitos insertos no art. 3º da CLT, mormente quanto à subordinação, já que o recorrido falecia de autonomia na condução dos seus serviços, os executando conforme as determinações a si impostas

pela recorrente, razão pelo qual agiu com acerto o Juízo monocrático ao reconhecer a existência de vínculo empregatício entre as partes.

A propósito, é de se estranhar o documento de fl.38, trazido aos autos pela recorrente, qual seja, um “recibo de salário” assinado pelo recorrido, declarando o recebimento da quantia de R\$ 1.400,00, referentes ao pagamento de aluguel do veículo relativo ao mês de setembro de 2005. Se a recorrente defende a ausência de vínculo empregatício, como justifica o pagamento de um suposto serviço prestado com a rubrica “recibo de salário”?

Assim, e da minudente análise dos autos entendemos que não merece prosperar o inconformismo da recorrente.

Ademais, sabemos que a terceirização consiste em transferir para outrem atividades consideradas secundárias, concentrando-se em sua atividade-fim. As empresas ao adotarem tal forma de contratação devem ser cautelosas, principalmente no seu aspecto jurídico, pois tal pactuação poderá implicar em reconhecimento de vínculo empregatício com o tomador de serviço, ou mesmo a atribuição de responsabilidade subsidiária em caso de inadimplemento do empregador.

Através da Súmula 331 do TST vemos como se posiciona a jurisprudência pátria sobre a matéria, destacando-se, entre outros aspectos, o entendimento contrário à admissibilidade da delegação de tarefas ligadas à atividade-fim da empresa, exceto no caso de trabalho temporário.

No presente caso, vemos que a empresa recorrente não se ateuve à referida cautela. Pretendendo se desvencilhar dos encargos decorrentes da relação empregatícia, terceirizou os serviços de transporte de funcionários, mesmo sendo tal atividade, como claramente afirma o preposto da empresa em seu depoimento (fl.20), inerente àquelas da recorrente, haja vista ter a empresa outros veículos de sua propriedade para tal finalidade.

Além disso, destaca o preposto da recorrente que ante o aumento da demanda, proveniente da celebração de contrato com a CEMAR, necessitou contratar os serviços de transporte de funcionários com o recorrido.

Vê-se, portanto, e como acertadamente reconheceu a decisão monocrática que, na realidade, o que ocorreu foi um contrato por prazo determinado, optando a recorrente, no entanto, por terceirizar os serviços de modo a fugir dos encargos que a contratação regular geraria, lesando não só os direitos dos trabalhadores como o ordenamento jurídico.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores, por unanimidade, conhecer do recurso, rejeitar as preliminares de nulidade

e, no mérito, negar-lhe provimento para manter a decisão de 1º grau.

São Luís (MA), 11 de julho de 2007.

MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA

Relatora

ACÓRDÃO PLENO/2007

PROCESSO TRT - RO Nº01164-2005-002-16-00-2

RELATOR: DESEMBARGADOR AMÉRICO BEDÊ FREIRE
REVISOR: DESEMBARGADOR MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
RECORRENTE: VÂNIA MARIA VIANA
ADVOGADO: RAIMUNDA DA GLÓRIA SILVA DE ARAÚJO
RECORRIDO: LABORATÓRIO JOSÉ ESTEVES DIAS LTDA
ADVOGADO: NUNNO PENHA COSTA
ORIGEM: 2ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
(FERNANDA FRANKLIN DA COSTA RAMOS)

EMENTA: TRABALHO A DOMICÍLIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. INEXISTÊNCIA.

O trabalho a domicílio pode ser executado de forma autônoma ou em caráter subordinado. Para a distinção entre uma e outra hipótese mister analisar a existência dos elementos configuradores da relação de trabalho, principalmente da subordinação e da alteridade. Não tendo a reclamante demonstrado que o risco da produção era inteiramente do reclamado nem que cumpria ordens preventivas e sucessivas, sem nenhuma margem de discricionariedade, mantém-se a sentença que julgou improcedente a reclamação trabalhista, porque não provado o vínculo empregatício. **Recurso conhecido e improvido.**

RELATÓRIO

Vistos relatados e discutidos os presentes autos que trata de Recurso Ordinário – Rito Sumaríssimo, interposto por **VÂNIA MARIA VIANA** r. decisão de fls.26/28, prolatada pelo MM. Juiz Vara do Trabalho de Santa Inês/MA, que, após regular instrução do feito, julgou improcedente a reclamação trabalhista.

A reclamante recorreu, fls.29/31, sob o argumento de que, ante o depoimento das testemunhas caracterizado está a relação de trabalho entre ela e o recorrido. Diz tratar-se de caso polêmico. Com intuito de esclarecer, transcreve entendimento doutrinário, que diz não haver

distinção entre trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado.

Aduz estarem presentes os requisitos apontados pela doutrina, quais sejam: continuidade, fixação de qualidade e quantidade, entrega de produto acabado em tempo pré-determinado, fixação de tarifa e absorção de tempo do trabalhador por uma ou mais empresas.

Afirma que a colaboração minoritária de familiares ou terceiros não desfigura a relação empregatícia e que a exclusividade não é elemento necessário.

Contra-razões não apresentadas.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em face da Resolução Administrativa TRT n.º 32/94.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso, uma vez preenchidos os requisitos genéricos de admissibilidade.

MÉRITO

Em apertada síntese, pretende o Reclamante ver reconhecido vínculo empregatício com a Reclamada no período de 01/01/1991 a 01/07/2005, na função de confeccionadora de caixas.

Contrariando a pretensão do obreiro, o reclamado negou a existência de qualquer vínculo de emprego, sustentando que na verdade era comprador dos produtos produzidos pela reclamante. Alega que não tinha qualquer controle sobre o modo de produção, os horários em que a reclamante trabalhava nem tampouco da quantidade de caixinhas produzidas, tendo em vista que a reclamante também vendia caixinhas a outros laboratórios.

Infere-se da análise dos autos que a reclamante trabalhava a domicílio, produzindo caixas de papelão para a reclamada.

A controvérsia gira em torno da questão de se perquirir sob qual natureza a se dava esta prestação de serviços, ou seja, se havia ou não a relação de emprego.

Sabe-se que o trabalho a domicílio pode ser executado de forma autônoma ou em caráter subordinado. Na primeira hipótese, o objeto da prestação de serviço é o resultado que o trabalhador irá fornecer

com os meios que considera oportuno, ao tempo em que assume os riscos do empreendimento econômico. No caso do trabalho a domicílio subordinado, o objeto é a energia que o trabalhador coloca à disposição da outra parte, de forma continuada, cujo *modus operandis* é determinado pelo empregador o *qual* assume os riscos do processo produtivo.

Observa-se, pois, que a distinção entre uma e outra situação jurídica é feita a partir da análise do objeto do contrato, a fim de se saber se o pactuado foi a prestação de serviço, uma obra, ou um trabalho, uma prestação de fazer constante.

Também há que se verificar a existência ou não da alteridade e, **principalmente, da subordinação do trabalhador a domicílio**, que neste caso não é substancialmente diversa da subordinação do empregado que exerce suas atividades no interior da empresa, pode até ser atenuada, mas sempre irá sobressair o cumprimento, pelo trabalhador, de ordens preventivas e sucessivas, sem nenhuma margem de discricionariedade.

No presente caso, erigiu-se do conjunto probatório que, em relação ao objeto, o pactuado apresentou certa constância no tempo. É isso que sobressai do próprio depoimento do proprietário, quando este afirma (fls.10) “... **que desde a década de 90 a reclamante fazia caixas para vários laboratórios...**” Também, na peça contestatória (fls.13), confirma que “**a reclamante teve contato (sic) comercial durante longo período com o reclamado.**”

Tem razão a recorrente quando alega a presença de continuidade, no entanto este não é o único elemento caracterizador da relação pretendida.

No caso em espécie, dois elementos identificadores se sobressaem: a subordinação e a alteridade.

O primeiro, a subordinação, esta não restou caracterizada. A reclamante confessou que:

“... que o horário de trabalho era regulado pela própria reclamante, mas se não cumprisse a jornada não dava conta do serviço; que não sofria penalidade; que a depoente trabalhava em sua própria residência; que recebia por milheiro de produto produzido...”

Os depoimentos das testemunhas da autora também se apresentaram sem robustez, de pouca resistência, incapazes de confirmar a tese de obediência a uma relação hierárquica.

O outro elemento distintivo do regime de trabalho é, justamente, a alteridade, ou seja o risco.

Deve-se investigar se o trabalhador imprimiu sua força na construção de algo, assumindo, inteiramente, o risco da produção, tratando-se, assim,

de trabalho autônomo, ou se o risco da produção era do empresário, afigurando-se o trabalho subordinado.

Na distribuição do ônus probatório, este pertencia à reclamante, do qual não se desobrigou. Não há nos autos nenhum elemento a comprovar tal fato.

Entendo que não restaram demonstrado os elementos caracterizadores da relação empregatícia. Por tais razões, conheço do recurso e, no mérito, negou-lhe provimento para manter a sentença de primeiro grau.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores deste e. Tribunal, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento para manter a decisão “a quo”.

São Luís (MA), 23 de janeiro de 2007.

AMÉRICO BEDÊ FREIRE

Desembargador Federal do Trabalho - Relator

PROCESSO TRT - ROPS Nº 01264-2005-001-16-00-2

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
RECORRENTE: M. B. C. MIRANDA - ME
ADVOGADO: ADRIANO COELHO RIBEIRO
RECORRIDO: NILDETE CARNEIRO DA SILVA
ADVOGADO: GEOMILSON ALVES LIMA
ORIGEM : 1ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS-MA
(FRANCISCO JOSÉ CAMPELO GALVÃO)

EMENTA: JUSTA CAUSA OBREIRA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. A justa causa obreira constitui penalidade que autoriza a extinção do contrato de trabalho quando verificada infração devidamente tipificada na legislação trabalhista. Por ser uma penalidade que repercute nas diversas esferas de vida do trabalhador, há de ser imputada observando-se critérios de aplicação que assegurem limites ao poder disciplinar do empregador. Tais limites doutrinários são fixados para que as penalidades no âmbito laboral não se verifiquem excessivas. **RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. AMBIENTE DE TRABALHO.** O ambiente de trabalho se afigura aspecto dos mais relevantes na temática atual do moderno ramo justralhista, na medida em que constitui meio pelo qual o indivíduo executa suas atividades, participando de forma ativa do processo produtivo. Em sendo direito fundamental do trabalhador, faz-se necessário que este ambiente esteja revestido de valores capazes de proporcionar um resultado satisfatório e positivo nas demais esferas de sua vida. **Recurso conhecido e provido parcialmente.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário em procedimento sumaríssimo interposto por **M. B. C. MIRANDA - ME** contra decisão proferida pela 1ª

Vara do Trabalho de São Luís-MA, que julgou improcedente a ação de consignação em pagamento por si promovida e procedente em parte a reclamação trabalhista ajuizada por Nildete Carneiro da Silva, condenando a reclamada a pagar-lhe as seguintes verbas: aviso prévio, saldo de salário (08 dias), 13º salário proporcional (08/12), férias proporcionais (11/12) acrescidas de um terço, indenização por dano moral, FGTS (com reflexos nas verbas deferidas) + 40% e honorários advocatícios de 10%. Como obrigação de fazer, determinou fossem emitidas as guias do seguro-desemprego, mediante a estipulação de multa indenizatória (R\$ 1.600,00) em caso de inadimplemento.

Às fls.72/80, recorre o reclamado, alegando que as provas constantes dos autos revelam falta grave por parte da recorrida, por ato de indisciplina e insubordinação, situação que autorizaria a justa causa obreira. Impugna também a indenização por danos morais. Requer, ainda, sejam expurgados da condenação os honorários de sucumbência e o encargo de expedir as guias de seguro-desemprego.

Contra-razões da reclamante, às fls.84/88.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso interposto, eis que atendidos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

Da justa causa obreira

Aduz o recorrente que a matéria probante constante dos autos é suficiente para comprovar a justa causa obreira, por ato de indisciplina e insubordinação. Sustenta haver advertido a recorrida por várias vezes, sem êxito, porém, pois esta sempre incorria na prática reiterada de tais atos, embora já houvesse sido punida com a pena de suspensão.

A justa causa obreira constitui penalidade que autoriza a extinção do contrato de trabalho quando verificada infração devidamente tipificada em legislação trabalhista. Por ser uma penalidade que repercute nas diversas esferas de vida do trabalhador, há de ser imputada observando-se critérios de aplicação que assegure limites ao poder disciplinar do empregador. Tais limites doutrinários são fixados para que as penalidades no âmbito

laboral não se verifiquem excessivas, mas obedecendo a certos requisitos peculiares ao instituto.

No caso dos autos, a recorrida é acusada de indisciplina e insubordinação, por resistir ao cumprimento das ordens emanadas da recorrente, implicando afronta ao poder diretivo do empregador.

O art.482, “h”, da CLT estabelece a indisciplina e a insubordinação como motivos da justa causa, possuindo, tais condutas, significados diferentes. A indisciplina é o descumprimento de ordens gerais, enquanto que a insubordinação é o descumprimento de ordens pessoais. Em ambos os casos, a tônica da conduta é a desobediência do empregado às ordens emanadas do empregador, a quem é dado o poder diretivo da empresa, na medida em que lhe cabe a responsabilidade pelos destinos do empreendimento. Nessa esteira, poderá utilizar-se do poder disciplinar para punir atos faltosos praticados pelos empregados, inclusive com pena de demissão por justa causa. No entanto, tal poder não é absoluto nem tampouco ilimitado, livre de qualquer controle.

Assim, se é certo que ao empregador compete aplicar a pena que melhor se adequar ao caso – advertência verbal ou por escrito, suspensão, demissão –, não pode ele fugir de determinados limites, sob pena de sua conduta ser considerada arbitrária e, portanto, ilegal, invalidando, desta forma, o ato.

Com efeito, há de haver a proporcionalidade entre o ato faltoso e a punição, cuja aferição deverá ser pautada pelo bom senso e noção de justiça, pois não é tolerável ao empregador utilizar-se de seu poder disciplinar para justificar perseguições ou mesmo atingir fins diversos daqueles legalmente previstos. Assim, a desproporcionalidade poderá acarretar rigor excessivo ou a benevolência da punição.

Analisando o acervo probatório, colhe-se do depoimento da primeira testemunha da empregadora (fl. 15), que, inclusive, ainda trabalha na loja, a confirmação de que a demissão da obreira se deu em virtude da mesma não haver efetuado uma alteração no preço de uma mercadoria. Acrescenta, ainda, que este fato foi a causa de desentendimento entre a obreira e a consignante.

Os documentos de fls.33/35 dão conta de advertências e suspensão aplicadas à trabalhadora, cujas causas ali apresentadas são, basicamente, a troca de preços de mercadorias, além de advertência por haver deixado um cliente sozinho na parte superior da loja.

Ora, não há razoabilidade, muito menos proporcionalidade, entre os atos faltosos imputados à consignada e a punição aplicada, mesmo porque, ainda que se verifique ter a trabalhadora incorrido em algumas faltas no cotidiano de sua atividade, são estas de pequena monta, não se constituindo motivo ensejador de justa causa.

Acerca do princípio da proporcionalidade, ensina o eminente doutrinador Maurício Godinho Delgado (2004; p.193):

“Dispõe o princípio da razoabilidade que as condutas humanas devem ser avaliadas segundo um critério associativo de verossimilhança, sensatez e ponderação”.

De se notar que os requisitos principais da razoabilidade é a verossimilhança e a ponderação, as quais devem permear a avaliação da conduta faltosa, tendo como principal aparato a certeza de uma penalidade justa e eqüitativa. Desta feita, por mais que se verifique estar a recorrente no comando de seu poder diretivo, constata-se que não obrou com ponderação ao aplicar penalidade desproporcional ao agravo. Denota-se, portanto, não haver proporcionalidade entre os atos cometidos pela obreira e a pena imposta.

Assim, não havendo elementos capazes de caracterizar a resilição contratual por culpa do empregado, correta a sentença de primeiro grau que determinou o implemento da rescisão sem justo motivo, com todos os consectários legais.

Do Dano Moral

Argumenta a recorrente ser indevida a indenização por dano moral à trabalhadora, pois, no seu entender, não há sustentação fática a respaldar a aplicação do instituto, vez que não há prova de situação vexatória causada durante o pacto laboral.

O dano moral tem fundamento jurídico no art.5º, V e X, da Constituição Federal, *verbis*:

Art.5º (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O atual Código Civil fortalece o dever de indenização extrapatrimonial em seu art. 186, *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.

Os direitos da personalidade podem ser conceituados como sendo aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade. São representados pelas expressões: vida, integridade física, honra, imagem, nome e intimidade.

No caso vertente, a recorrente é acusada de proceder de forma inadequada no ambiente de trabalho, lesionando bens da esfera íntima da obreira, dando ensejo à indenização por dano moral.

O substrato jurídico do meio ambiente é o artigo 225 da Constituição Federal, que assegura a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Deve-se entender, aqui, o meio ambiente do trabalho como espécie do macrosistema ambiental, que se desenvolve de forma específica no âmbito laboral.

A questão do ambiente de trabalho se afigura aspecto dos mais relevantes na temática atual do moderno ramo justralhista, na medida em que constitui meio pelo qual o indivíduo executa suas atividades, participando de forma ativa do processo produtivo. Em sendo direito fundamental do trabalhador, faz-se necessário que este ambiente esteja revestido de valores capazes de proporcionar-lhe um resultado satisfatório e positivo.

A prova testemunhal produzida pela recorrente (fls.14/15) em nada contribui para o deslinde dos fatos, havendo dito sua primeira testemunha não ter conhecimento de qualquer agressão praticada pela consignante. A segunda, a seu tempo, nada acrescentou acerca do ponto controvertido.

Assim, salta do acervo probatório que a recorrida, durante todo o pacto laboral, se submeteu a situações de constrangimento para se manter no emprego. É o que se depreende dos depoimentos das suas duas testemunhas (fls.15/16), quando afirmam que era prática habitual da recorrente tratar seus empregados de forma inadequada, xingando-os, chegando, até mesmo, a atirar-lhes cabides de roupa. Desta forma, não há como negar que houve mácula à esfera de intimidade da obreira, que, para pôr a salvo seu emprego, se submeteu a constantes agressões à sua personalidade, causando-lhe um desequilíbrio em seu bem-estar.

Tal atitude é repudiada pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, que tem como fundamento nuclear o princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Aceitar que o empregador proceda de forma a macular a personalidade do indivíduo é retroagir ao passado, quando não havia um Estado Democrático de Direito. A ordem econômica não pode repudiar os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, devendo com eles harmonizar-se.

Frise-se que, por se tratar de dano imaterial, o dano moral não se prova, uma vez que a dor física, o sofrimento emocional, a tristeza,

a humilhação, a desonra, a vergonha estão fora de mensuração, por serem indemonstráveis através de documentos, provas testemunhais, perícias, bastando tão somente provar a ofensa.

Desta forma, constatando-se lesão à dignidade da pessoa humana, mantém-se a sentença de primeiro grau que deferiu o dano moral à obreira.

Das guias de seguro-desemprego

Sustenta a recorrente não serem devidas as guias de seguro-desemprego, tendo em vista que a recorrida foi contratada em outro emprego logo após a demissão, fato, inclusive, reconhecido pelo juízo *a quo*.

O seguro-desemprego é um benefício previsto na Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que garante o direito de auxílio financeiro aos trabalhadores demitidos sem justa causa. Constitui uma das saídas para a falta de ocupação de mão-de-obra. A sua finalidade precípua é prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta; auxiliar aqueles que foram afastados do mercado de trabalho na busca ou preservação de emprego, promovendo, para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional.

Considerando que a recorrida já se alocou no mercado de trabalho, conforme se infere de seu próprio depoimento pessoal (fls.14), tem-se que o benefício perdeu sua finalidade, não havendo razão para mantê-lo, já que a empregada foi novamente inserida no mundo do trabalho.

Desta feita, razão assiste à recorrente neste aspecto, devendo ser reformada a sentença de piso para excluir da condenação a emissão das guias de seguro-desemprego em favor da trabalhadora.

Dos honorários advocatícios

Os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho estão condicionados ao preenchimento dos requisitos estabelecidos nas Súmulas 219 e 329 do Colendo TST, cumulativamente, os quais prevêm que a parte deva estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo próprio ou de sua família. Na falta de um deles, deve ser indeferida a parcela. *In casu*, a reclamante, apesar de perceber menos de dois mínimos, não estava assistido pelo sindicato da categoria. Neste diapasão, devem ser excluídos da condenação os honorários advocatícios.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para excluir da condenação a emissão das guias de seguro-desemprego e honorários advocatícios.

São Luís (MA), 11 de julho de 2007.

LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
Desembargador Relator

ACÓRDÃO PLENO 2007

PROCESSO TRT - RO Nº01433-2005-001-16-00-4

RELATOR: DESEMBARGADOR MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
REVISOR: DESEMBARGADOR ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
RECORRENTE: MERCK S.A.
ADVOGADO: JOÃO BATISTA MUNIZ ARAÚJO
RECORRIDO: MARLI AZEVEDO VINHAS
ADVOGADO: FERNANDO JOSÉ CUNHA BELFORT
ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
(ÉRICO RENATO SERRA CORDEIRO)

EMENTA: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. “A diferença essencial a afastar as duas figuras é a dicotomia autonomia *versus* subordinação. A prestação de serviços abrange, necessariamente, prestações laborais autônomas, ao passo que o contrato empregatício abrange, necessariamente, prestações laborais subordinadas. As duas figuras, como se sabe, manifestam-se no tocante ao *modo* de prestação dos serviços e não do tocante à pessoa do trabalhador. Autonomia laborativa consiste na preservação, pelo trabalhador, da direção cotidiana sobre sua prestação de serviços; subordinação laborativa, ao contrário, consiste na concentração, no tomador de serviços, da direção cotidiana sobre a prestação laboral efetuada pelo trabalhador”.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Trata-se de Recurso Ordinário interposto por **MERCK S/A** contra a sentença proferida pela 1ª Vara do Trabalho de São Luís-MA (fls.50-54), que acolheu a prejudicial de prescrição quinquenal no tocante às verbas salariais, declarando prescritos os pedidos anteriores a 25/08/2000 e, no mérito, reconheceu a existência de vínculo empregatício entre as partes, ao revê-la da relação de prestação de serviços alegada pela demandada,

e julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na reclamação trabalhista movida por **MARLY AZEVEDO VINHAS**, condenando a empresa reclamada a pagar à reclamante, as seguintes verbas: aviso prévio, férias em dobro, simples e proporcionais acrescidas de 1/3, 13º salário integral e proporcional e FGTS de todo o pacto laboral, acrescido de 40%, inclusive 13º salário e aviso prévio, conforme parte dispositiva da sentença à fl.54.

A recorrente aduz, em suma, que a relação havida entre as partes era de contrato de prestação de serviços de relações públicas (fls.14-16), e não de vínculo empregatício como entendeu o Juízo monocrático.

Alega, que não restou configurado nos autos os pré-requisitos inerentes à configuração da relação de emprego, mormente quanto à subordinação e a não-eventualidade e que a decisão monocrática se fundamentou, tão-somente, no depoimento da autora, deixando à margem as demais provas por si apresentadas.

Por fim, afirma que a decisão de 1º grau contrariou os artigos 2º e 3º celetário, prequestionando, assim, o *decisum*, para fins de possível interposição de Recurso de Revista, e requer seja o recurso provido para decretar a improcedência total dos pedidos constantes da inicial.

Dispensado o encaminhamento dos autos ao Ministério Público do Trabalho, por força regimental.

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Recurso Ordinário interposto a tempo e a modo, pelo que merece ser conhecido.

MÉRITO

A matéria, ora posta em discussão, versa sobre a existência, entre as partes, de uma relação empregatícia ou de mero contrato de prestação de serviços.

Convém esclarecer, por oportuno, que a existência do contrato de prestação de serviços de relações públicas (fls.14-16) mantido entre as partes não afasta a possibilidade de restar configurado o liame empregatício.

Ademais, e como é consabido, um dos princípios que norteiam esta Justiça Especializada é o Princípio da Primazia da Realidade sobre

a Forma que, no dizer de Maurício Godinho Delgado, no seu livro Curso de Direito do Trabalho – 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007 – página 208, tal princípio: “... amplia a noção civilista de que o que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (art.85, CCB/1916; art.112, CCB/2002)”.

De outro modo, para restar configurada a relação empregatícia entre as partes, necessária se faz a presença dos requisitos básicos da caracterização de tal vínculo, que não é por demais mencionar: trabalho por pessoa física, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade e subordinação.

Do depoimento da reclamante (fl.24), pode-se extrair as seguintes afirmações: “(...) que até março/2005 era funcionária do Estado do Maranhão, lotada na Secretaria de Comércio, Indústria e Turismo, com horário das 13h00m às 19h00m, até o ano 2001; que após 2001 foi colocada à disposição da EMAP/Empresa Maranhense de Administração Portuária, onde permaneceu até a sua aposentadoria, ocorrida em março/2005; que seu horário na EMAP era de 08h30m às 12h30m e das 13h30m às 17h30m; que nesse período não se reportava a ninguém na Merck/MA e sim à Merck/RJ... que jamais houve qualquer manifestação por parte da Merck contrária ao seu trabalho junto À EMAP (...)”.

Quanto ao depoimento do preposto da reclamada tem-se: “(...) que não sabe precisar a frequência da reclamante na sede da empresa, mas crê que sua presença ali fosse esporádica; que após o ano de 2000 não mais observou a presença da reclamante na sede da empresa; que a atividade fim da reclamada é a produção de insumos farmacêuticos (...)”.

Já quanto ao depoimento das testemunhas da reclamada observa-se que a primeira informou (fl.25): “(...) que é responsável pela elaboração das RPAs da reclamante; que todos os meses o ISS e a Previdência Social da reclamante eram recolhidos pela empresa; que conhece a reclamante e sabe que a mesma prestava serviços para a reclamada; que os pagamentos eram creditados na conta corrente da reclamante; que não sabe se a reclamante recebia ordens de alguém (...)”.

Por outro lado, vê-se que a recorrida não apresentou nenhuma testemunha que pudesse corroborar com sua tese.

Da análise dos autos não restam dúvidas de que os pré-requisitos para a configuração da relação empregatícia não se configuraram, mormente quanto a não eventualidade e a subordinação.

Não bastasse ser de conhecimento público, consta do depoimento do preposto da reclamada que a atividade fim da recorrente – produção de insumos farmacêuticos – não se coaduna com os serviços prestado pela recorrida – relações públicas – o que se configura a eventualidade

do trabalho desenvolvido pela autora/recorrida, em face da teoria dos fins do empreendimento que prega que eventual é o trabalhador que exerce tarefas não diretamente relacionadas com a que são desenvolvidas pela empresa.

Ademais, para se fazer a distinção entre empregado e prestador de serviços, o critério que melhor se coaduna à questão é o do grau de ingerência empresarial nas atividades profissionais. Dentro desse contexto, o conjunto probatório indica que a recorrida exercia suas atividades com total autonomia laborativa, não se subordinando ao comando impositivo da recorrente no desenvolvimento de seus serviços, ora se reportando à gerência da local, ora à gerência no Rio de Janeiro, sem controle de jornada, e sem que a empresa se manifestasse contrária ao seu trabalho junto à EMAP, situações essas que entendo, configura-se, a inexistência de subordinação da recorrida em relação à recorrente.

Neste ponto, e por achar por demais elucidativo, peço vênia para mais uma vez citar o ilustre magistrado e doutrinador Maurício Godinho Delgado, que na sua obra acima já mencionada – na pág.585-586 - ao fazer distinção entre contrato empregatício e contrato de prestação de serviços, afirma:

“A prestação de serviços pode ser pactuada com ou sem pessoalidade no que tange à figura do prestador local. Caso_a infungibilidade da pessoa natural do prestador seja característica àquele contrato específico firmado, ele posicionar-se-á mais proximamente à figura da relação de emprego. Pactuado sem pessoalidade, o contrato de locação de serviços distanciar-se-á bastante do pacto empregatício por acrescentar um segundo elemento essencial de diferenciação em contraponto ao tipo legal do art. 3º, caput, da CLT – a pessoalidade.

Contudo, a diferença essencial a afastar as duas figuras é a dicotomia autonomia versus subordinação. A prestação de serviços abrange, necessariamente, prestações laborais autônomas, ao passo que o contrato empregatício abrange, necessariamente, prestações laborais subordinadas. As duas figuras, como se sabe, manifestam-se no tocante ao modo de prestação dos serviços e não do tocante à pessoa do trabalhador. Autonomia laborativa consiste na preservação, pelo trabalhador, da direção cotidiana sobre sua prestação de serviços; subordinação laborativa, ao contrário, consiste na concentração, no tomador de serviços, da direção cotidiana sobre a prestação laboral efetuada pelo trabalhador”. (Grifamos).

Entendimento semelhante, teve a 5ª Turma do Egrégio TRT da 3ª Região, no julgamento do processo 01368-2004-044-03-00-5 RO, cuja

ementa segue abaixo transcrita:

“EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO. SUBORDINAÇÃO. A subordinação é aferida a partir de um critério objetivo, avaliando-se sua presença na atividade exercida e no modo de concretização do trabalho pactuado. Ela ocorre quando o poder de direção empresarial se exerce com respeito à atividade desempenhada pelo trabalhador, no modus faciendi da prestação do trabalho. A intensidade de ordens no tocante à prestação de serviços é que tenderá a determinar, no caso concreto, qual sujeito da relação jurídica detém a direção da prestação dos serviços: sendo o próprio profissional, emerge como autônomo o vínculo concretizado; sendo o tomador de serviços, surge como subordinado o referido vínculo”. (Grifamos).

Dentro desse contexto, o conjunto probatório indica que não restou configurado o vínculo empregatício entre as partes, mas sim uma mera relação de prestação de serviços, pelo que merece ser reformada a decisão monocrática, para julgar improcedentes os pedidos elencados na inicial.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento para julgar improcedente a reclamação, tudo nos termos da fundamentação do voto da Desembargadora Relatora.

São Luís (MA), 04 de julho de 2007.

MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
Relatora

ACÓRDÃO/PLENO/2007

PROCESSO TRT - ROPS Nº 01473-2006-003-16-00-0

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
RECORRENTE: BANCO DA AMAZÔNIA S.A. - BASA
ADVOGADO: FERNANDO RODRIGUES DE ASSIS
RECORRIDO: BARTOLOMEU CARVALHO PRAZERES
ADVOGADO: FERNANDO JOSÉ MACHADO CASTRO
ORIGEM : 3ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS-MA
(NOÉLIA MARIA CAVALCANTI MARTINS E ROCHA)

EMENTA: PAGAMENTO HABITUAL DE GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO. PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE FINANCEIRA.

Gratificação de função paga por mais de 10 anos integra o patrimônio jurídico do trabalhador, não podendo ser suprimida, sob pena de comprometer a estabilidade econômica do mesmo. **Recurso Ordinário que se conhece para negar provimento.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário, em procedimento sumaríssimo, interposto por **BANCO DA AMAZÔNIA – BASA**, ora recorrente, nos autos da reclamação trabalhista de iniciativa de **BARTOLOMEU CARVALHO PRAZERES**, recorrido.

A MM Vara de origem, após a regular instrução do feito e entendendo pela aplicação da Súmula nº 372 do TST, decidiu (sentença de fls.36/41) julgar parcialmente procedente a reclamação para condenar o demandado a pagar ao autor a incorporação da gratificação de função a partir de 20/06/2006, com reflexos sobre 13º salário, férias acrescidas do 1/3 constitucional e depósitos fundiários.

Inconformado com a decisão, o reclamado busca, através do recurso de fls.44/49, seja julgada improcedente a presente reclamação e condenado o recorrido nas custas em reversão, ao fundamento: a) de inexistir regramento constitucional estatuinto estabilidade ao exercente de cargo com função de confiança ou destinatário da gratificação pelo exercício de tal função; b) por não provado o exercício efetivo do cargo de confiança por mais de dez anos; c) de que cumprido o período alhures mencionado, o exercício da função se deu interinamente, e não, de forma definitiva; d) de que a supressão da gratificação perpetrada decorre do legítimo uso do *jus variandi* empresarial, nos moldes do art.499 da Consolidação e e) de que a decisão de primeiro grau, preterindo as provas dos autos, violou o art. 93, IX, da Constituição Federal.

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 558	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

Intimado, o autor respondeu ao recurso ordinário (contra-razões de fls.55/62), onde pugna, inicialmente, pela antecipação dos efeitos da tutela e implantação, de imediato, da incorporação de gratificação; no mais, seja negado provimento ao recurso e mantida a sentença atacada.

Eis o histórico.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso interposto, eis que atendidos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

Do recurso do reclamado

Volta-se o banco demandado contra a r. decisão que determinou fosse integralizado à remuneração do autor a gratificação concernente à função de Gerente Adjunto, com efeitos a contar de 20/06/2006 e repercussão em outras vantagens, como 13º salário, férias acrescidas do 1/3 e depósitos fundiários.

Em suas razões de recurso, afirma que não existe norma jurídica assecuratória de estabilidade ao exercente de cargo de confiança e que foi legítima a reversão do obreiro ao cargo anteriormente ocupado, nos moldes do *jus variandi* empresarial. Noutra linha, aduz que o recorrido não atendeu aos requisitos da Súmula nº 372 do TST, quais sejam, o cumprimento do interstício de dez anos e exercício efetivo do cargo. Encerra por dizer que a decisão recorrida viola o art.93, IX, da Constituição Federal, quando procedeu a uma avaliação equívoca das provas.

À análise.

Anui este Colegiado que a Constituição da República não estatui nenhuma garantia de emprego ou estabilidade ao exercente de cargo de confiança e que a reversão perpetrada constitui alteração funcional lícita, nos moldes do art.499, § 1º, da CLT. Ocorre, diversamente do entendimento do recorrente, que nem o autor afirma-se detentor de estabilidade ou garantia de emprego nem tal fundamento serve de calço à decisão vergastada. Não é o caso de estabilidade no emprego ou cargo, mas sim, de estabilidade financeira. Não se discute a reversão do obreiro ao cargo anteriormente ocupado, mas a justeza da supressão da gratificação percebida por longa data.

Com efeito, entendo que, embora faça parte do *jus variandi* do empregador reverter o empregado ao cargo efetivo, destituindo-o da função de confiança, sem que isso se constitua em alteração unilateral do contrato de trabalho, conforme art.468, parágrafo único, da CLT, há que

se considerar o tempo que o empregado vem recebendo a gratificação de função.

A gratificação de função percebida por longo período, de forma habitual, passa a incorporar o patrimônio jurídico do trabalhador, constituindo-se em direito adquirido, não podendo mais ser suprimida, a teor do art. 5º, inciso XXXVI, da C.F.

A propósito, sirvo-me do magistério de Maurício Godinho Delgado, in Curso de Direito do Trabalho, 3ª ed., p.1015/1016, *verbis*:

Reconheça-se que o Direito do Trabalho sempre tendeu a negar estabilidade ou garantia de emprego a trabalhadores situados em cargos ou funções de efetiva confiança empresarial (ver art.499, CLT). Do mesmo modo, sempre tendeu a permitir a reversão, isto é, a determinação unilateral de retorno ao cargo efetivo, com perda das prerrogativas e vantagens do cargo de confiança – tudo isso em decorrência da vinculação estreita que esse tipo de cargo/função tem com o exercício do poder diretivo pelo empresário (parágrafo único do art.468 da CLT) [...] A jurisprudência, contudo, também sempre buscou encontrar medida de equilíbrio entre a regra permissiva do parágrafo único do art. 468 mencionado e a necessidade de um mínimo de segurança contratual em favor do empregado alçado a cargos ou funções de confiança. A preocupação dos tribunais era de que a presença do empregado no cargo de confiança por longos anos tendia a produzir uma incorporação patrimonial e cultural efetivas, pelo obreiro, do parâmetro remuneratório próprio a esse cargo, tornando extramente prejudicial a reversão e suas conseqüência. Nesse contexto, procurou a jurisprudência apreender na ordem jurídica uma fórmula que, embora preservando a direção empresarial sobre a condução das atividades laborativas (mantendo, portanto, a prerrogativa de reversão independentemente dos anos de ocupação no cargo), minorasse – proporcionalmente ao período de ocupação do cargo – as perdas materiais advindas da decisão reversiva.

Este entendimento, ao qual me apego, está materializado na Súmula nº 372 do TST, *verbis*:

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003).

Rechaça-se, aqui, a tentativa do recorrente em desmerecer a decisão recorrida por arrimada apenas em construção jurisprudencial. A decisão serviu-se, também, dos princípios da estabilidade financeira e irredutibilidade salarial lesiva. Não bastasse, ainda que baseada apenas em fonte jurisprudencial, a própria CLT, em seu art. 8º, autoriza a acatamento da jurisprudência na falta de disposições legais ou contratuais para decidir a lide apresentada.

Importa, agora, verificar se o obreiro atende aos requisitos insertos no referido verbete sumular. Aduz o recorrente que o obreiro não cumpriu o interstício de dez anos nem exerceu o cargo de forma efetiva.

Data do ano de 1986, a percepção pelo autor de função comissionada e do ano de 1995, o exercício na função de gerente adjunto, mediante paga de gratificação. É o que se extrai do documento de fl. 09 e em sintonia com as alegações do autor. Quisesse o recorrente fazer prova de que o obreiro não recebeu gratificação no interstício de dez anos, enviasse mais esforços, vez que é responsável e detentor de tais informações na qualidade de empregador.

Como se vê, no caso do demandante, a gratificação de função vinha sendo paga há mais de 10 anos, passando a integrar seu salário em definitivo, não podendo ser-lhe retirada, sob pena de causar redução salarial, comprometendo sua estabilidade econômica e de sua família, o que é vedado legalmente, conforme art. 7º, inciso VI, também da C.F., e como se infere do contido nos artigos 10 e 468, *caput*, da CLT.

Nem se diga da precariedade no exercício do cargo de confiança. A exigência de exercício das funções de forma efetiva e ininterrupta não consta como requisito na Súmula nº372 do e.TST, bastando, apenas, que o pagamento da gratificação de função tenha sido efetuado de forma habitual, ao longo de 10 (dez) anos, para que se presuma a especial confiança depositada no obreiro.

Dessa forma, correta a r. sentença que deferiu a incorporação da gratificação de função ao salário do reclamante, visto que atendeu ao princípio constitucional da irredutibilidade salarial e da estabilidade financeira.

Por fim, deixo de acolher a denúncia do recorrente de violação ao art.93, IX, da Constituição, à tese de contrariedade entre a fundamentação da decisão recorrida e as provas produzidas nos autos. O julgado de piso não descurou da fundamentação, vez que apreciou todas as questões postas em julgamento, indicando as provas livremente utilizadas e dizendo o direito aplicado à espécie. O fato de ter entendido de forma diversa da tese do reclamada não motiva a pecha que pretende o recorrente.

Da tutela antecipada

Pugna o reclamante, em contra-razões (fls. 55/62) e com espeque no art.273 do CPC, pela antecipação dos efeitos da tutela para ver implantada, de imediato, o valor da gratificação de função que lhe foi suprimida.

A Lei nº 8.952, de 13.12.94, deu nova redação ao art.273 do CPC, concedendo ao Juízo o poder de, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação, haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda, fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

No caso em exame, verifica-se a presença dos pressupostos para a antecipação da tutela, pois há requerimento da parte (fls.55/62), já existe o provimento jurisdicional definitivo (fls.36/41), configurando-se a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, dada a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e o perigo da demora no trânsito em julgado da sentença, diante da grande quantidade de recursos posta à disposição das partes até ao pagamento da condenação, inexistindo o perigo de irreversibilidade do provimento na hipótese de reforma desta decisão pela Corte Superior, ante a possibilidade de que dispõe o reclamado em descontar os valores pagos no salário do obreiro, vez que ainda vigente o contrato de trabalho.

Ao exposto, sugiro a antecipação dos efeitos da tutela, determinando seja expedido, de imediato, mandado de cumprimento da obrigação de fazer, qual seja, implantação em folha de pagamento do reclamante o valor da gratificação de função suprimida.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento para manter a decisão de 1º grau e conceder a antecipação da tutela para determinar seja expedido, de imediato, mandado de cumprimento da obrigação de fazer, qual seja, implantação em folha de pagamento do reclamante o valor da gratificação de função suprimida.

São Luís (MA), 11 de julho de 2007.

LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
Desembargador Relator

RELATOR: DESEMBARGADOR ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
REVISOR: DESEMBARGADOR LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
RECORRENTE: CARLOS MAGNO DE CASTRO CAVALCANTE
ADVOGADO: ANTÔNIO DE JESUS LEITÃO NUNES
RECORRIDO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF
ADVOGADO: SAMARONE JOSÉ LIMA MEIRELES
ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
(RODRIGO SAMICO CARNEIRO)

EMENTA: JUSTA CAUSA. DESÍDIA NÃO CARACTERIZADA – A justa causa, por constituir fato impeditivo do direito do autor às verbas rescisórias, requer que o fato imputado ao obreiro seja robustamente provado, o que não ocorreu no caso em tela, impondo-se a reforma da decisão, a fim de reconhecer a dispensa sem justa causa. **DANO MORAL. INDEFERIMENTO** - O simples fato de o empregador invocar a justa causa como motivo ensejador da rescisão contratual não configura *de per si* ofensa ao patrimônio moral do trabalhador capaz de ensejar qualquer indenização de cunho moral, sobretudo quando a falta alegada é afastada em Juízo. **ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. EMPRESA PÚBLICA. DISPENSA IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE. REINTEGRAÇÃO DEVIDA** – Os órgãos da Administração Pública Indireta, aí incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista, estão jungidos aos princípios basilares da Administração Pública, notadamente o da motivação dos atos. Reconhecida a ilegalidade da dispensa, uma vez que a justa causa invocada como seu motivo ensejador fora afastada em juízo, impõe-se a reintegração do obreiro.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, oriundos da MM. 1ª Vara do Trabalho de São Luís/MA, em que

figura como recorrente **CARLOS MAGNO DE CASTRO CAVALCANTE** e, como recorrido, **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto por Carlos Magno de Castro Cavalcante contra a decisão de fls.442/450, proferida pela 1ª Vara do Trabalho de São Luís/MA, que julgou improcedentes os pedidos constantes na reclamação trabalhista ajuizada em face da Caixa Econômica Federal – CEF, reconhecendo a dispensa por justa causa, com base no art.482, “e”, da CLT.

Oposição de Embargos de Declaração às fls. 454/458, pelo reclamante, os quais foram julgados improcedentes pela decisão de fls.473/474.

Irresignado com a decisão, o reclamante interpôs Recurso Ordinário (fls.477/496), alegando a inexistência de culpa por parte do recorrente em relação à tese de falta de previsibilidade referente ao desaparecimento do malote nas instalações da recorrida. Neste ponto, discorre sobre instituto da culpa, citando diversos doutrinadores.

Continua a sua explanação afirmando que houve concorrência do recorrido no ato tido como desidioso ao manter seu sistema de segurança inativo, “não fornecendo ao recorrido os meios necessários para o desempenho de suas funções” (sic).

Diz, ainda, que houve uma desproporcionalidade na aplicação da punição, o que, no seu entender, caracteriza abuso de poder diretivo por parte do reclamado.

Aduz, também, que faz jus à indenização por danos morais, posto que indevida a rescisão contratual do recorrente, uma vez que esta foi decorrente de falsas acusações.

Por fim, diz serem devidos os honorários advocatícios já que preenchidos os requisitos dos Enunciados 219 e 329, do TST, quais sejam, a assistência judicial e a hipossuficiência do autor, esta comprovada pela concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Ausentes as contra-razões do reclamado/recorrido, conforme certidão de fls.499.

Não há necessidade de enviar o presente feito à Procuradoria Regional do Trabalho, em virtude de não existir interesse público que justifique sua intervenção com parecer escrito.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Conheço do Recurso Ordinário, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

MÉRITO

A sentença reconheceu a dispensa do recorrente por justa causa, com base no art.482, “e”, da CLT.

Irresignado com esta decisão, o reclamante interpôs Recurso Ordinário pugnando pela reforma do *decisum*, a fim de ver reconhecida a dispensa sem justa causa e, conseqüentemente, a procedência dos pedidos formulados na inicial, além de danos morais e honorários advocatícios.

Para tanto, assevera o recorrente que, para configuração do ato desidioso, imprescindível a presença de culpa, o que, no caso em tela, não ocorreu.

Continuando, afirma que o recorrido concorreu para a ocorrência do ato tido como desidioso ao manter o seu sistema de segurança inativo.

Diz, ainda, que houve um rigor excessivo quando da aplicação da pena, configurando, assim, abuso no poder diretivo por parte do reclamado.

Aduz, por fim, que faz jus à indenização por danos morais e honorários advocatícios.

Pertinente é o inconformismo do recorrente.

A justa causa consiste em ato doloso ou culposo do obreiro que, dada a sua gravidade, exige prova cabal e incontestável, uma vez que se trata de fato impeditivo do direito do empregado às verbas rescisórias decorrentes da despedida imotivada.

No caso do autos, para o rompimento do vínculo, a reclamada aponta o obreiro como responsável pelo desaparecimento do valor de R\$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais), destinado ao reabastecimento de caixas eletrônicos, dispensando-o com justa causa.

Por sua vez, o magistrado de primeiro grau entendeu que a conduta do reclamante/recorrente, ao reabastecer os caixas eletrônicos fora dos procedimentos adotados pelo banco recorrido (o que levou ao desaparecimento da quantia dantes mencionada), traduz uma conduta negligente, tipificando-a como desidiosa, razão pela qual manteve a dispensa os moldes em que foi operada.

Conforme dispõe o art.482, “e”, da CLT, a desídia no desempenho

das respectivas funções constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho.

Para Délio Maranhão, desídia é uma falta ligada à negligência, uma falta culposa que se caracteriza pela prática ou omissão de vários atos mas que, excepcionalmente, pode estar configurada em um só ato culposo e, neste caso, deve ser robustamente comprovada. (*in* Instituições de Direito do Trabalho, vol. I).

Segundo Wagner Giglio, “a prova que justifica a rescisão contratual deve ser examinada, sopesadas as circunstâncias, verificada a personalidade do infrator, sua vida funcional e todos os demais fatores que envolvem a prática faltosa. Somente após este cauteloso exame estará o empregador habilitado a punir seu empregado na justa medida, aplicando-lhe punição proporcional à gravidade da falta.” (*in* Justa Causa, 3ª edição, editora LTR, pág. 25).

Neste contexto, entendo que não há provas convincentes da prática de conduta desidiosa pelo obreiro, senão vejamos.

Como bem observado pelo juiz primário, para caracterização da justa causa, faz-se necessária a presença de três requisitos: objetivos, subjetivos e circunstanciais. Tais requisitos, contudo, não são verificados na conduta do reclamante.

Os primeiros, quais sejam, os requisitos objetivos, refletem a tipicidade e a gravidade da conduta. Neste aspecto, observa-se que o obreiro era funcionário com mais de treze anos de serviço, sem jamais ter sido penalizado ou ter cometido falta que maculasse sua vida funcional, fatos estes não ponderados pelo recorrido. Em que pese o fato da empresa ter-lhe responsabilizado por uma diferença de caixa, tal falta fora afastada pela decisão *a quo*, ante a ausência de provas em relação à sua autoria, não havendo, portanto, que se falar em comportamento repetido e habitual capaz de ensejar a dispensa por desídia.

No que tange aos requisitos subjetivos, que dizem respeito à existência de dolo ou culpa no comportamento do trabalhador, também restam não caracterizados. Primeiro, porque não vislumbro qualquer indício de vontade do obreiro em praticar o ato a ele imputado. Somese o fato de que o sistema de segurança do banco estava inativo, circunstância que fugia do conhecimento do reclamante. Segundo, porque a sua conduta não se revela negligente. Ao revés, o recorrente trabalhou por mais de treze anos junto ao reclamado, exercendo a função de tesoureiro, função esta que requer elevado grau de confiança, donde se conclui que exercia a sua atividade com diligência, do contrário, não permaneceria tanto tempo naquela função. Note-se, ainda, que, conforme o depoimento da testemunha Assunção de Maria Mendes Moraes (fls. 410/411), “(...) os funcionários confiavam no reclamante que era reputado

como pessoa honesta (...); que os funcionários da agência confiavam no reclamante tanto como pessoa como enquanto funcionário; (...) que após o desaparecimento do malote (...) o reclamante ainda desempenhou a função de tesoureiro por mais algum tempo (...)”. E, mais adiante completa: *“o reclamante não tinha fama na agência de ser um empregado negligente, desligado ou desatencioso, e sim que era um empregado normal (...)”*. Desta feita, não há como configurar a conduta do obreiro como negligente. Ademais, vislumbra-se, aqui, com clareza, a hipótese de perdão tácito por parte da empresa, pois ao desaparecimento do malote deveria seguir-se, incontinentemente, o afastamento do reclamante, que desempenhava a função de tesoureiro, o que não ocorreu.

Por fim, quanto aos requisitos circunstanciais, que revelam o poder disciplinar do empregador, entendo que a imputação de justa causa por desídia não foi aplicada com a devida razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que não houve uma gradação da conduta praticada e a respectiva pena. Neste aspecto, entendo que a recorrida agiu com excesso de rigor, pois poderia ter-se utilizado, primeiramente, de meios disciplinares outros (advertência ou suspensão) para daí, em caso de reincidência, efetivar a dispensa por justa causa.

Assim, dou provimento ao recurso para afastar a justa causa como motivo ensejador da dispensa do autor.

Conseqüentemente, são devidas as parcelas decorrentes da dispensa imotivada, quais sejam, aviso prévio, 13º salário proporcional, férias vencidas e proporcionais + 1/3, saldo de salário, FGTS sobre aviso prévio, FGTS sobre 13º salário proporcional, FGTS sobre saldo de salário, multa de 40% sobre depósitos de FGTS e pagos na rescisão, posto que as então elencadas no termo rescisório (fl.145) fazem menção expressa à hipótese de justa causa e toda a contestação é fundamentada na referida circunstância fática dantes afastada.

Deve ser deferida, ainda, a indenização do seguro-desemprego pelo não fornecimento das guias correspondentes, no importe de cinco cotas, posto que o autor manteve vínculo laboral com a empresa recorrida por mais de 24 meses.

Quanto às outras parcelas, embora não tenha havido contestação específica das parcelas de indenização de licença-prêmio, indenização de APIP e incentivo e liberação de reserva da poupança da FUNCEF, entendo que as mesmas padecem do vício da inépcia, já que não elencadas as causas de pedir e os parâmetros para sua concessão, motivo pelo qual extinguimos o processo sem resolução do mérito no tocante a tais parcelas, nos termos do art.267, I, c/c o art.295, I, parágrafo único, I, todos do Código de Processo Civil.

No que pertine ao pedido de reintegração, entendo que assiste

razão ao recorrente.

Com efeito, o reclamante era empregado de empresa pública e, como tal, não era detentor da estabilidade prevista no art.41 da CF/88, uma vez que tal estabilidade alcança o empregado público estatutário ou celetista da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, admitido por concurso público.

Porém, a dispensa dos empregados públicos não pode se dar de forma imotivada.

Em que pese o disposto no art.173, § 1º, II da CF/88, perflho a tese de que as sociedades de economia mista e as empresas públicas não podem demitir livremente os seus empregados, isso porque todos os atos da Administração Pública carecem de motivação.

Com efeito, conforme preconiza o art.37, *caput* da CF/88, a Administração Pública Direta e Indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sujeita-se aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, exigindo a investidura em cargo ou emprego público apenas mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (art.37, II, CF/88), excetuando-se os cargos em comissão.

Como se vê, o ingresso de pessoal nas sociedades de economia mista e nas empresas públicas, como é o caso da reclamada/recorrida, por integrarem a administração pública indireta, deve se dar, obrigatoriamente, mediante a aprovação em concurso público.

Em contrapartida, a dispensa de servidor de órgão integrante da Administração Pública Indireta deve atentar para os mesmos princípios éticos e morais exigidos quando da admissão. Deverá, portanto, ser sempre motivada, sob pena do ato encerrar arbitrariedade e, conseqüentemente, reverter-se de nulidade.

Ora, se para o ingresso nas entidades paraestatais torna-se imperiosa a submissão a concurso público, o ato de despedida deve estar revestido dos mesmos princípios aos quais se submete toda a administração. É dizer, a dispensa do empregado público não constitui um ato puramente discricionário. Ao revés, deve o administrador externar as razões que o conduziram para a prática de tal ato.

Conforme leciona o eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Melo (*in* Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003) “a dispensa de empregados nas empresas estatais não é irrestritamente livre, cumprindo que o prestador de serviços haja incorrido em comportamento censurável ou revelador de inadequação às funções que lhe cabem, de forma a comprometer a boa realização dos serviços.”

Assim, a dispensa de empregado público somente pode se dar através de ato motivado, competindo ao empregador, antes da dispensa,

proceder a abertura de processo administrativo, assegurando ao empregado a ampla defesa.

Neste sentido, colaciono, por oportuno, os seguintes julgados:

“EMPRESA PÚBLICA. CONJUGAÇÃO DO § 1º DO ART. 173 COMO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA DO EMPREGADO PÚBLICO -

A empresa pública, embora sujeite-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, por força do art.173, § 1º da Constituição da República, não pode ser equiparada em toda a extensão a uma sociedade exclusivamente privada. A empresa pública integra a administração pública indireta e, por isso, deve observar os princípios da moralidade e da impessoalidade previstos no art.37 da Constituição da República, o que implica exigência de motivação das dispensas de seus empregados, sob pena de nulidade. Súmula nº 3 do TRT da 9ª região. (TRT 9ª R. - RO 04337-2002 - (20663-2002) - Rel. Juiz Eduardo Milleo Baracat - DJPR 06.09.2002.)”

“SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. DISPENSA. EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA. DISPENSA IMOTIVADA. IMPOSSIBILIDADE-

A empresa pública, entidade estatal ligada à administração indireta, submete-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, por força do artigo 173, § 1º, da Constituição da República, mas não está, em razão disso, isenta de observar os princípios de direito administrativo, dentre eles os da legalidade e da motivação, aplicáveis aos atos administrativos em geral (artigo 37 da CR/88). Considerando-se que a contratação de seus servidores só pode se dar por meio de concurso público, em decorrência da sujeição de seus atos aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, também o ato de dispensa (que, a princípio, um ato arbitrário) deve ser motivado, pois quem não

tem liberdade para contratar também não a tem para dispensar. Por essa razão, a dispensa sem motivação não tem validade. (TRT 3ª R. - RO 8166/02 - 1ª T. - Rel. Juiz Jos Marlon de Freitas - DJMG 20.09.2002 – p.14)”

No caso dos autos, uma suposta justa causa motivou o desligamento do obreiro.

Contudo, restou provado nos autos que o reclamante/recorrente nunca tinha sofrido qualquer outra punição ao longo de um contrato de trabalho que perdurou muitos anos, revelando-se a justa causa uma penalidade por demais rigorosa para a falta cometida, razão pela qual a referida justa causa fora afastada, impondo-se, desta forma, determinar a reintegração do autor aos quadros da reclamada.

No que pertine aos danos morais, sem razão o recorrente.

O pedido de indenização por dano moral formulado pelo reclamante estriba-se na alegação de que a reclamada ao despedi-lo, imputando-lhe a prática de ilícito trabalhista inverossímil, constitui motivo suficiente para causar notório prejuízo à sua dignidade e honra, razão pela qual faz jus à indenização pelos danos morais sofridos.

Na lição de João de Lima Teixeira Filho “*o dano moral é o sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa, os quais constituem o sustentáculo sobre o qual sua personalidade é moldada e sua postura nas relações em sociedade é erigida*” (In Instituições de Direito do Trabalho -16ª ed. – Vol. I – pág. 619).

Sob esta ótica, entendo que para reparação do dano moral sofrido pelo empregado mister se faz que o ato do empregador ocasione gravame ao seu direito extrapatrimonial.

Ademais, entendo que o fato de o empregador invocar a justa causa como motivo ensejador da rescisão contratual não configura *de per si* ofensa ao patrimônio moral do trabalhador capaz de ensejar qualquer indenização de cunho moral, sobretudo quando a falta alegada é afastada em juízo, como no caso ora em análise.

Por outro lado, ao examinar os autos não se verifica que o reclamante tenha sido submetido a qualquer tipo de constrangimento no ato de sua dispensa, nem tampouco que o motivo ensejador da sua dispensa tenha sido divulgado de forma a prejudicá-lo.

Nesta esteira preleciona o douto Sérgio Cavalieri Filho que “*nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-*

lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entende, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizá-los pelos mais triviais aborrecimentos” (In, Programa de Responsabilidade Civil, 1ª edição, pág. 76/77).

Neste diapasão, entendo que o autor não conseguiu provar a dor moral sofrida ou a mácula de sua honra, vez que inexistente nos autos qualquer outro fato capaz de configurar a lesão moral, não servindo como fundamento para a condenação por dano moral a dispensa arbitrária.

No que toca aos honorários advocatícios, este Egrégio Tribunal tem se posicionado pela concessão da verba honorária se presentes, concomitantemente, os requisitos da assistência sindical e hipossuficiência econômica, conforme os Enunciados 219 e 329, do TST.

Com efeito, na Justiça do Trabalho a condenação de honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, não decorre simplesmente da sucumbência, mas devem estar presentes os requisitos da Lei 5584/70.

No caso dos autos, entendo preenchidos os requisitos da assistência sindical e da hipossuficiência, aquele através do mandato de fls. 21 e esta, consubstanciada na concessão dos benefícios da justiça gratuita, razão pela qual defiro a verba honorária no percentual de 10% sobre o valor da causa.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para reconhecer a dispensa sem justa causa e, por consequência, condenar a reclamada nas parcelas de aviso prévio; 13º salário proporcional; férias vencidas e proporcionais, acrescidas do terço constitucional; FGTS mais multa de 40%, mais o pagamento de cinco cotas a título de indenização pelo não fornecimento das guias de seguro-desemprego. Condena-se, ainda, a reclamada a proceder à reintegração do obreiro.

Inverte-se o ônus da sucumbência. Custas pela reclamada no valor de R\$ 1.200,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado de R\$ 60.000,00.

São Luís (MA), 05 de julho de 2007.

ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
Desembargadora Relatora

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 571	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

ACÓRDÃO PLENO 2007

PROCESSO TRT - AP Nº02277-2003-003-16-00-0

RELATOR: DESEMBARGADOR ALCEBÍADES TAVARES DANTAS
REVISOR: DESEMBARGADOR MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
AGRAVANTE: FERGUMAR - FERRO GUSA DO MARANHÃO LTDA
ADVOGADO: ALTAIR JOSÉ DAMASCENO
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - MPT
ORIGEM: 3ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
(LILIANA MARIA FERREIRA SOARES BOUÉRES)

EMENTA: PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA. A determinação do foro não é necessariamente fixa uma vez que pode variar de acordo com a extensão do dano que atinge vários trabalhadores localizados em Municípios diferentes, como ocorre na hipótese dos autos em que o Termo de Ajuste de Conduta firmado entre o Ministério do Público do trabalho com várias siderúrgicas estabelecidas em vários Município do Estado, especialmente quando foi eleito foro especial prevalece a competência territorial do foro da capital do Estado, em face do disposto nos artigos 21 da Lei de Ação Civil Pública e 93 do CDC. **Preliminar rejeitada. Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.** Havendo nos autos documentos que comprovam a legitimidade do agravante para figurar no feito, desnecessária a produção de prova testemunhal com este objetivo, não se configurando a nulidade argüida. **Mérito.** A multa administrativa decorrente do auto de infração não se confunde com a multa executada no presente processo, esta decorrente do descumprimento do Termo e Ajuste de Conduta, o que leva a não procedência das alegações da agravante. **Agravo de Petição conhecido e improvido.**

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 572	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

Petição nº 2277-2003-003-16-00-0, em que é agravante **FERGUMAR – FERRO GUSA DO MARANHÃO LTDA** e agravado o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO**.

Trata-se de Agravo de Petição interposto por **Fergumar – Ferro Gusa do Maranhão Ltda** contra decisão do Juiz Presidente da 3ª Vara do Trabalho desta capital (fl. 988/994) que julgou improcedente os Embargos à Execução e julgou subsistente a penhora.

A empresa agravante argüiu, preliminarmente (fls. 997/1028), uma exceção de incompetência em razão do lugar da execução, argumentando que se tratando da execução de Termo e Ajuste de Conduta a competência para a sua execução é da Vara do Trabalho de Açailândia, local onde a executada tem a sua sede e para onde devem ser remetidos estes autos, em face do disposto art. 100 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

Argüe também a nulidade da sentença que julgou os Embargos à Execução com o fundamento de que teve o seu direito de defesa cerceado, uma vez que não lhe foi permitido produzir prova testemunhal com o objetivo de demonstrar a inexistência de qualquer ligação entre a embargante e o proprietário e empregados da carvoaria onde ocorreu a fiscalização e que gerou o Auto de Infração e o Termo e Ajuste de Conduta ora em execução.

No mérito impugna o Termo e Ajuste de Conduta alegando que o MPT, para qualificá-lo como título executivo extrajudicial, utilizou-se de depoimentos de trabalhadores, os quais são firmados com a impressão digital dos declarantes e sem a necessária assinatura a rogo.

Continua afirmando que, nos termos do capítulo I, inciso I.1 do Termo e Ajuste de Conduta, para que seja considerado título executivo extrajudicial líquido, certo e exigível, faz-se necessário que as infrações nele noticiadas tenham ocorrido em carvoarias sediadas no Estado do Maranhão, bem como que os autos de infração estejam dentro do alcance temporal da vigência do Termo e Ajuste de Conduta, e, ainda, que tais autos já tenham ultrapassado a fase do contraditório administrativo e tenham sido considerados subsistentes pela autoridade pertinente, além de, ainda, que a carvoaria onde fora constatada a infração tenha venda exclusiva para uma Siderúrgica, sob pena de ser considerado nulo o processo, nos termos do art. 618 do CPC.

Alega que o auto de infração nº 004448359, que dá fundamento ao Termo e Ajuste de Conduta, não tem as características e exigências necessárias para embasar a presente execução, porque se encontra pendente de julgamento na fase administrativa, sendo, portanto, insubsistente, em razão do que deve ser declarada nula a execução e determinado o arquivamento do feito.

Sustenta, também, que a autuação da recorrente configura *bis in idem*, uma vez que o proprietário da carvoaria, Sr. Antonio Antero da Silva, também foi autuado por infrações similares e decorrentes do mesmo fato, o que não é permitido por lei.

Assinala, ainda, que o auto de infração foi lavrado em face de presunção do Grupo Móvel de que a Carvoaria do Sr. Antonio Antero da Silva vendia carvão para a agravante, mas não há, quer nos autos do processo administrativo, quer nos presentes autos, qualquer prova deste fato, ressaltando-se que até mesmo o proprietário da carvoaria e os empregados ali existentes, em depoimento prestado ao grupo móvel, afirmaram que a Fergumar jamais comprara carvão deste produtor, o que torna ilegal a autuação. Acrescenta que, tratando-se de direito administrativo e tributário, a Administração Pública não se beneficia do princípio da presunção da verdade de suas afirmações, devendo prová-las, princípio que se aplica em matéria de repressão às infrações fiscais.

Prossegue argüindo a ilegalidade da operação realizada pela unidade fiscalizadora móvel, fundamento-a no argumento de que os atos administrativos impugnados emanaram de funcionários do MPT que não estavam investidos de competência territorial para agir nos Estados do Pará e Maranhão, fora do alcance e coordenação da Delegacia Regional do Trabalho, tendo sido, portanto, o Auto de Infração lavrado por autoridade ilegítima e com infringência à estrutura regimental do MTb, aprovada pelo art. 13 do Decreto 1643/95, devendo ser declaradas nulas as autuações e, por consequência, inexistente o título executivo.

Afirma, ainda, que o relatório utilizado para embasar a presente execução é inservível, em virtude da ausência de prova, conforme se verifica do trecho do relatório transcrito nas razões do agravo, além do que a Fergumar não é identificada com qualquer carvoaria ou produtor de forma específica, através de identificação de contratos, guias de transporte de carvão, ou no relatório, ou mesmo em qualquer documento acostado pela fiscalização.

Prossegue impugnando os documentos juntados pelo Ministério Público do Trabalho, bem como todo aquele que afrontar o art. 830 da CLT e, por fim, requer seja declarada a incompetência da 3ª Vara, bem como a nulidade da execução por lhe faltar liquidez, certeza e exigibilidade.

A agravada apresentou contra-razões (fls. 1032/1037) requerendo a manutenção do julgado.

O Ministério Público do Trabalho (fl. 1043/1044) oficiou opinando pelo conhecimento e improvemento do recurso.

VOTO

É O RELATÓRIO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O presente recurso preenche os requisitos de admissibilidade necessários ao seu conhecimento.

DA PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO

O agravante argüiu a incompetência, em razão do lugar, do juízo da execução, argumentando de que se trata de execução de Termo e Ajuste de Conduta, em razão do que a competência é do foro do lugar onde a agravante tem sua sede, no caso a Vara do Trabalho de Açailândia, para onde os autos devem ser remetidos em face do disposto no art. 100 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

Equivoca-se a agravante uma vez que, tratando-se de execução de Termo e Ajuste de Conduta, originário de Inquérito Civil Público, a competência para a sua execução rege-se pelo disposto na Lei de Ação Civil Pública, que dispõe nos artigos 2º e 21 da seguinte forma:

“Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Por sua vez, dispõe o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no art. 93:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – (...omissis)

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código

de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

De acordo com os dispositivos citados, a determinação do foro competente varia de conformidade com a extensão do dano. Deste modo, quando o dano ocorre em uma única localidade, a competência territorial é da Vara do Trabalho do local da lesão, contudo, estendendo-se o dano por mais de uma localidade, ou seja, tratando-se de danos de âmbito nacional ou regional, será competente o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal.

Na hipótese dos autos, estamos diante de Termo e Ajuste de Conduta que envolve carvoarias estabelecidas em vários municípios do Estado do Maranhão, embora a agravante tenha sede na cidade de Açailândia, no qual o objetivo é o dano que se estende por vários municípios e, não tendo sido eleito foro especial para a execução do Termo e Ajuste de Conduta, é competente o foro da capital do Estado para processar a demanda.

Assim sendo, é competente 3ª Vara desta capital para processar a execução.

Ante o exposto, rejeito a preliminar.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA

O fundamento desta preliminar é de que o juízo da execução não permitiu à agravante produzir prova testemunhal com o objetivo de demonstrar a inexistência de qualquer ligação entre a agravante e os empregados e proprietários das carvoarias onde ocorreu a fiscalização que gerou o Auto de Infração e o Termo de Ajuste de Conduta, ora em execução.

A ligação entre a agravante e os empregados em situação ilegal, é fundamental para que se possa avaliar a existência de procedimento ilegal por parte da recorrente, ou mesmo a ligação entre a carvoaria em que foi constatada a infração e a agravante, até mesmo porque em Açailândia estão instaladas várias siderúrgicas e não é possível identificar qual delas fornece matéria prima para a agravante, ou o grau de responsabilidade que tem a agravante com a infração.

Não é suficiente que a agravante tenha assinado o Termo e Ajuste de Conduta (fls. 21 e seguintes), ou que tenha participado das reuniões realizadas com o objetivo de verificar o cumprimento do ajuste referido, até mesmo porque o título executivo foi constituído com base em depoimentos de trabalhadores e sem audiência da parte contrária.

Assim sendo, havendo prova nos autos de que lhe foi cerceado o direito de produzir prova, fica configurado o cerceamento de defesa alegado.

Ante o exposto, acolho a preliminar.

MÉRITO

O exame dos autos revela que, após fiscalização realizada pelo Grupo Móvel do Ministério do Trabalho, nas carvoarias mantidas pelas várias siderúrgicas do Estado do Maranhão, foram constatadas irregularidades trabalhistas atentadoras ao princípio da dignidade humana, especialmente as insatisfatórias condições físicas de trabalho e tratamento indigno e degradante, que deram origem as autuações administrativas, bem como a formação do título extrajudicial ora em execução nominado Termo e Ajuste de Conduta.

O Termo de Ajuste de Conduta (fls. 21 e seguintes) foi firmado nos autos do Inquérito Civil Público 01/99, entre o Ministério Público do Trabalho e as siderúrgicas Maranhão Gusa S/A-Margusa, Companhia Siderúrgica do Maranhão Cosima, Ferro Gusa do Maranhão Ltda – Fergumar, Companhia Siderúrgica do Vale do Pindaré, Siderúrgica do Maranhão S/A – Simasa e Viena Siderúrgica do Maranhão, com o objetivo de adequar as condições de trabalho nas carvoarias situadas em vários Municípios do Estado e mantidas pelas empresas acordantes.

Após a realização de várias reuniões para discutir as ações a serem desenvolvidas para execução do Termo de Ajuste de Conduta, durante fiscalização do Grupo Móvel do Ministério do Trabalho, em uma das carvoarias mantidas pela agravante foi constatado o descumprimento do Termo de Ajuste de Conduta, dando ensejo à presente execução.

Opostos embargos à execução, julgados improcedentes, a executada, inconformada, interpôs o presente agravo, onde alega que o título executivo extrajudicial foi constituído com depoimentos de trabalhadores firmados com impressão digital, sem a necessária assinatura a rogo, não possuindo os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade, além de acrescentar que as infrações ultrapassam o alcance temporal da vigência do Termo de Ajuste de Conduta e que o auto de infração que deu origem ao Termo de Ajuste de Conduta encontra-se pendente de julgamento na instância administrativa.

Prosegue alegando que o pagamento das multas previstas no Termo de Ajuste de Conduta implicaria em *bis in idem*, uma vez que o proprietário da carvoaria também foi autuado por infrações similares, além de acrescentar que não era compradora exclusiva do carvão produzido nas carvoarias onde foram verificadas as irregularidades, e que as autuações fiscais são ilegais porque realizadas por agentes que não possuem competência territorial.

Por fim, impugna os documentos apresentados porque não foram

autenticados, desobedecendo o disposto no art. 830 da CLT.

Diz-se que o título é certo quanto a sua existência, a natureza da prestação, o objeto e sujeitos, líquido quanto à determinação de seu objeto e exigível quanto à possibilidade de o credor poder reclamar o seu cumprimento.

Na hipótese dos autos, o título executivo que dá origem a presente execução é o Termo e Ajuste de Conduta cuja cópia repousa às fls. 21 e seguintes dos autos que, nos termos 896 da CLT, constitui título executivo extrajudicial, o qual preenche os requisitos de certeza porque comprovada sua existência através da apresentação do Termo de Ajuste de Conduta, liquidez, porque o próprio título contém os valores das multas estipuladas.

O requisito da exigibilidade decorreria do não cumprimento da obrigação, o que não ocorreu na hipótese dos autos, porque o Termo de Ajuste de Conduta estabeleceu que a agravante custearia os equipamentos necessários ao cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, além daqueles elencados no item III.1 do instrumento referido (fl. 22), mas o exame dos autos revela que foi cumprida tal obrigação.

Com relação à alegação de que os depoimentos nos quais se baseia o TERMO E AJUSTE DE CONDUTA não possuem assinatura a rogo, vale ressaltar que tais depoimentos foram colhidos perante o Grupo Móvel do Ministério do Trabalho, constituído de Fiscais do Trabalho e outros servidores públicos, os quais possuem fé pública, além do que o agravante não demonstrou, ou sequer contestou a veracidade do conteúdo de tais depoimentos.

Além dos depoimentos colhidos, o TERMO E AJUSTE DE CONDUTA baseou-se também em verificação física e em outros documentos, não prevalecendo a impugnação do agravante.

Por outro lado, o fato de o auto de infração encontrar-se pendente de julgamento na esfera administrativa não impede a execução em curso nos presentes autos, uma vez que aqui, o que se pretende, é a execução da multa por descumprimento do TERMO E AJUSTE DE CONDUTA e não da multa administrativa decorrente do auto de infração referido, daí porque também não influencia a presente execução a suposta ilegalidade da autuação em face da incompetência territorial dos agentes que lavraram o supracitado auto de infração.

Também não procede a alegação de que o pagamento da multa prevista no TERMO E AJUSTE DE CONDUTA implica em *bis in idem*, em face da autuação do proprietário da carvoaria por infração similar, uma vez que a pessoa do proprietário das carvoarias não se confunde com a siderúrgica agravante. Ademais, a multa aqui executada, conforme acima exposto, não se confunde com aquela decorrente do auto de infração,

uma vez que decorre do não cumprimento do TERMO E AJUSTE DE CONDUTA.

Por fim, com relação à impugnação dos documentos juntados aos autos, por falta de autenticação, não procede, em face do disposto na Orientação Jurisprudencial 134 da SDI-1, segundo a qual *“São válidos os documentos apresentados, por pessoa jurídica de direito público, em fotocópia não autenticada, posteriormente à edição da Medida Provisória nº 1.360/96 e suas reedições.”*

Ante o exposto, mantenho a decisão recorrida.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do agravo, rejeitar as preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho e de nulidade por cerceamento de defesa e, no mérito, negar-lhe provimento para manter a decisão recorrida.

São Luís (MA), 28 de fevereiro de 2007

ALCEBIADES TAVARES DANTAS

Desembargador Relator

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO

ACÓRDÃO PLENO/2007

PROCESSO TRT - ROS Nº02983-2005-015-16-00-3

RELATOR: DESEMBARGADOR AMÉRICO BEDÊ FREIRE
REVISOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
RECORRENTES: PRÓ – EMPREENDIMENTOS
ADVOGADO: JOSÉ MARQUES DE CARVALHO NETO
RECORRENTES: TELEMAR NORTE LESTE S.A.
ADVOGADO: CRISTIANO ALVES FERNANDES RIBEIRO
RECORRIDOS: CARLOS MARINHO SOUSA
ADVOGADO: ADRIANA COSTA MEIRELLES
RECORRIDOS: D.S. VIEIRA – ME (CONTATTUS TELECOM)
RECORRIDOS: OS MESMOS RECORRENTES
ORIGEM: 5ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS
(INÁCIO DE ARAÚJO COSTA)

EMENTA: CONFISSÃO EM JUÍZO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM PERÍODO DIVERSO DO DISPOSTO DA INICIAL. TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADO DE UMA EMPRESA PARA OUTRA SEM TRANSFERÊNCIA DA TITULARIDADE DO ESTABELECIMENTO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. Afirmando o reclamante em audiência que prestara serviços à empresa terceirizante em período diverso do referido na peça de início, deve a responsabilidade da reclamada restringir-se ao lapso mencionado em juízo, não obstante tal entendimento acarrete prejuízo ao autor. Para que reste caracterizada a sucessão de empresas não basta a prestação de serviços seqüenciada e ininterrupta pelo obreiro, sendo essencial a transferência de titularidade do estabelecimento da empresa sucedida, o que não se observa no caso concreto. O tomador de serviços responde de forma subsidiária, independente do vínculo empregatício, na presunção de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Inteligência do Enunciado 331 do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recursos Ordinários oriundos da 5ª Vara do Trabalho de São Luís/MA em que são partes **PRÓ-EMPREENHIMENTOS** (recorrente/recorrida), **TELEMAR NORTELESTES.A.** (recorrente/recorrida), **D.S. VIEIRA-ME (CONTATTUS TELECOM)** e **CARLOS MARINHO SOUSA** (recorridos).

Após a instrução do feito, o magistrado *a quo*, às fls.204/208, julgou procedente em parte a reclamação proposta, condenando as empresas D.S. VIEIRA – ME (Contattus Telecom), 2ª reclamada, e PRÓ-EMPREENHIMENTOS LTDA., 3ª reclamada, no pagamento de **aviso prévio**, **13º salário** integral do exercício de 2004, **férias** integrais de 2003/2004 e proporcionais (4/12), acrescidas do terço constitucional, e **FGTS** do pacto + multa de 40%. Determinou-se, também, a emissão das guias **seguro desemprego** do empregado, sob pena de tal obrigação ser convertida em indenização compensatória por perdas e danos.

A TELEMAR NORTELESTE S.A., primeira reclamada, foi condenada pelas obrigações acima de forma subsidiária, nos termos da inciso IV da Súmula 331 do c. TST.

A Pró Empreendimentos, irrisignada com a sentença prolatada, interpôs recurso ordinário às fls.213/224, pleiteando, *a priori*, a improcedência de todos os pedidos constantes da peça vestibular, e, subsidiariamente, a reforma da sentença monocrática, com o fito de adequar o período da relação de emprego ao confessado pelo reclamante em audiência. Requer, ainda, a eliminação da condenação solidária aplicada em primeiro grau, pois não se estaria diante, *in casu*, de hipótese de sucessão de empresas.

A Telemar, também insatisfeita com o decisum a quo, interpôs Recurso Ordinário às fls.257/271, aduzindo, em síntese, que não seria correta sua condenação subsidiária no pagamento das verbas deferidas ao autor, de forma que, em razão disso, deveria ser excluída da lide ou dispensada das obrigações impostas pelo juízo monocrático.

Contra-razões às fls.239/241 e 280/282.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Os Recursos Ordinários atendem aos pressupostos genéricos de admissibilidade, pelo conhecimento.

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 581	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

MÉRITO

Analisemos, em separado, os recursos da Pró Empreendimentos e da Telemar Norte Leste S/A, por tratarem de matérias diversas.

DO RECURSO DA PRÓ-EMPREENDIMENTOS

A recorrente concentra seu inconformismo em três pontos distintos: 1) Da relação empregatícia entre as partes; 2) Do período de vigência do contrato de trabalho e 3) Da sucessão de empresas.

No que toca ao primeiro ponto, a Pró Empreendimentos alega que o autor, entre setembro e dezembro de 2004, prestou-lhe serviços meramente eventuais, sem qualquer subordinação, não sendo este obrigado a prestar contas, trabalhar diariamente, visitar a sede da empresa ou dedicar-se com exclusividade. Assevera, ainda, que os documentos juntados pelo reclamante ao processo em nada contribuem com sua tese, e que os depoimentos prestados em juízo afastariam de plano a relação de emprego aduzida na inicial.

Razão não lhe assiste.

Compulsando os autos, tenho como presentes os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício. Sobre a relação existente entre as partes, a 3ª reclamada e as testemunhas ouvidas em juízo afirmaram o seguinte (v. fls.131/133 e 136):

Sr. Roosevelt Vieira de Oliveira (proprietário da Pró-Empreendimentos)

*(...) que **o reclamante prestou serviços de vendas à reclamada de setembro a dezembro de 2004; que o reclamante comercializava produtos da TELEMAR como TGT e 31;** (...)*

Sr. Sol Jenistsin Alencar de Aquino (1ª testemunha do reclamante)

Que trabalhou para a D.S. Vieira, no período de 16/10/03 a 30/08/04 e para a Pró-Empreendimentos de 01/09/04 até 28/10/04; (...) **que trabalhou juntamente com o reclamante**, muito embora em rotas diferentes; (...) que na Pró-Empreendimentos tinha obrigação de comparecer às 8h, mas retornava para a própria empresa para prestar contas. (...) que na **Pró-empresendimentos o Sr. Hugo realizava a fiscalização de metas e vendas;** (...)

Sr. Rodrigo Clemente Leite de Sousa (1ª testemunha da Pró-Empreendimentos)

(...) que o reclamante comparecia à empresa de duas a três vezes por semana, **para entregar o contratos realizados**; (...)_

Sr. Fernando Carlos Teixeira de Araújo (2ª testemunha da Pró-Empreendimentos)

Que trabalha para a reclamada desde agosto/4; **que trabalhou com o reclamante em setembro/04**; que exerce a função de supervisor de vendas; **que o reclamante realizava os serviços de venda da empresa**; (...)

(Destacou-se)

Resta incontroverso, portanto, que o empregado prestava serviços com certa constância à reclamada. A esta caberia, dessarte, diante da presunção *juris tantum* da existência de relação de emprego, afastar sua caracterização, pela produção de provas contundentes em sentido contrário.

As declarações colacionadas acima, entretanto, em nada contribuem com a tese recursal, demonstrando, ao revés, a presença de subordinação (obrigação de comparecer à empresa; trabalho sujeito a fiscalização) e não eventualidade na realização do labor contratado. Em nada alteram o posicionamento deste relator, ainda, as alegações da recorrente no que toca aos documentos colacionados pelas partes. Afinal, restou amplamente demonstrado que o autor, na condição de consultor de vendas, prestava serviços à Telemar (1ª reclamada) através de empresa interposta (no caso, a Pró- Empreendimentos), que figurava como real empregadora na relação jurídica.

Ademais, com o fito demonstrar o tipo de atividade realizada, tem-se como pertinentes a prova de acesso ao sistema de informações da 1ª reclamada, via internet, durante a prestação de serviços (v. fls.14), bem como a juntada de formulários de consultoria (que, por óbvio, eram por ele preenchidos, diante da natureza da atividade executada; v. fls.15/30) e de recibos de pagamento pelo labor executado, não obstante de pequeno valor (v. fls.113/120).

Preenchidos estão, portanto, os requisitos do art.3º da CLT, quais sejam, trabalho prestado por pessoa física com subordinação, personalidade, não eventualidade e onerosidade, **razão pela qual se afasta a tese da recorrente relativa à inexistência de contrato empregatício na situação sob estudo.**

Superada a questão atinente à existência de relação de emprego, cumpre verificar o período de vigência do contrato e a existência ou não de submissão empresarial no caso em tela.

O reclamante sustenta, na inicial, que laborou para a reclamada de

11 de maio de 2004, quando da incorporação da empresa CONTATTUS TELECOM pela PRÓ-EMPREENDIMIENTOS, a 14 de dezembro do mesmo ano. O magistrado de primeiro grau, acatando tais alegações, considerou a prestação de serviços em regime de sucessão, condenando as empresas de forma solidária no pagamento das verbas referidas no comando decisório.

A recorrente, entretanto, tomando por base as alegações prestadas em juízo pelo autor, requer a reforma da decisão singular. De fato, o reclamante manifestou-se em juízo sobre a questão nos termos abaixo (v. fls.41):

(...) prestou serviço para a D.S. Vieira de setembro de 2003 a agosto de 2004; que em seguida passou a trabalhar para a empresa Pro-Empreendimentos a convite do Sr.Delano, porem, fez o acertos do contrato com o Sr. Roosevelt Vieira de Oliveira; (...) **que afirma que trabalhou para a D.S Vieira até o final de agosto de 2004;** (...)

(Grifou-se)

Ora, se o reclamante afirma categoricamente ter laborado para a empresa D.S Oliveira até agosto de 2004, de forma que, logo em seguida, passara a integrar o corpo de funcionários da Pró-Empreendimentos, tenho como clara a contradição com a tese constante da peça de início, que aponta como começo da prestação de serviços junto à 3ª reclamada o mês de maio daquele ano. Dessa forma, **considerando que agosto tem 31 dias, entendo que deva ser considerado, como período de labor prestado à Pró Empreendimentos, o lapso compreendido entre 1º de setembro e 14 de dezembro de 2004.**

Merecem guarida, ainda, os argumentos da recorrente no que toca à ausência de sucessão de empresas na presente situação. De fato, compulsando os autos, nota-se que, não obstante operarem atividades bem semelhantes, constituem pessoas jurídicas distintas, não se vislumbrando qualquer mudança de propriedade da 2ª reclamada ou alteração em sua estrutura que caracterize a figura jurídica ora referida.

Com efeito, existe sucessão, dentre outros casos, quando ocorre mudança na propriedade da empresa ou alguma alteração significativa na sua estrutura jurídica, de modo que o ente sucessor continua utilizando-se dos serviços dos empregados da primeira. Para que ocorra a sucessão de empregadores, portanto, dois são os requisitos indispensáveis:

a) que um estabelecimento, como unidade econômica, passe de um para outro titular;

b) que a prestação de serviços pelos empregadores não sofra solução de continuidade.

In casu, diga-se de passagem, não obstante a prestação de

serviços às empresas tenha se dado de forma seqüenciada e ininterrupta, inexistiu qualquer transferência de titularidade da 2ª reclamada (Conttatus Telecom) que justificasse o reconhecimento do instituto da sucessão de empregadores. **Resta afastada, destarte, sua ocorrência na hipótese sob análise.**

Diante de tais argumentos, tenho que a responsabilização da Pró-Empreendimentos não possa alcançar todas as verbas apontadas no *decisum* combatido, que vislumbra a integralidade do período contratual apontado na peça vestibular. Entendo, portanto, que deva esta se resumir aos quatro meses de vigência do contrato de trabalho (setembro, outubro, novembro e dezembro de 2004- este último, até o dia 14), nos termos acima, afastando-se, portanto, a solidariedade mencionada na sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso da 3ª reclamada, de forma a **afastar a incidência da sucessão de empresas na presente situação e limitar a responsabilidade da Pró-Empreendimentos às obrigações relativas ao período contratual compreendido entre 1º de setembro e 14 de dezembro de 2004.**

DO RECURSO DA TELEMAR

A Telemar Norte Leste, em seu recurso, pretende afastar qualquer forma de responsabilização sua pelo adimplemento das verbas deferidas ao autor, requerendo sua exclusão da lide por ilegitimidade passiva *ad causam*.

De início, sustenta que a condenação subsidiária não atenderia aos pedidos constantes da peça de ingresso, que se refeririam a uma responsabilização genérica, sem qualquer fundamentação aparente. Aduz, também, que a decisão *a quo* não teria atentado para o disposto no art. 3º da CLT, que demonstraria a inexistência de liame empregatício com o reclamante, e, conseqüentemente, a ilegitimidade passiva da empresa.

Assevera a recorrente que a responsabilidade solidária não se presume, pois decorre de lei ou contrato, nos termos do art. 265 do CCB, de forma que a solidariedade passiva ou subsidiária somente ocorreria caso comprovada a existência de grupo econômico, subempreitada ou terceirização ilegal de serviços (v. fls. 265).

Tais argumentos não merecem acolhida.

Primeiramente porque, ao contrário do que afirma a recorrente, sua condenação subsidiária foi requerida expressamente pelo autor às fls. 08 dos autos. Observo, ainda, que, independente de pedido específico nesse sentido, figurando a Telemar no pólo passivo da demanda e diante de prova robusta e confissão (v. fls. 266) no sentido da existência de terceirização no

caso concreto, petente é a necessidade de responsabilização da empresa nos termos da Súmula 331 do c. TST.

Ademais, friso que a relação de emprego, em situações como a presente, não se estabelece com o tomador de serviços. Irrelevante, portanto, a observância do art.3º da CLT na caracterização da relação estabelecida entre a Telemar e o reclamante. Logo, configurado o liame empregatício entre o autor e as empresas interpostas, incontestável é a responsabilidade subsidiária da recorrente pelo adimplemento das verbas constantes do dispositivo sentencial.

Ressalto, por oportuno, que, estando-se diante de espécie de **terceirização de serviços**, e, por conseguinte, **responsabilidade subsidiária** do tomador, infundadas são quaisquer referências da recorrente às figuras do grupo econômico e subempreitada. Não se olvide, também, que a responsabilidade da tomadora não depende da ilicitude da terceirização, como defende a empresa em sede recursal.

O entendimento adotado mostra-se claramente compatível com a jurisprudência hodierna, como se nota dos julgados infra colacionados:

(...)TERCEIRIZAÇÃO.RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOTOMADOR. Ainda que se tenha por lícita a terceirização, inafastável a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, a teor do entendimento consubstanciado no inciso IV do Enunciado nº 331 do Colendo TST. Recurso parcialmente provido. (Origem:TRT da 13ª Região. RO nº 01727.2003.008.13.00-5. Relator: Juiz Edvaldo de Andrade)

TERCEIRIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS. O tomador de serviços responde de forma subsidiária, independente do vínculo empregatício, na presunção de culpa in eligendo ou in vigilando. Inteligência do Enunciado 331 do colendo Tribunal Superior do Trabalho. (Origem: TRT da 6ª Região. RO nº 01353-2004-019-06-00-0. Relatora: Yolanda Polimeni de Araújo Pinheiro)

(Destacou-se)

No mais, observo que, ante à terceirização de serviços levada a efeito, restam prejudicados todos os argumentos da Telemar no que toca às verbas rescisórias deferidas ao autor, sustentados, basicamente, na inexistência de vínculo empregatício entre este e a empresa. Ora, como exaustivamente firmado, não se discute, *in casu*, se o reclamante é ou não empregado da Telemar, mas, em verdade, os reais efeitos da trilateralização da relação de trabalho para as partes envolvidas. Nestes termos, tendo em vista a condição de tomadora de serviços e o disposto

na Súmula 331 do c.TST, incontestemente é a responsabilidade subsidiária da recorrente pelo pagamento das verbas referidas na presente situação.

Sem razão a Telemar, por derradeiro, no seu inconformismo quanto à indenização do Seguro Desemprego. Segundo esta, não restaria provada a existência de prejuízo decorrente de sua inadimplência.

Tal posicionamento se mostra, no mínimo curioso. Afinal, não vislumbro nenhuma situação em que um trabalhador, lesado pela não emissão das guias de seguro-desemprego a que tenha direito, não sofra quaisquer danos decorrentes do descaso do empregador. Ademais, ressalto que o prejuízo, em tais casos, é presumido, diante do desrespeito a **norma cogente** dirigida ao empregador.

Ex positis, revelando-se incontroversa a terceirização de serviços na presente situação e infundados os argumentos apresentados em sede recursal, **nego provimento ao apelo da 1ª reclamada (Telemar) e mantenho sua condenação subsidiária, nos termos da sentença combatida.**

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer dos recursos, negar provimento ao recurso da TELEMAR e dar provimento parcial ao recurso ordinário da Pró-Empreendimentos, de forma a afastar a caracterização da sucessão de empresas na presente situação e limitar sua condenação às obrigações relativas ao período contratual compreendido entre 1º de setembro e 14 de dezembro de 2004.

São Luís (MA), 15 de maio de 2007.

AMÉRICO BEDÊ FREIRE

Desembargador Federal do Trabalho - Relator

PROCESSO TRT - RO Nº 03000-2005-012-16-00-7

RELATOR: DESEMBARGADOR ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
REVISOR: DESEMBARGADOR LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
RECORRENTE: FRANCISCA REIS NUNES
ADVOGADO: PAULO SÉRGIO PEREIRA DA SILVA
RECORRIDO: MUNICÍPIO DE IMPERATRIZ/MA
ADVOGADO: MIRIAM APARECIDA DOS SANTOS
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE IMPERATRIZ/MA
(JUIZ CARLOS EDUARDO EVANGELISTA BATISTA DOS SANTOS)

EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO CIVIL. APLICAÇÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL.

O direito à reparação de dano moral decorrente da relação de trabalho é de natureza híbrida (trabalhista e social), porque nasce da relação de trabalho, mas tutela um direito que interessa a sociedade em geral (ex. a vida, a saúde, a integridade física e psíquica do trabalhador), escapando da prescrição dos créditos tipicamente trabalhistas, prevista no art.7º, XXIX, da Constituição Federal e atraindo a prescrição Civil do art.206, § 3º, V, CC/02, porque mais benéfica ao operário. **Recurso conhecido e provido.**

RELATÓRIO

Por razão de economia processual, adoto o relatório da Exma. Desembargadora Relatora.

Tratam os presentes autos de Recurso Ordinário interposto por **FRANCILINA REIS NUNES** contra a decisão da Vara do Trabalho de Imperatriz/MA (fls. 93/94) que extinguiu o processo com julgamento de mérito, nos termos do art.269, IV, do CPC. Inconformada com a decisão, a reclamante interpôs recurso ordinário às fls.113/129, pugnando pela reforma integral da sentença fustigada e pela total procedência da reclamatória. Embora notificado, o Município deixou de apresentar contra-razões ao recurso interposto, conforme se depreende das fls.131/132. Em parecer

à fls.137/140, a douta PRT opinou pelo conhecimento e improvemento do RO, para manter a r. sentença.

É, em síntese, o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Recurso ordinário tempestivo, com representação regular e dispensado o recolhimento de custas processuais.

MÉRITO

Acidente de Trabalho. Prescrição aplicável

Funda-se a controvérsia na tempestividade ou não do direito de ação da parte autora relativamente a pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho.

Inicialmente, há que se investigar a natureza da prescrição envolvida – se civil ou se trabalhista – e as regras de aplicação do direito no tempo.

Entende uma corrente ser aplicável, à espécie, a prescrição trabalhista, bienal ou quinquenal, prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, sob o argumento de que, ao migrar para a Justiça Especializada a competência para julgamento da matéria em foco (danos morais/materiais decorrentes de acidente de trabalho), há que prevalecer a prescrição trabalhista. Outros, porém, entendem que a mudança da competência não transmuda a natureza da prescrição, por ser direito material, sendo aplicável a prescrição civil, disciplinada no Código Civil.

Um dos defensores da prescrição trabalhista, Juiz do Trabalho da 3ª Região, Sebastião Geraldo de Oliveira, que, aliás, contempla basicamente todos os argumentos em defesa dessa tese, entende que a indenização por acidente do trabalho é também um direito de natureza trabalhista, porque está previsto no inciso XXVIII, art. 7º, da CF, sendo um crédito resultante da relação de trabalho, mesmo que “atípico” e, por tal razão, deve submeter-se à prescrição trabalhista, bienal, também prevista na Constituição, no art.7º, inciso XXIX. (OLIVEIRA, 2005, p.275/278).

Diz, ainda, o citado autor, que há um raciocínio quase automático vinculando a questão da competência com o prazo da prescrição, de modo que os mesmos argumentos que fundamentam a competência da Justiça do Trabalho ou da justiça Comum acabam por influenciar na decisão a respeito da prescrição aplicável (OLIVEIRA, 2005, p.275/278).

Assim já decidiu a 4ª Turma do TST, em voto da lavra do Ministro Ives Gandra Martins Filho; a 5ª Turma, em voto dos Ministros Brito Pereira e Rider Nogueira de Brito, e através da SDI 2, em voto do Min. Emmanuel Pereira.¹

Por outro lado, muitos juristas há a entenderem que o dano moral ou material, mesmo praticado nas relações de trabalho, não constitui crédito trabalhista, afirmando, inclusive, nem mesmo de crédito tratar-se. Esse é o entendimento do Procurador do Trabalho Raimundo Simão de Melo. Para ele, o prazo prescricional a ser aplicado, no caso de dano moral, deve ser o do Código Civil, de vinte anos, durante a vigência do código anterior, e de dez anos, no atual, por não se tratar, em seu entender, de crédito trabalhista (para que se aplique o bienal) nem de reparação civil *stricto sensu* (para que se aplique o trienal), mas de direitos humanos de índole constitucional-fundamental, com amparo no art. 5º, V e X, da CF/88, tidos como cláusulas pétreas, protegidos até mesmo contra o legislador constituinte, por se tratarem de direitos da personalidade (a vida, a saúde física e/ou psíquica, a honra, etc., do cidadão trabalhador), sendo os mesmos de caráter imprescritível. E entendendo não haver norma prevendo outro prazo para a respectiva indenização, quando violados tais direitos, diz ser aplicado o prazo de dez anos trazido no *caput* do art. 205 do Código Civil (MELO, 2004, p.461/462).

Também, nesse sentido, é o entendimento manifestado pelo Colendo TST, através da 1ª Turma, em voto dos Ministros João Oreste Dalazen e Lélío Bentes Corrêa, e da SDI-1, em voto do também Ministro Lélío Bentes Corrêa.²

É certo que, à primeira vista, não se pode negar que a regra contida no art. 7º, inciso XXVIII c/c inciso XXIX da CF contempla tanto os créditos trabalhistas típicos quanto os atípicos. No entanto, em homenagem ao Princípio da Proteção, norteador do Direito Laboral, não podemos fazer uma interpretação literal desses dispositivos, de modo a causar prejuízos ao trabalhador, quando, para tal situação, dispomos de normas mais benéficas no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o da prescrição civil, cuja aplicação é recomendada pela própria CLT, no parágrafo único do art.8º.

Além desse fundamento, entendo também não se tratarem os danos morais e materiais *strict sensu* (decorrentes das relações de trabalho) de crédito trabalhista, por ser este uma contraprestação pelo esforço do obreiro, resultante de um ajuste com o tomador desse esforço, enquanto a indenização constitui um valor compensatório, que tem como

¹Informações colhidas no Acórdão TST nº RR - 518/2004-002-03-00, DJ - 01/04/2005. <http://www.tst.gov.br>.

²Informações colhidas no site <http://www.tst.gov.br>, no Acórdão TST nº RR - 670/2004-002-03-17, DJ - 17/02/2006, e nas notícias do TST do dia 20.01.2006, sob a nota: **TST esclarece prazo para ação por danos morais na JT.**

causa um evento antijurídico e lesivo ao patrimônio moral e/ou material do trabalhador. É uma certa satisfação ao ofendido pelo dano causado pelo ofensor. Então, pergunta-se: esta última não teria um alcance de maior vulto, necessitando de um tratamento diferenciado em relação ao primeiro? A resposta está na dimensão da dor do lesado quando violado cada um desses direitos.

Ora, o dano pela violação de direitos tipicamente trabalhistas (ex: férias, 13º salário, aviso prévio) pode ser amenizado ou até neutralizado quando o operário arranja um novo emprego, sendo, portanto, razoável, o prazo prescricional de dois anos. Agora, o dano que atinge a integridade física ou psíquica desse trabalhador e/ou de seus entes queridos pode se arrastar por anos ou até por toda a vida. Em alguns casos, nem mesmo um novo emprego, quando possível, é capaz de compensar tamanha dor. Daí, a necessidade de um prazo maior para a reparação do dano moral. É o que salta às vistas! E, de igual modo, o do dano material, já que também decorrente do mesmo ato lesivo.

A complementar esse raciocínio, busco o pensamento de Roberto Brebbia, que diz: “O dano moral ofende algum dos direitos inerentes à personalidade e, logo, interessa a sociedade como um todo. O direito à reparação de dano moral decorrente da relação de trabalho é de natureza híbrida, porque nasce da relação de trabalho, mas tutela um direito de interesse da coletividade em geral (trabalhista e social), escapando da prescrição dos créditos tipicamente trabalhistas, atraído pela norma do art.177 do Código Civil, que regula a prescrição da análoga ação de reparação de dano civil.”³

Decidir pela prescrição civil ganha mais relevo se pensarmos num caso prático envolvendo um trabalhador e uma outra pessoa, sem essa qualidade, num mesmo evento danoso, como exemplifica o advogado Luís Marcelo Cavalcanti de Sousa, em artigo publicado no site jurídico Jus Navegandi:⁴

Um funcionário de determinado banco, em vias de encerrar seu caixa ao final do expediente, recebe a visita de um amigo. No dia seguinte, o gerente da instituição constata um desfalque no referido caixa, determinando a abertura de sindicância e demitindo o funcionário por justa causa. Por igual, oferece queixa-crime contra o ex-funcionário e seu amigo, acusado de co-autoria. Considerando que a acusação seja infundada, aos dois acusados é assegurado o direito de mover uma ação

³ El daño moral.. Buenos Aires: Ed. Bibliografía Argentina, 1950. p. 91. apud Joao Oreste Dalazen. Aspectos do dano moral trabalhista. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 65, n. 1º, out/dez, Poro Alegre/RS: Síntese, 1999, pág. 69.

⁴ SOUSA, Luís Marcelo Cavalcanti de. Ainda a questão do dano moral na Justiça do Trabalho. Efeitos negativos da decisão do Supremo Tribunal Federal: prescrição e coisa julgada. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutri>>.

de indenização por danos morais. Ocorre que o ex-funcionário teria o prazo exíguo de dois anos para ajuizar a ação, enquanto o seu amigo, por não manter relação de emprego com a instituição, terá o prazo de vinte anos, infinitamente superior.

Ora, o fato que originou o ilícito é o mesmo. A causa de pedir e o pedido são os mesmos. O ofensor e a acusação são exatamente os mesmos. Por que, então, a discrepância nos prazos prescricionais a serem obedecidos? Não parece razoável esta distinção, mesmo porque configura uma afronta aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, assevera, com muita razão, o ilustre advogado, afinal. É o que vai acontecer, caso se firme a prescrição trabalhista. E a própria Justiça do Trabalho estará rasgando o Princípio Protetor para desfavorecer o trabalhador diante do cidadão comum, em total contradição à sua finalidade.

Quanto ao argumento de que as razões que atraíram a competência da Justiça do Trabalho para julgar os litígios envolvendo a reparação por danos morais são as mesmas que justificam a prescrição bienal trabalhista, tal não merece prosperar, em face da flagrante existência, na seara trabalhista, de tratamento diferenciado da prescrição para algumas parcelas, que também têm natureza híbrida, a exemplo da prescrição trintenária do FGTS, decenal do PIS/PASEP, parcial e quinquenal da complementação de aposentadoria, a imprescritibilidade das anotações da CTPS e a suspensão da prescrição em favor do menor empregado, sendo que o fundamento, para boa parte dessas prescrições privilegiadas aplicadas na Justiça Laboral, é justamente o caráter social dos bens tutelados. São eles considerados de natureza trabalhista *latu sensu*, tendo interesse privado (trabalhista), mas o são de cunho social (interesse público).

Por todas essas razões, entendo aplicável, ao presente caso, a prescrição civil de três anos, estabelecida no art.206, § 3º, inciso V, do CC/2002. Todavia, tratando-se a prescrição de instituto de direito material, as regras de interpretação intertemporal, já disciplinadas no diploma Civil, através do art.2.028, devem ser aqui observadas, *verbis*:

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

Da análise dessa regra de transição, conclui-se que só serão aplicados os novos prazos se estes foram aumentados ou **se tiver decorrido menos da metade do prazo da lei anterior**, devendo, no último caso, ser observada, como termo inicial, a data da entrada em vigor do novo Código, a saber, 12.01.2003, ou seja, o legislador se preocupou com o direito adquirido, com a coisa julgada e com o ato jurídico perfeito, sendo certo que igual preocupação deve ter o aplicador do direito.

Dessa forma, havendo o Código Civil atual entrado em vigor no dia **12.01.2003** e o fato ocorrido no dia **09.09.1996** (fl.05), **para o dano moral** – que era de vinte anos (art.17, *caput*, CC/16) – havia decorrido, na vigência da nova lei, menos da metade do prazo prescricional. Logo, a regra a ser aplicada é a desta última, ou seja, **de três anos** (art.206, § 3º, III), a contar da sua vigência (12.01.2003). Com esse entendimento, a autora teria até o dia **12.01.2006** para pleitear a reparação dos danos morais e, se o fez em **10.11.2005**, cristalina é a tempestividade do pleito.

A mesma sorte tem o pedido de reparação por **danos materiais**, que era de dez anos no código anterior e agora o foi para três. Então, em havendo decorrido mais da metade do prazo na vigência do novo código, caiu este pedido na regra do prazo anterior. Assim, se o fato ocorreu em **09.09.1996** e a autora ajuizou sua ação em **10.11.2005**, também indiscutível é a tempestividade de seu intento, vez que podia fazê-lo até o dia **09.09.2006**.

Por outro lado, mesmo em se reconhecendo a prescrição trabalhista, necessariamente, há que se observar essas regras de interpretação, diante da mudança de competência da Justiça Comum para a Justiça do Trabalho, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 e da decisão última do Supremo Tribunal Federal, hipóteses em que também estaria tempestiva a reclamatória em comento.

É que a Justiça do Trabalho só passou a ter competência para julgar a matéria a partir de 01.01.2005, após a publicação da Emenda Constitucional nº 45, que ocorreu no dia 31.12.2004, e, em se tratando de direito material, como dito é o caso da prescrição, lei nova não pode retroagir para prejudicar, não se podendo, por isso, conceber uma situação em que uma pretensão, num dia (30 de dezembro/2004), poderia ser exercida no prazo de até um ano e, no seguinte (31.12.2004), esse mesmo prazo tenha simplesmente desaparecido.

É evidente que, em não tendo o legislador constitucional se preocupado com as regras de transição, como o fez o legislador do Código Civil, cabe ao Julgador esse mister, aplicando, no caso concreto, o princípio da razoabilidade, a fim de, como dito alhures, resguardar o direito garantido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, bem como a segurança jurídica, principalmente, levando-se em conta que no próprio mundo jurídico, a esse respeito, as controvérsias eram acirradas, já que, depois de muitas idas e vindas, somente no dia 29.06.2005, foi que o Supremo Tribunal Federal chancelou definitivamente a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações acidentárias, através do julgamento do Conflito de Competência n. 7.204-1/MG-STF.

Em tais circunstâncias, diante dessa linha cinzenta e incerta, como iria se posicionar o homem comum? Onde ajuizar sua ação? Que

prazo contar? Como saber essas respostas se nem mesmo o Poder Judiciário tinha conhecimento?! Portanto, todas essas questões devem ser ponderadas na análise da prescrição aplicada na seara trabalhista quando se tratar de ações decorrentes de acidente de trabalho, como a que ora se apresenta.

Feitos estes esclarecimentos, pode-se buscar a aplicação da regra de transição da CLT, inserta no art.916, que dispõe:

Os prazos de prescrição fixados pela presente Consolidação começarão a correr da data da vigência desta, quando menores do que os previstos pela legislação anterior.

Nessa senda, se forem aplicados os prazos da prescrição trabalhista (dois e cinco anos) no presente caso, devem ser contados a partir do dia 31.12.2004 (publicação da EC nº45), por serem menores do que os prazos da legislação anterior (Código Civil/16), hipótese em que a ação poderia ser ajuizada até o dia 31.12.2006, no mínimo, o que consagra a tempestividade do direito de ação da parte autora, que, como visto, foi exercido em 14/11/2005.

Para auxiliar esse raciocínio, basta lembrar que passa por aí a interpretação que está sendo feita pelos tribunais do País inteiro, acertadamente, sobre o tratamento dispensado à prescrição dos expurgos inflacionários do FGTS, decorrentes dos planos econômicos Verão (janeiro de 1989) e Collor I (abril de 1990), que, sob o enfoque do Princípio Protetor, a depender da situação, vários são os marcos iniciais da prescrição bienal reconhecidos.

Por tudo, o direito de ação da parte autora foi exercido no tempo oportuno, merecendo provimento o recurso interposto para que seja afastada a prescrição decretada pelo julgador de piso e examinado o mérito das questões de fundo.

Assim, devem os autos baixar à origem para o necessário julgamento.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso, e no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para afastar a prescrição e determinar o retorno dos autos à origem para exame do mérito.

São Luís (MA), 12 de setembro de 2007.

LUIZ COSMO DA SILVA JÚNIOR
Desembargador Relator

ACÓRDÃO/PLENO/2007

PROCESSO TRT - RO Nº 03016-2005-012-16-00-0

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
REVISORA: DESEMBARGADORA MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
RECORRENTE: INDUSTRIAL E COMERCIAL TOCANTINS LTDA.
ADVOGADO: ANDRÉA LIMA DURANS CAVALCANTI
RECORRIDO: ABINALDO CARNEIRO DE OLIVEIRA
ADVOGADO: LÉIA SILVA SANTOS
ORIGEM: VARA DO TRABALHO DE IMPERATRIZ
(CARLOS EDUARDO EVANGELISTA BATISTA DOS SANTOS)

EMENTA: HORAS EXTRAS HABITUAIS. JUSTA CAUSA PELA RECUSA EM SEU CUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. É legítima a recusa ao cumprimento das horas extras sempre que o labor em sobrejornada for habitual na empresa, e não a hipótese efetivamente extraordinária elencada no art.61 da CLT, sendo válido, portanto, o *jus resistens* do empregado. **Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso ordinário, oriundos da Vara do Trabalho de Imperatriz, em que figuram como recorrente **INDUSTRIAL E COMERCIAL TOCANTINS LTDA.** e recorrido **ABINALDO CARNEIRO DE OLIVEIRA**, acordam os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, nos termos deste voto.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário (fls.99/112) interposto pela reclamada, em face da decisão de piso (fls. 94/97), que julgou improcedente a ação de consignação em pagamento deflagrada pela recorrente, julgando, noutro passo, parcialmente procedente a reclamação trabalhista movida pelo recorrido, condenando-lhe ao pagamento das verbas rescisórias declinadas no comando sentencial.

Assevere-se, por oportuno, que a referida decisão pautou-se

na declaração incidental da rescisão sem justa causa do liame empregatício, afastando, por conseguinte, a tese da consignante, ora recorrente, de que o recorrido incorreu em justa causa fundada na insubordinação, por ter se recusado a prestar horas extras para a reclamada.

Irresignada, a consignante/reclamada interpôs recurso ordinário colimando a reforma da decisão *a quo*, a fim de que seja reconhecida a justa causa e, conseqüentemente, o indeferimento de todas a verbas rescisórias conferidas ao reclamante/consignado.

A parte recorrida apresentou, oportunamente, contra-razões ao recurso ordinário da reclamada, vindicando a improcedência do recurso e, conseqüentemente, a manutenção da sentença (fls.130/132).

Dispensado o encaminhamento dos autos à PRT por força regimental.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Atendido todos os pressupostos legais de admissibilidade recursal, tais como o preparo, a tempestividade e adequabilidade, conheço do recurso atravessado pela recorrente.

MÉRITO

As normas que cuidam da jornada de trabalho estão intimamente relacionadas com as regras de segurança e medicina do trabalho, porquanto o tempo despendido pelo trabalhador em prol do empregador reflete diretamente na saúde física e mental do empregado.

Não é demais ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio está alicerçado sob o império da dignidade humana, onde o valor social do trabalho é um dos princípios perseguidos pelo Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV, da CF/88).

Some-se a isso os direitos sociais catalogados na Carta Magna, máxime aqueles elencados no art. 7º, XIII e XXII, *verbis*:

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

Nesse prisma, conclui-se que o constituinte entendeu que o limite

de 8 horas de trabalho diário é o máximo que o trabalhador suporta sem a afetação de sua saúde física e mental. Salvo nos casos expressamente previstos em lei, poderia o empregador estabelecer o regime de horas extras.

A hipótese vicejada pela recorrente para sustentar a dispensa por justa causa, qual seja, a de que o trabalho desempenhado pelo recorrido traduz espécie de serviço inadiável nos moldes do art. 61 da CLT, queda-se diante da rotina com que o labor era exigido do autor, restando, inclusive, incontroverso nos autos que este era previamente pactuado.

Da leitura do *caput* do art.61 percebe-se que salta aos olhos a excepcionalidade com que a prorrogação pode ser exigida nos casos previstos no indigitado dispositivo legal, *in verbis*:

Art. 61. Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencional, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

A própria recorrente, no depoimento prestado por seu preposto, à fl.40, confirmou a regularidade em que o trabalho em sobrejornada era exigido do reclamante, ora recorrido, *in verbis*:

que de duas a três vezes por semana é necessária a extensão da jornada de empregados na função desempenhada pelo consignado.

Nessa direção, seguiu a primeira testemunha arrolada pela recorrente (fl.41):

que o reclamante fazia horas-extras (*sic*) com habitualidade; que o reclamante não se recusava a prestar horas-extras (*sic*).

A tese defendida pela recorrente peca pelo contra-senso, pois pretende transmutar a jornada de trabalho extraordinária em jornada ordinária de trabalho, transgredindo, com isso, todo o ordenamento jurídico justralhista. Acompanha esse entendimento o jurista mineiro Maurício Godinho Delgado:

Tal prorrogação (segundo a CLT: § 1º do art.61) poderá resultar de ato unilateral do empregador (ato motivado, é certo). É este, portanto, mais um exemplo do chamado *jus variandi* empresarial (art.2º, *caput*, CLT). Note-se que o fundamento para a sua validade é o idêntico ao examinado

acima: trata o presente caso de prorrogação efetivamente extraordinária, resultante de fatores objetivos, sem culpa do empregador. Conforme exposto no exame da causa de prorrogação anterior, prevalece na jurisprudência o entendimento de que esta hipótese celetista ajusta-se, harmonicamente, à hipótese normativa do art.7º, XVI, da Carta de 1988, que reconhece o trabalho suplementar desde que *extraordinário...*”. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. Ed. LTr, São Paulo, 2ª ed., 2004, pág.893.

Deveras, conquanto as modalidades de prorrogação de jornada estabelecidas no art. 61 digam respeito a um aspecto do *jus variandi* empresarial, sendo prescindível a prévia concordância do trabalhador ou de seu sindicato, tal prerrogativa só encontra respaldo jurídico enquanto exercida dentro do limite da razoabilidade, sob pena de configurar manifesto abuso de direito (art.187 do CC/02).

Ademais, o comportamento da recorrente não se coaduna com o entendimento sedimentado na jurisprudência segundo o qual somente em se tratando de situações esporádicas e episódicas poderá o empregador obrigar o empregado a prestar o labor em sobrejornada, sob pena de, recusando-se, configurar a justa causa.

Atente-se, outrossim, para o depoimento do Sr. Charles Oliveira Silva (fl.41/42), o qual narrou o quadro fático em que se desenvolve o trabalho na reclamada. Em síntese, desenhou um local de trabalho insalubre, onde, se não bastasse o intenso contato dos obreiros com produtos químicos durante a jornada normal de trabalho, ainda lhes eram exigidos serviços extraordinários aos sábados, o que, segundo informou a testemunha, acarreta problemas de saúde em muitos funcionários da recorrente.

Destarte, o cumprimento da jornada padrão de trabalho pela reclamada, a par de aumentar o número de postos de trabalho, como bem salientou o Juízo *a quo*, encerra uma medida de cunho protetivo da saúde dos trabalhadores, sendo de bom aviltre ressaltar que a prorrogação do labor em local de trabalho insalubre encontra barreiras no art. 60 da CLT, hoje mitigadas pela Súmula n. 349 do C. TST.

No que tange às verbas hostilizadas pela recorrente, temos que em virtude do afastamento da justa causa defendida por ela, sucumbe o pedido de reforma da sentença no que pertine ao aviso prévio, ao 13º salário, às férias proporcionais, ao reflexo do FGTS sobre aviso prévio, 13º salário e multa de 40% deferidas pelo Juízo *a quo*.

Quanto às férias integrais, sustenta a recorrente que o recorrido delas usufruiu, fazendo menção ao aviso e ao recibo de férias acostadas com a contestação, sendo que, compulsando detidamente os autos, não

localizei os referidos documentos. A recorrente, na realidade, consignou tal verba junto com as demais que entendeu devidas ao recorrido, o que se nota pela leitura do TRCT acostado à fl. 8. Assim, também nesse ponto, improcede o recurso da recorrente eis que somente quando da liquidação do julgado será devidamente abatida a quantia já consignada.

Já em relação ao pedido de reforma do julgado no que refere a condenação ao pagamento do FGTS de todo o período trabalhado (10.05.04 a 04.11.05), observo que consta dos autos o extrato de conta do fundo de garantia (fl.13), o que demonstra que a recorrente vinha, efetivamente, depositando os valores correspondentes ao FGTS, não se podendo afirmar, ao certo, se tal quantia foi depositada corretamente, razão pela qual entendo indevida a sua condenação pelo valor integral, porém há que ser apurado em liquidação eventual saldo remanescente devido ao recorrido.

Por outro lado, entendo indevida a aplicação da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, haja vista que tal penalidade só se justifica perante a postura recalcitrante da empregadora que ignora completamente o prazo estabelecido no dispositivo legal retro, o que ora não ocorreu à vista da propositura da ação de consignação em pagamento por parte da recorrente.

Isto posto, à vista da fundamentação alinhavada supra, conheço do recurso para, no mérito, dar-lhe provimento parcial a fim de excluir a multa do art.477, §8º, da CLT, mantendo, no mais, incólume a decisão *a quo*, face ao não reconhecimento da justa causa defendida pela recorrente, confirmando, pois, todas as parcelas conferidas à parte recorrida, ressalvando que eventual saldo remanescente do FGTS deverá ser apurado em liquidação de sentença.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para que eventual saldo do FGTS seja apurado em liquidação de sentença, deduzidos os valores já depositados, e excluir a multa do art. 477, §8º, da CLT.

São Luís (MA), 07 de agosto de 2007.

JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
Desembargador Relator

ACÓRDÃO PLENO 2007

PROCESSO TRT - RO Nº03699-2005-015-16-00-4

RELATOR: DESEMBARGADOR MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
REVISOR: DESEMBARGADOR ILKA ESDRA SILVA ARAÚJO
RECORRENTE: CONESUL - CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA. - FILIAL SÃO LUIS
ADVOGADO: ROBERTO TAVARES DE SOUZA
RECORRIDO: THAIS RUZIETH LIMA COSTA (REP. POR SUA MÃE, ROSANIA DE JESUS RIBEIRO LIMA)
ADVOGADO: LUIZ AMÉRICO HENRIQUES DE CASTRO
ORIGEM: 5ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS

EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO. ÓBITO DO OBREIRO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. Exsurge clara a responsabilidade da empregadora pela reparação do dano causado ao sinistrado, a teor do disposto no art. 7º, XXVIII, CF, uma vez que verificada a ocorrência de morte em virtude de acidente no âmbito laboral, bem como a culpa da empresa, decorrente do não atendimento das medidas de proteção indispensáveis ao trabalho com redes energizadas. **DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.** Configurado resta o dano moral à medida que firmado o nexo de causalidade entre o acidente de trabalho que gerou a morte do obreiro e a função de electricista exercida pelo obreiro na empresa, evento este que causou prejuízos diversos à autora e sua família (patrimoniais e extrapatrimoniais), afetando diretamente o equilíbrio emocional de todos os que dependiam afetiva e financeiramente do trabalhador falecido.

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pela **CONESUL-CONSTRUÇÕES ELÉTRICAS LTDA** contra a sentença proferida nos

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 600	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

autos da Ação Ordinária de reparação (8ª Vara Cível de S.Luís) ajuizada por **THAYS RUZIETH LIMA COSTA**, representada em Juízo por sua mãe **ROSANIA DE JESUS RIBEIRO LIMA**, em que restou declarada a negligência da empresa e a configuração de ato ilícito, culminando com a condenação da primeira reclamada no pagamento de *indenização mensal pelos danos materiais*, no valor de R\$ 620,00 (seiscentos e vinte reais), correspondente a 2/3 da remuneração do obreiro, até que sua filha menor complete 18 anos (31/05/2015), com correção anual, a partir de 01/05/2003, pelo mesmo índice de correção do salário mínimo, além de *indenização por danos morais* no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), este último a ser corrigido monetariamente a partir do ajuizamento da ação, com acréscimo de juros na forma do art. 406 do CC. Julgado ainda improcedente o pedido quanto à segunda reclamada (CEMAR). Custas e honorários a cargo da primeira ré (CONESUL).

A reclamada (CONESUL) interpôs inicialmente Apelação para o Tribunal de Justiça do Estado (fls.163-174), que declinou de sua competência em favor da Justiça do Trabalho (TRT – 16ª Região), conforme despacho de fl.195.

De início, argüiu a recorrente “preliminar de nulidade da sentença”, eis que pleiteada indenização de danos materiais e morais sem demonstrar, a autora, os prejuízos materiais sofridos, bem como diante da ausência de fundamentação da sentença (art.458, II, CPC).

No mérito, assevera a empresa que *“realmente ocorreu o acidente na data descrita na inicial, porém o fato ocorreu não em decorrência de qualquer culpa da Apelante, porquanto esta última não infringiu nenhuma regra de segurança e proteção do trabalho, tendo o evento ocorrido unicamente em razão da conduta da vítima que utilizou indevidamente o equipamento de trabalho e, ainda, caracterizado o evento ocorrido como caso fortuito que, como tal, não gera o dever de indenizar”*.

Prosegue afirmando que a vítima não utilizou o equipamento obrigatório (manta isolante) que se encontrava em seu poder na hora em que executava os serviços.

Afirma, outrossim, que os documentos dos autos, inclusive os juntados pela “apelada” (fls.12-18) demonstram que a seguradora indenizou a autora no valor de R\$ 18.899,36, bem como a ausência de culpa da empresa ante a dinâmica do acidente.

Indica, ainda, que os documentos de fls.80-82 e 87-20 demonstram que o falecido não tomou a devida cautela em suas atividades, deixando de usar a “manta isolante” que evita o contato físico do operador com a rede elétrica, inclusive de uso obrigatório, por determinação da reclamada. No mesmo sentido, a prova testemunhal, com destaque para os depoimentos do Sr. Luís Carlos de S. Moura e da Sra. Silvana da Silva M. da Costa.

Por outro lado, alega que os documentos de fls.91-93 e 113-114 comprovam que o falecido recebeu os equipamentos necessários ao desempenho de suas tarefas e que a empresa promoveu curso de prevenção de acidentes do trabalho, com participação do *de cujus*.

Ademais, afirma que a inexistência de dolo ou culpa por parte da empresa impede a caracterização do *nexo de causalidade*, demonstrando não ser esta civilmente responsável pelos danos que a autora pretende ver reparados. Além disso, não obstante a culpa da vítima, a reclamada prestou toda assistência à autora, inclusive através do seguro em grupo feito pela empresa.

Assim, na hipótese dos autos, o evento que a autora reputa como danoso não é oriundo de qualquer ação da recorrente, que de forma alguma contribuiu para o suposto acontecimento, não tendo a recorrida juntado qualquer prova que demonstre fática e legalmente suas afirmações e a comprovação do suposto dano moral.

Prossegue afirmando que, mesmo diante da ausência de prova documental e testemunhal, o Juiz *a quo* condenou a recorrente em danos materiais e morais, sem, no entanto, avaliar a dimensão dos supostos danos alegados, ou mesmo declinar os elementos ensejadores de sua convicção.

Diz igualmente que, se não tivesse ocorrido o erro de procedimento da vítima, não teria ocorrido o acidente, sendo que sua conduta, causa determinante do acidente, configura a inexistência do nexo causal e a caracterização de uma das excludentes da responsabilidade civil, qual seja, o caso fortuito.

Por fim, requer o provimento do apelo para julgar improcedente a ação, invertendo-se o ônus da sucumbência.

A recorrida/reclamante apresentou contra-razões (fls.179-183), alegando em síntese que: 1) a própria CEMAR (contratante da “apelante”), às fls.55-59, ao analisar o acidente, corroborou os termos da inicial ao atribuir como causas imediatas “os atos de baixo padrão” (não aplicação da prática dos cinco minutos, não aplicação das mantas isolantes para baixa tensão, posicionamento inadequado e perigoso do trabalhador e falta da corda de salvamento, sugerindo inclusive um maior acompanhamento/fiscalização das empresas terceirizadas; 2) as testemunhas da própria recorrente confirmaram as declarações por si prestadas na DRT, enfatizando sobretudo que após o acidente a empresa passou a fornecer a manga isolante que complementa a luva e que antes não era fornecida, a qual poderia ter evitado o acidente. Outra testemunha também esclareceu que a fiscalização da CEMAR não exime a CONESUL de acompanhar a utilização dos equipamentos de segurança.

Às fls.190-193, parecer da Procuradoria Geral de Justiça opinando

pela remessa dos autos ao TRT da 16ª Região (EC 45/04 e Conflito de Competência nº 7.204-1/MG).

Despacho do Relator Originário (Des. Jorge Rachid M. Maluf) ordenando a remessa dos autos ao TRT – 16ª Região (fl.195).

Recebimento e posterior distribuição do feito às fls.197-202.

À fl.208, efetuado o recolhimento, pela CONESUL, do depósito recursal determinado no despacho de fls.203-204.

Encaminhados os autos à d. PRT (fl.211), por abrangerem interesse de menor (art. 85, IV, Regimento Interno – TRT 16ª R.).

Parecer ministerial às fls.213-218, opinando pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu não provimento, de modo a manter a decisão de origem.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Recurso Ordinário interposto tempestivamente e com observância aos demais pressupostos de admissibilidade, inclusive quanto ao depósito recursal exigido na IN 27/TST, razão pela qual merece ser conhecido.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA

Argúi a recorrente a preliminar em tela, eis que pleiteada indenização por danos materiais e morais sem demonstrar, a autora, os prejuízos materiais sofridos, bem como diante da ausência de fundamentação da sentença (art. 458, II, CPC).

Primeiramente, no que tange aos *prejuízos materiais* sofridos, insta ressaltar, diferentemente da alegação recursal, que os mesmos foram indicados, sim, na inicial, ao se referir aos “*recursos financeiros advindos do falecido para as suas manutenções*”, restando atingida “*a própria sobrevivência das autoras, uma vez que dependiam economicamente do falecido*” (fls.06 e 07).

Neste ponto, inclusive, vale ressaltar que a indenização pleiteada não se refere propriamente aos “danos emergentes” (eventuais despesas com tratamento, funeral e luto da família – CC, 948, I), o que exigiria eventual comprovação de despesas, mas sim, aos *lucros cessantes*, ou seja, à “*prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia...*” – companheira e filhos (CC, 948, II), abrangendo o que razoavelmente deixou de ganhar o trabalhador em virtude do seu falecimento.

Ademais, caso fosse necessária a comprovação dos prejuízos, vê-se que tal exigência, se não atendida, implicaria julgamento de mérito pela improcedência do pleito e não a nulidade da decisão proferida, como sugere a recorrente.

Do mesmo modo, quanto ao *dano moral*, observa-se indicação expressa na inicial (fls. 06 e 07), consistindo tal dano no abalo psíquico decorrente da perda do pai da autora e companheiro da mãe (a dor, o sofrimento, a aflição e a angústia decorrentes da morte do companheiro e pai, interferindo nos seus “comportamentos psicológicos”).

Por outro lado, no tocante à arguição de nulidade por ausência de fundamentação do *decisum*, vê-se igualmente não merecer amparo tal alegação, isso porque, apesar de o conteúdo da sentença revelar motivação em poucas linhas (fls.158-159), tal não é o bastante para declarar-se a nulidade da decisão.

Assim, a limitação no uso de palavras ou conteúdo breve, conciso, não gera, por si só, a nulidade do julgado, mormente quando declinados, de forma inteligível, os motivos que forraram o convencimento do juiz acerca da matéria sob apreciação (CPC, art. 131).

Por tais argumentos, **rejeito a preliminar supra.**

MÉRITO

Como formas de ilícito que refletem no patrimônio, os *danos material e moral* a serem reparados pecuniariamente exigem o preenchimento dos requisitos constantes dos arts. 186 e 927 do Código Civil, a saber: **ato ilícito** do empregador (ação ou omissão); existência de **dano** (material ou moral); **culpabilidade** da conduta e **nexo de causalidade** entre a conduta e o dano sofrido.

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

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

No caso específico dos autos, cuida-se de evento fatídico (acidente de trabalho) ocorrido durante a atividade laboral do pai da autora (02/02/2003), que culminou com o falecimento do mesmo em virtude de forte descarga elétrica (eletrolessão), conforme Boletim de Ocorrência de fl.26 e Exame Cadavérico visto à fl.27.

Em síntese, postula a autora, enquanto filha menor legalmente representada por sua mãe, o ressarcimento dos danos materiais, no valor

de R\$ 620,04 (seiscentos e vinte reais e quatro centavos) como pensão mensal, que somente cessará com a maioridade da autora, e danos morais, em quantia nunca inferior a 100 salários mínimos (R\$ 24.000,00).

Posto isso, necessário inicialmente transcrever-se o que dispõe o art. 948 do Código Civil:

Art. 948 – No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família (danos emergentes);

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima (lucros cessantes).

Todavia, na hipótese dos autos, como analisado preliminarmente, a postulação da autora, na forma da inicial, diz respeito apenas aos “lucros cessantes” e não a danos emergentes, razão por que despicienda a comprovação de eventuais gastos ou prejuízos materiais, como apregoa a recorrente, eis que o pedido se restringe à *prestação de alimentos*, que ficou prejudicada desde a morte do obreiro, além da reparação pelos *danos morais*.

Tais deferimentos bem expressam o conteúdo do art. 7º, XXVIII, CF/88, segundo o qual fica reconhecida a indenização (por dano material e moral) a que está obrigado o empregador nos casos de dolo ou culpa, independentemente do seguro feito pela empresa, ou seja, o seguro já pago à família do obreiro (fl.128) não exclui eventual indenização a cargo do empregador, em virtude de sua responsabilidade subjetiva (dolo ou culpa).

Assim preceitua o citado artigo 7º, XXVIII, CF/88, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais:

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, **sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;**
(grifei)

Dos Danos Materiais – Culpa da Reclamada (Empregadora Direta)

De início, vê-se que a empresa reclamada confirma a ocorrência do acidente na data descrita inicial. Porém, exclui a sua culpabilidade pelo evento, por não haver infringido nenhuma regra de segurança e proteção do trabalho, tendo ocorrido o acidente unicamente em razão da conduta da vítima, que utilizou de modo indevido o equipamento de

trabalho e não utilizou EPI obrigatório e disponível (manta isolante), além de restar caracterizado o “caso fortuito”, que, como tal, não gera o dever de indenizar.

Diversamente da alegação recursal, não há como ser afastada a responsabilidade da empresa pelos danos causados à autora e sua família, como adiante se vê.

Em primeiro lugar, inobstante a empregadora fornecer equipamentos de segurança ou oferecer cursos aos empregados, verifica-se, no caso específico, que para a operação realizada, a qual resultou na morte do obreiro, não era obrigatório o uso de manta isolante, pelo fato de que aquela atividade estava sendo executada em **área de baixa tensão**, sendo obrigatória a utilização de tal manta somente quando a rede é cruzada e em barramentos de alta tensão, conforme depoimento do companheiro de trabalho do obreiro, visto à fl. 135.

Ainda assim, afirma o aludido depoente que o uso da manta isolante poderia ou não evitar o acidente, uma vez que a *atividade era de risco*, o que, por si só, já configuraria a responsabilidade objetiva do empregador. Corroborando ainda tal entendimento, a **CEMAR** (2ª reclamada), ao afirmar em suas alegações finais (fl. 150), que **a manta isolante é obrigatória quando o serviço for executado em rede de alta tensão**, portanto, em hipótese diversa da dos autos.

Do mesmo modo, confirmou o depoente - companheiro do *de cujus* (fl.135) - que a manta de borracha é utilizada, geralmente, quando a rede é cruzada e em barramentos de alta tensão, desconhecendo o fato de ser obrigatório o uso desse equipamento no tipo de serviço que estava sendo executado pelo falecido (mais simples).

Destarte, pela narrativa supra e, sobretudo, pela afirmação taxativa da 2ª reclamada (CEMAR), à fl.150, de que a manta isolante só seria obrigatória para os serviços executados em redes de alta tensão, o que não era a hipótese dos autos (baixa tensão), não há como atribuir-se como causa da morte a não utilização da “manta isolante”, pelo obreiro.

Por outro lado, o que bem se evidenciou nos autos é que o operário tocou com o ANTEBRAÇO na rede energizada, como afirmou a testemunha colega de trabalho (fl.135), na *“parte que estava acima da luva”*, bem como que *“após o acidente a empresa passou a fornecer uma **manga isolante, que complementa a luva, que antes não era fornecida**”*, o que só reforça a importância de tal manga como equipamento complementar de proteção para toda a extensão do braço e antebraço.

A “manga isolante”, como visto, era o equipamento capaz de evitar a fatalidade, por cobrir justamente a área atingida pelo choque (antebraço), passando a ser de uso obrigatório somente após o trágico acontecimento, conforme declaração prestada à DRT-MA pelo eletricitista companheiro de

trabalho do falecido(vide fl.83). Antes de tal fato, pois, a **manga isolante**, que complementa a luva, não era fornecida pela CONESUL, o que caracteriza sua negligência.

Presente, então, a *responsabilidade subjetiva* por violação a norma celetária (art. 166 da CLT), por não ter fornecido o EPI (manga isolante) indispensável à execução daquela atividade.

E, ainda, quanto ao errado posicionamento da escada por parte do falecido, alegado pela recorrente, sobreleva enfatizar que a própria testemunha da empresa, à fl.137, afirmou, de forma textual, “*que a escada estava posicionada corretamente para execução do trabalho*”, não concorrendo, o empregado, portanto, para a fatalidade ocorrida. Assim, tal afirmação só vem a reforçar a diligência do empregado em suas atividades, como bem reforçou o seu colega de trabalho (fl.135).

Assim considerando, vê-se que a ausência da manga isolante (enquanto principal equipamento de proteção), de fato contribuiu para o acidente, o que gera a inafastável responsabilidade subjetiva da empresa por *culpa*.

Da mesma forma, como já analisado no início do mérito, o fato de ter sido pago seguro à autora (fl.128) não constitui qualquer óbice ao deferimento da indenização a que está obrigado quando incorrer em “culpa”, como no caso em apreço, a teor do art. 7º, XXVIII, CF/88, ou seja, o eventual pagamento de seguro, a cargo do empregador, não exclui o seu dever de indenizar, quando incorrer em dolo ou culpa.

Assim, resta verificada a culpa da empresa quanto ao evento fatídico (dano), pelo que plenamente caracterizado o *nexo de causalidade*, demonstrando, sim, ser a empresa civilmente responsável pelos danos materiais causados à autora e sua família (lucros cessantes). Nessa linha, incabível a tese empresarial de que a conduta da vítima foi a “causa determinante do acidente”.

Portanto, correto o julgado ao condenar a empresa na devida reparação pelos danos materiais causados à autora.

Do Dano Moral

Com efeito, por **dano moral** entende-se a dor ou sofrimento que um suposto evento causou à vítima, violando, assim, direitos personalíssimos ou bens incorpóreos, tais como: *a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, a auto-estima, o nome, a emoção*, gerando normalmente dor, espanto, vergonha, angústia, perda etc. Em vista disso, a violação a qualquer deles assegura ao lesado o direito à indenização pelo dano material ou moral sofrido (CF, art. 5º, X).

Posto isso, cumpre inicialmente analisar-se acerca da existência

do dano moral apontado pela autora, bem como do nexo de causalidade respectivo e de eventual culpa da empregadora, de modo a aferir-se o grau de acerto da decisão ao fixar o montante indenizatório respectivo.

Como já analisado anteriormente, discute-se nos autos, além dos danos materiais, acerca da responsabilização da empregadora CONESUL pelos *danos morais* que decorreriam do acidente de trabalho ocorrido durante a atividade laboral do pai da autora (02/02/2003), que resultou no falecimento do mesmo por choque elétrico (eletroplessão), conforme Boletim de Ocorrência de fl.26 e Exame Cadavérico de fl.27.

Com efeito, não há como negar-se que a referida morte causou um enorme pesar à filha do obreiro e sua representante legal (mãe), ante o rompimento abrupto do convívio em família. É certo que a indenização, nesses casos, visa apenas MITIGAR o sofrimento impossível de ser mensurado, ante a perda inesperada de um ente familiar, representando somente um paliativo e trazendo algum conforto à esposa e à filha.

Assim, verifica-se nitidamente configurado o dano moral e, pela própria narrativa supra, o suposto *nexo de causalidade* entre o acidente, em si, e o contrato de trabalho mantido com a empresa, eis que decorrente o evento morte da relação laboral, como robustamente provado.

Desse modo, vê-se que a empresa concorreu, sim, para o dano causado à reclamante e sua família, ainda que culposamente, de onde exsurge a sua responsabilidade, também, pela reparação do *dano moral*.

Portanto, mais uma vez em pleno acerto a condenação da recorrente.

Do Quantum Fixado – Indenização Por Danos Materiais e Morais

No caso concreto, como dito, verificou-se a ocorrência de danos materiais e morais à autora e sua família, em virtude da morte do seu pai, por acidente de trabalho (choque elétrico), restando agora analisar-se o montante fixado na sentença a título de reparação.

Primeiramente, quanto à **indenização por danos materiais**, vê-se correta a sentença ao fixar o valor equivalente a 2/3 da remuneração do empregado, como PENSÃO MENSAL, até a maioridade da filha.

Nesse ponto, inclusive, vale ressaltar a correção do julgado quanto ao pagamento, sob a forma de PENSIONAMENTO MENSAL. É que o pagamento parcelado da indenização atende a interesse tanto do credor como do devedor, e a um interesse maior, o social, qual seja: a prevenção contra a dilapidação da reparação global. Assim, importante frisar que o pagamento único, que seria devido por décadas, poderia ensejar um abalo financeiro ou a insolvência do réu, como também poderia levar a família

do acidentado morto a dissipar em bens supérfluos, em pouco tempo, o valor recebido, não alcançando a indenização o seu objetivo maior.

O douto magistrado Sebastião Geraldo de Oliveira, *in Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*, LTr, p..284, 2ª ed, sobre a matéria, explica:

Como se depreende do exposto, diante do caso concreto, na grande maioria dos casos, o pagamento imediato terá dificuldades e embaraços para o julgador e para as partes. Para o acidentado, no exemplo dado, o valor representa uma pequena fortuna; por outro lado, para 90% dos empregadores esse montante poderá inviabilizar a continuidade dos negócios ou mesmo determinar o fechamento da empresa. Se para a vítima o pagamento significa uma antecipação da receita abrangendo todo o período de sua provável sobrevivência, para o empregador a indenização representa concentrar as despesas de mais de 40 anos num único pagamento. Além disso, se a vítima aplicar o valor líquido da indenização recebida no mercado financeiro, mesmo em investimentos considerados conservadores, certamente obterá um retorno de pelo menos 1% ao mês, o que resultará num rendimento por volta de 05 vezes superior ao seu salário até então recebido, o que não deixa de ser um enriquecimento sem causa.

Destarte, correto o posicionamento do Juiz *a quo*, ao deferir danos materiais como “pensão mensal” (lucros cessantes), independentemente da pensão por morte paga pelo INSS, pelo fato da reclamante e sua mãe dependerem financeiramente do *de cujus*, conforme atestado de pobreza acostado à fl. 13, inclusive, quanto ao valor deferido, qual seja, 2/3 da remuneração do falecido, haja vista que sua remuneração não era totalmente investida no sustento de sua mulher e filha, sendo utilizada uma parte, logicamente, para suas despesas pessoais.

Por outro lado, vê-se igualmente necessária a **constituição de uma caução** hábil a garantir o pagamento da prestação ou pensão mensal reparadora por longos anos, haja vista a possibilidade de insuficiência financeira do devedor ou até mesmo a sua extinção do mundo jurídico. O legislador, então, prudentemente, além de estabelecer o direito à indenização pelo dano sofrido, fixou regra legal determinando o caucionamento pela parte devedora. A fixação desse caucionamento está hoje determinada pelo art. 475-Q, do CPC, que dispõe:

Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir **prestação de alimentos**, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Citado artigo introduzido no CPC pela Lei 11.232/2005 revogou expressamente o art. 602 do mesmo diploma legal, que previa em seu *caput* que o devedor tinha a obrigação de constituir um capital com o fim de garantir o pagamento da indenização (Art. 602. Toda vez que a condenação à indenização por ato ilícito incluir prestações alimentícias, **o juiz condenará o réu também a prestar uma caução, de natureza e valor que assegurem o cabal cumprimento da obrigação**) ante a definição de que o pensionamento é mensal.

O notável doutrinador Sebastião Geraldo Oliveira, citado pelo não menos insigne Luciano Athayde Chaves, *in* “A Recente Reforma no Processo Comum – Reflexos no Direito Judiciário do Trabalho”, Ltr, 2006, p-96, explica:

O comando legal (art. 602, CPC), por entender indispensável a garantia, foi adotado em tom imperativo, como norma de ordem pública, devendo o juiz determinar o cumprimento, independentemente de pedido dos credores da pensão. E a garantia não é só do pagamento da renda mensal; exige-se que seja destacado capital suficiente para gerar renda equivalente ao valor da pensão. Temos na seqüência lógica: capital que produz renda, que gera alimentos, que garante a sobrevivência. E o propósito da lei de assegurar, com a fidelidade possível, que a morte injusta do acidentado não faça desaparecer o provedor (2005, p.209).

Cuida-se de questão tão sensível que sobre ela fixou o Superior Tribunal de Justiça, no segundo semestre de 2005, entendimento sumular a respeito, como se vê do verbete n. 313: ‘ Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado.

Entretanto, com o art. 475-Q do CPC, a questão a respeito da obrigatoriedade da constituição da caução tornou-se duvidosa, porém, sobre a matéria, siga o mesmo entendimento do insigne doutrinador Luciano Athayde, na obra acima citada, p.97:

Penso que o problema da **imperatividade**, conforme a redação do novo dispositivo, deve ser analisada em conjunto com os demais dispositivos do art. 475-Q, especialmente com o § 2º, que permite ao juiz substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário (alimentando) em folha de pagamento de ente de direito público ou de empresa de direito privado; ou ainda, por fiança bancária ou garantia real.

Logo, tendo em conta o princípio do resultado, não chegaria, de logo, a ponto de decretar a morte da imperatividade da constituição de capital.

A mim me parece que a “faculdade” de constituir o capital somente terá lugar se o Juiz vislumbrar um outro modo de garantir o resultado útil da execução do julgado no tempo, pelas outras formas admitidas no §2º. Sob esse prisma, a imperatividade de garantir a efetividade da obrigação sucessiva representada pela prestação de alimentos não desaparece, apenas é exercida num espectro mais amplo de possibilidades. Porém, deverá ser exercida.

Desse modo, o vocábulo *poderá*, contido no artigo, não retira o caráter imperativo da constituição de caução para garantia do pagamento da pensão. Ao juiz cabe determinar o caucionamento em garantia do pagamento da pensão, definindo de pronto a forma, dentre aquelas previstas na própria lei.

Assim, o caucionamento em garantia da pensão, no caso *sub judice*, é imprescindível, mesmo que a parte não o tenha requerido, haja vista que o pensionamento alcança décadas. Esse entendimento encontra-se hoje pacificado, tendo sido inclusive editada em 2005 a Súmula 313 pelo STJ, neste sentido, *verbis*:

Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento de pensão, independentemente da situação financeira do demandado.

Segundo o douto Silvio Rodrigues (**Direito Civil**. v.4, 2002, p.216), a caução fidejussória “*pode representar um grande benefício para o devedor, sem constituir ameaça para o credor. Isso porque, através dela, fica o devedor exonerado de imobilizar grandes recursos, o que lhe é altamente inconveniente, enquanto o credor terá a garantia do adimplemento, através da assunção da obrigação solidariamente por fiador idôneo*” (grifei).

Essa garantia deve, entretanto, ser suficiente para gerar renda equivalente ao valor da pensão mensal, pois a intenção do legislador foi assegurar à família do acidentado/falecido manter renda suficiente para sua sobrevivência, em substituição ao salário do obreiro.

Por tais argumentos, como se trata aqui de recurso da empresa ré e por ser uma medida favorável à mesma, entendo plenamente possível a constituição de caução idônea para garantia do pagamento da pensão, pela empresa recorrente, enquanto perdurar o pensionamento.

Entretanto, no que tange à **reparação por danos morais** fixada em R\$ 40.000,00, valor este impugnado no recurso da empresa (fls.173-174), entendo merecer amparo tal impugnação para reduzir o valor fixado, adequando-o aos termos do pedido inicial – **100 salários mínimos** (fl.07).

Com efeito, de uma análise comparativa entre o pedido inicial (100 salários mínimos) e o valor fixado na sentença (R\$ 40.000,00 – fl.159), que corresponde a aproximadamente **154 salários mínimos** da época da sentença (jan/2005 – SM de R\$ 260,00), vê-se claro que o deferimento foi além do pedido – 100 SM (julgamento *ultra petita*), razão por que necessária a redução do valor fixado na sentença, **o qual passará a corresponder a 100 salários mínimos, efetivamente.**

Nesse sentido, entendo que a fixação das indenizações mostra-se adequada a satisfazer a justa proporcionalidade entre o ato ilícito e o dano sofrido pela recorrida, bem como atende ao caráter compensatório e ao mesmo tempo inibidor a que se propõe a reparação por danos, suficiente para representar um desestímulo à inobservância de normas relativas à segurança e medicina do trabalho (prevenção de acidentes do trabalho) sendo, ao mesmo tempo, quantia razoável para os padrões econômicos dos trabalhadores brasileiros, sem implicar desfalque patrimonial à reclamada, sobretudo se considerado o *pagamento mensal da pensão* (danos materiais/lucros cessantes) e, ainda, a *constituição de caução* ora determinada.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores, por unanimidade, conhecer do recurso, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento parcial, nos termos do voto da Desembargadora Relatora, para: **1) manter a indenização por danos materiais** sob a forma de pensão mensal, equivalente a 2/3 da remuneração do empregado, até a maioridade da filha, indenização esta a ser garantida pelo devedor, através da **constituição de caução**, enquanto perdurar o pensionamento; **2) reduzir o valor da indenização por danos morais para 100 salários mínimos**, conforme o limite do pedido inicial.

São Luís (MA), 30 de janeiro de 2007.

MÁRCIA ANDREA FARIAS DA SILVA
Relatora

PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO

ACÓRDÃO/PLENO/2007

PROCESSO TRT - RO Nº 03921-2005-015-16-00-9

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
REVISOR: DESEMBARGADOR GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO
RECORRENTE: IMIFARMA - PRODUTOS FARMACÊUTICOS E COSMÉTICOS LTDA.
ADVOGADO: THYENES DE OLIVEIRA CHAGAS
RECORRIDO: MARIA FLAVIANA BEZERRA MANO DE ALMEIDA
ADVOGADO: JOSÉ REINALDO DE ARAÚJO LIMA
ORIGEM: 5ª VARA DO TRABALHO DE SÃO LUÍS (ÉRICO RENATO SERRA CORDEIRO)

EMENTA: GUeltas – NATUREZA JURÍDICA.

As chamadas gueltas são pagamentos efetuados por fornecedores aos empregados dos adquirentes dos seus produtos, constituindo-se, portanto, em verdadeiros incentivos ou prêmios. Sendo assim, inarredável a sua natureza salarial, *ex vi* da CLT, art.457, § 1º, sendo irrelevante o fato de serem pagas pelos fornecedores, dado que substancialmente são pagas em decorrência do contrato de trabalho e sem ele não subsistiriam. Ademais, à semelhança das gorjetas, o fato do pagamento ser feito por terceiro não se traduz em obstáculo para o reconhecimento de sua natureza salarial. **Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, oriundos da 5ª Vara do Trabalho desta capital, em que figuram como recorrente **IMIFARMA – PRODUTOS FARMACÊUTICOS E COSMÉTICOS LTDA** e como recorrida **MARIA FLAVIANA BEZERRA MANO DE ALMEIDA**, acordam os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, nos termos deste voto.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário (fls. 167/175) interposto por

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 613	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

IMIFARMA – PRODUTOS FARMACÊUTICOS E COSMÉTICOS LTDA contra a r. decisão de fls. 158/162, que, julgando parcialmente procedente a reclamação trabalhista, condenou a recorrente a pagar à recorrida 12 horas extras semanais, com adicional de 50%; 24 horas extras mensais, relativamente ao labor aos domingos e feriados, com o acréscimo de adicional de 100%; diferenças pela não incorporação das comissões sobre as verbas rescisórias, quais sejam, aviso prévio, saldo de salário, (19 dias), 13º salário proporcional (11/12), férias simples, acrescidas do terço constitucional, comissões e RSR, conforme consta expressamente consignado no TRCT de fl. 9; FGTS + multa de 40% de todo o contrato de trabalho, autorizada a compensação dos valores pagos sob o mesmo título; e, honorários advocatícios de 15%.

A recorrente ataca, basicamente, três aspectos da sentença, a saber, o valor reconhecido como remuneração, o deferimento de horas extras semanais e pelo labor nos domingos e feriados, e a procedência do pedido de honorários advocatícios.

Contra-razões da recorrida às fls.180/185, sendo, em suma, pela manutenção da sentença.

Dispensado encaminhamento dos autos à d. Procuradoria Regional do Trabalho nos termos regimentais.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso e das contra-razões, posto que preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

REMUNERAÇÃO

A recorrente aduz que a recorrida recebeu corretamente suas comissões, inclusive com a sua correta integração nas verbas rescisórias; que a sentença fundamentou-se no depoimento pessoal da recorrida, que por si só não tem força de elidir prova documental, e na presunção de má-fé, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico, ao ignorar os holerites carreados aos autos e adotar a presunção de que é comum nas empresas o pagamento por fora; e, que as gueltas não ocorriam todos os meses, mas sim raramente, sendo que a maioria das premiações era feita em produtos dos laboratórios correspondentes, com o que descaracterizada estaria a habitualidade e, por conseguinte, prejudica a sua integração na remuneração.

Frise-se inicialmente que o processo não tem um fim em si mesmo, devendo ser encaminhado para o descobrimento da verdade (princípio do cooperativismo, CPC, art.339). Assim, as regras acerca do ônus da prova contidas na CLT, art.818, e, subsidiariamente, no CPC, art.333, devem ser temperadas conforme as circunstâncias do caso concreto. Com efeito, neste contexto é que se inserem os indícios, as presunções, o princípio da aptidão para a produção da prova e a inversão do ônus desta.

Pois bem, como já registrado pela sentença *a quo* os contracheques estabelecem apenas uma presunção relativa, e não absoluta, pelo que podem ser ilididos por outros elementos de convicção. Ainda, ao contrário do que afirma a recorrente, a sentença vergastada não se apoiou unicamente numa presunção de má-fé e no depoimento da própria reclamante.

De relevo decisório é o consignado pela recorrida em seu depoimento às fls.31, no sentido de que *as comissões não eram integralmente pagas nos contracheques, apenas parte delas; que o restante das comissões era pago por fora, mediante folha específica, conforme documento de fls. 18* (grifei). Saliente-se que este documento refere-se às gueltas. O pagamento destas, por sua vez, é confirmado pelo preposto da recorrente à fl.32, onde assevera *que os valores lançados no documento de fls. 18 se referem a comissões, mas a uma premiação paga pelo Laboratório Lupper aos empregados da reclamada.*

Destaque-se que este documento é da empresa, atestando inclusive o recebimento dos valores por vários empregados. Assim, estamos aqui diante de uma presunção em relação à sua habitualidade, já que a existência do pagamento foi até confessada pela recorrente. Logo, cabia a esta o ônus de provar a alegada eventualidade (CLT, art. 818 c/c CPC, art.333, II), do qual não se desincumbiu.

Por outro lado, compulsando os documentos acostados às fls.47/58, constata-se que o salário fixo da recorrida era de R\$ 300,00 mensais, o qual para efeito de maior remuneração deve ser acrescido dos três últimos meses, consoante 10ª cláusula da CCT (fl.11), o que representa R\$ 69, 83, correspondente à média aritmética dos meses de outubro, TRCT de fl. 9, R\$ 91,53; setembro/04, R\$ 57,12 (fls. 57); e, agosto, R\$ 60,83 (fls.57). Demais, deve ainda ser acrescido o valor das gueltas, qual seja, R\$ 486, 57, cuja natureza é indiscutivelmente salarial, na forma da CLT, art. 457, § 1º, constituindo-se em verdadeiro prêmio pago na forma de percentagem, guardando ainda semelhança com as gorjetas, dado o fato do pagamento ser efetuado por terceiros, mas como decorrência do contrato de trabalho.

Desta sorte, temos como remuneração da recorrida o valor de R\$ 856,40.

HORAS EXTRAS

Alega a recorrente que as horas extras seriam indevidas em face da condição de comissionista da recorrida; que a farmácia onde trabalhava funciona aos domingos, com o que é necessário o labor neste dia, o que obedece, todavia, a um cronograma contemplando folga pelo menos uma vez ao mês no domingo e folga compensatória do labor neste dia, o que é atestado pelas folhas de ponto constantes dos autos; que, embora a recorrida ultrapassasse a sua jornada diária de labor, não há óbice para isso, dada a sua condição de comissionada; que quando há o reconhecimento ao direito às horas extras, é pacífico o entendimento de se conceder apenas o adicional de 50%.

Conquanto acanhado o recurso da recorrente, pois limitado aos aspectos acima, no que toca ao labor em jornada extraordinária, há que se observar, inicialmente, que a convenção coletiva trazida aos autos pela recorrida (fls. 10/17) tem como período de vigência 1 (um) ano a partir de 1º de novembro de 2004 (cláusula 54ª), ao passo que o contrato de trabalho firmado entre as litigantes, conforme se observa do TRCT de fl. 9, terminou em 19-10-2004. Logo, aquela não pode reger este.

Todavia, observa-se que a recorrida, por vezes, ativava-se de segunda-feira a sábado das 15 às 23h, com intervalo de apenas 15 minutos para repouso e alimentação, o que totaliza uma jornada de 46h 30min por semana, fazendo, então, a recorrida jus a 10h 30min como extraordinárias.

Contudo, nota-se que esta não é uma situação uniforme, isto é, varia de semana para semana.

Diante disso, mais justo é que o quantitativo de horas seja apurado quando da liquidação da sentença, com base nos controles de jornada (fls.59/78), considerando como extraordinário o excedente das 36h semanais.

Quanto à alegação da recorrente de que as horas extras seriam indevidas em face da condição de comissionista da recorrida, não lhe assiste razão, eis que, seja a CR, art. 7º, XIII, seja a CLT, art. 58, não contempla qualquer exceção quanto ao limite diário de jornada em relação aos empregados comissionados. A peculiaridade que a eles se aplica é tão-só no que respeita ao fato de que haja pagamento de horas extras em relação à parte fixa e pagamento apenas do respectivo adicional em relação à parte variável (Súmula 340 do c.TST), aspecto já corretamente observado pelo magistrado *a quo*.

Já no que toca ao labor em domingos e feriados, note-se que a reclamante em seu depoimento de fl. 31 disse que *somente folgava aos domingos se trabalhasse no sábado o dia inteiro; que a empresa obrigava*

a depoente a registrar folgas mesmo que estivesse trabalhando.

Compulsando as folhas de ponto colacionadas às fls.59/78, vê-se que, de fato, há registro de trabalho no domingo com folga no sábado, como, por exemplo, às fls.61, dias 2-2-03 e 16-2-03, mas há também o registro de folgas aos domingos, como em 26-1-03 e 9-02-03. Ocorre que se verifica, ainda, o trabalho em domingos sem a devida compensação em outro dia da semana, o que se dá com uma certa oscilação no quantitativo, como, *v.g.*, às fls.64 em 27-4-03 (apenas 1 dia), às fls.66 em 22-6-03 e 20-7-03 (duas vezes), e às fls.74 em 18-4-04, 25-4-04 e 9-5-04 (três vezes).

Assim, considerando que a recorrida não provou a obrigação de registrar folgas sem a devida compensação, ônus que lhe cabia por ser fato constitutivo do seu direito (CLT, art. 818, c/c CPC, art.333, I), bem como a recorrente, por seu turno, não apresentou o cronograma para compensação, tenho que aqui, novamente, a condenação deve ser apurada quando da liquidação da sentença, considerando-se como labor em domingos/feriados o não compensando no sábado anterior ou em algum dia semana imediatamente subsequente.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Assevera a recorrente que a recorrida não está assistida pelo sindicato da categoria profissional, em razão do que não restaram preenchidos os requisitos para o deferimento da verba epigrafada.

Nesta Especializada são cabíveis, tão-somente, quando a parte está assistida pelo sindicato da categoria e percebe salário inferior ao dobro do mínimo legal ou, ainda, encontra-se em situação que não permite demandar sem prejuízo do sustento próprio ou da família (Lei n. 5.584/70, arts.14, §1º, e 16). Ressalte-se que nesta situação é limitado a 15% (Lei n.1.060/50, art.11, §1º).

Nesse sentido o c. TST já assentou sua jurisprudência: Súmulas 219 e 329, e OJ 305 da SDI-1.

Pois bem, verifico que a recorrida não está assistida por causídico do sindicato profissional (fl. 8). Via de consequência, com razão a recorrente, devendo a sentença ser reformada para excluir da condenação a verba honorária.

Por tais fundamentos, **ACORDAM** os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial para reconhecer como remuneração da recorrida o valor de R\$ 856,40, determinar que a condenação em horas extraordinárias e o labor em domingos/feriados sejam apurados conforme as folhas de ponto (fls. 59/78), aquelas como

sendo as excedentes da 36ª na semana e este como os não compensados no sábado anterior ou na semana imediatamente seguinte.

São Luís (MA), 28 de fevereiro de 2007.

JOSÉ EVANDRO DE SOUZA
Desembargador Relator

LEGISLAÇÃO

DIREITO DO TRABALHO

LEI Nº 11.495, DE 22 DE JUNHO DE 2007.

Dá nova redação ao caput do art. 836 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de dispor sobre o depósito prévio em ação rescisória.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O caput do art. 836 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 836. É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no Capítulo IV do Título IX da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor.

..... ” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 22 de junho de 2007; 186º da Independência e 119º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA
Tarso Genro

LEI Nº 11.496, DE 22 DE JUNHO DE 2007.

Dá nova redação ao art. 894 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e à alínea b do inciso III do art. 3º da Lei nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988, para modificar o processamento de embargos no Tribunal Superior do Trabalho

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 894 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias:

I - de decisão não unânime de julgamento que:

a) conciliar, julgar ou homologar conciliação em dissídios coletivos que excedam a competência territorial dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever as sentenças normativas do Tribunal Superior do Trabalho, nos casos previstos em lei; e

b) (VETADO)

II - das decisões das Turmas que divergirem entre si, ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. (Revogado).” (NR)

Art. 2º A alínea b do inciso III do art. 3º da Lei nº 7.701, de 21 de dezembro de 1988, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 3º.....

.....
III -

.....
b) os embargos das decisões das Turmas que divergirem entre si,
ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais;

..... ” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua
publicação.

Art. 4º Fica revogado o parágrafo único do art. 894 da Consolidação
das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de
maio de 1943.

Brasília, 22 de junho de 2007; 186º da Independência e 119º da
República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

LEI Nº 11.603, DE 5 DEZEMBRO DE 2007.

Altera e acresce dispositivos à Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000.

Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 388, de 2007, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Narcio Rodrigues, Primeiro Vice-Presidente da Mesa do Congresso Nacional, no exercício da Presidência, para efeitos do disposto no art. 62 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, combinado com o art. 12 da Resolução nº 1, de 2002-CN, promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 6º da Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 6º Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição.

Parágrafo único. O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva.” (NR)

Art. 2º A Lei nº 10.101, de 2000, passa a vigorar acrescida dos seguintes dispositivos:

“Art. 6º-A. É permitido o trabalho em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado em convenção coletiva de trabalho e observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição.” (NR)

“Art. 6º-B. As infrações ao disposto nos arts. 6º e 6º-A desta Lei serão punidas com a multa prevista no art. 75 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Parágrafo único. O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Congresso Nacional, em 5 de dezembro de 2007; 186º da Independência e 119º da República.

Deputado **NARCIO RODRIGUES**

Primeiro Vice-Presidente da Mesa do Congresso Nacional, no exercício da Presidência.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

DECRETO Nº 6.122, DE 13 DE JUNHO DE 2007.

Dá nova redação aos arts. 97 e 101 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.

O **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 15 e 73 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991,

DECRETA:

Art. 1º Os arts. 97 e 101 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, passam a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 97. O salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego, observadas as regras quanto ao pagamento desse benefício pela empresa.

Parágrafo único. Durante o período de graça a que se refere o art. 13, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social.” (NR)

“Art. 101.....

III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em período não superior a quinze meses, para as seguradas contribuinte individual, facultativa e para as que mantenham a qualidade de segurada na forma do art. 13.

.....

§ 3º O documento comprobatório para requerimento do salário-maternidade da segurada que mantenha esta qualidade é a certidão de nascimento do filho, exceto nos casos de aborto espontâneo, quando deverá ser apresentado atestado médico, e no de adoção ou guarda para fins de adoção, casos em que serão observadas as regras do art. 93-A,

devendo o evento gerador do benefício ocorrer, em qualquer hipótese, dentro do período previsto no art. 13.” (NR)

Art. 2º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de junho de 2007; 186º da Independência e 119º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Luiz Marinho

NOTICIÁRIO
DISCURSO
REGISTROS

DISCURSO DE POSSE DO EXMº SRº DESEMBARGADOR GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO, NO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 16ª REGIÃO, NO BIÊNIO 2007- 2009

EXMº SR. JUIZ AMÉRICO BEDÊ FREIRE,
EXMº SR. JUIZ GILVAN CHAVES DE SOUSA,
EXMO. SR. JUIZ JOSÉ EVANDRO DE SOUSA,
EXMA. SRA. JUÍZA KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA,
EXMº. SR. JUIZ CONVOCADO LUIZ COSMO DA SILVA JUNIOR,
EXMA. SRA. JUÍZA CONVOCADA SOLANGE CRISTINA PASSOS DE CASTRO,

Egrégio Tribunal,

Senhoras e Senhores,

Conta-se que Alexandre Magno perguntara a Aristóteles: “De que os reis necessitam mais, de Coragem ou da Justiça”? Ao que o sábio respondeu: “O Rei que possui a Justiça não precisa da Força ou da Coragem”.

Vejo a Justiça, senhoras e senhores, como o ponto mais alto de uma montanha. É o seu ápice. O seu vértice.

Todos os rochedos que elevam às alturas os sentimentos de verdadeira justiça são suas bases, seus pressupostos, representados pelo Direito, pelos costumes, pela praxe, pela jurisprudência.

Da sabedoria dos jurisconsultos romanos ficou-nos, gravado no livro da vida, esta verdade até aqui não contestada: Ser justo, isto é, fazer justiça, é dar a cada um o que lhe pertence.

É com este espírito e esta inarredável vontade de servir ao Estado Democrático de Direito que tenho a honra de tomar assento, ao lado de luminares do Direito do Trabalho, nesta Corte, neste dia que passa a ser um marco indestrutível de minha vida, que me foi dada por Deus e por meus queridos pais, e tem continuidade no recinto de família, ao lado da esposa querida e dos filhos que haverão de guardar o meu nome, e , peço a Deus, também a minha obra.

No Sermão da Sexagésima o Padre Antônio Vieira já dizia que homem fala melhor por suas obras do que por suas palavras.

Pois sim. É pela obra de julgador, estratificada em votos e acórdãos, que pretendo marcar presença neste Colendo Tribunal, na terra que me viu nascer e no seio da comunidade que tenho a honra de conviver ao longo desta já avançada caminhada.

Senhoras e Senhores, a Constituição Federal reservou, para os

Tribunais, vagas correspondentes ao chamado Quinto Constitucional, de onde são retirados, em listas sêxtupla e tríplice, os Juízes que haverão de compor os Tribunais do País.

Esses magistrados, oriundos das categorias do Ministério Público e da OAB trazem, ao lado de sua conduta ilibada e reputação intocável, não apenas os necessários conhecimentos jurídicos ao longo de no mínimo dez anos de atividade, com as peculiaridades próprias de suas profissões.

O legislador constitucional quis, a meu sentir, mesclar nas Cortes, democraticamente, três belas vertentes: a dos magistrados de carreira e o saber daqueles que, no dia a dia de suas atividades, também acumularam a ciência e experiência nos atos de postular e de emitir pareceres nas causas em que atuam.

A ciência do Direito, nos Colegiados, diferentemente dos juízos monocráticos, passa por debates, discussões, achegas de membros da Corte, que a história judiciária brasileira já consagrou como verdadeiramente salutar.

As divergências sempre chegam a convergências sábias, com os avanços ou recuos de pontos-de-vista, todos direcionados para uma apuração aprofundada do fato, para sobre ele aplicar-se o direito pleiteado.

Um dos Tribunais mais atuantes no Brasil, sem desmerecimento dos demais, é precisamente o Superior Tribunal de Justiça, Corte aplicadora do Direito Federal, constituída de 33 ministros, sendo 11 deles precisamente oriundos de cada classe: MP, OAB e Magistrados.

O Quinto Constitucional democratiza os Tribunais, ao lado dos magistrados, cuja vivência e experiência completam aquele ideal de Justiça verdadeira, aspiração de todos os brasileiros.

E graças ao Quinto, ao longo de penosos oito meses, que tomo assento entre os mais brilhantes magistrados deste Colendo Tribunal da 16ª Região. Sinto-me honrado e na obrigação inafastável de honrar esta Casa, cuja história ainda não é longa, mas irrecusavelmente é uma das mais belas dentre as Cortes Regionais do Brasil.

Senhoras e Senhores, advogado por profissão e Procurador do Estado por escolha, sei que tenho muito a aprender, na convivência com meus pares, nesta nova etapa de minha vida. De defensor das pessoas, na banca de advogado, a defensor do Estado, na douta Procuradoria Geral do Maranhão, o desafio, agora, já não é o de postular, mas o de decidir, entre duas forças oponentes e poderosas, matrizes do progresso e do desastre das nações, cadim onde se geram as riquezas e as misérias, em permanente confronto: de um lado, o trabalho, do outro o capital.

Com certa malícia de quem passa ao largo do verdadeiro sentido da Justiça Trabalhista, já se disse, sem conhecimento de causa, que os

Juízes do Trabalho foram criados para tomar as empresas e entregar aos trabalhadores. Nada mais falso, impertinente e grosseiro.

A Justiça Trabalhista existe, precisamente, para compor esses litígios, dar a César o que é de César e aos litigantes o que, de direito, lhes pertencer.

E é por essa senda digna e honrada que os Juízes e a Corte Trabalhista do Maranhão têm palmilhado sua caminhada, desde a sua criação, pela figura mais importante do século que passou e deste que se inicia, o poeta, escritor, parlamentar, governador, senador, Presidente da República e do Congresso Nacional, José Sarney, a quem rendo, nesta oportunidade, minhas mais sinceras homenagens, ao estadista da escola que Pinheiro deu ao Maranhão, o maranhão deu ao Brasil e o Brasil deu ao mundo, pela consagrada obra literária do brilhante conterrâneo, que hoje se derrama pelos diversos continentes do mundo, nas diversas línguas em que seus romances já foram traduzidos.

Também jamais poderia esquecer de referendar os meus diletos amigos Manoel Nunes Ribeiro Filho, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado, assim como ao Conselheiro Ronald Sarney, que foram orientadores das horas angustiantes desta longa caminhada

Desejo manifestar, nesta oportunidade, agradecimentos à Colenda Ordem dos Advogados do Brasil, da qual fui Conselheiro, e que me incluiu em lista sêxtupla, primeiro passo para chegar a este Egrégio plenário, na pessoa do caro Presidente Raimundo Marques, referência ética e de Inteligência nesta quadra da vida maranhense.

Agradecer ao Egrégio Tribunal, por me haver distinguido em Lista Tríplice, segundo passo que terminou no terceiro, com a nomeação, pelo Sr. Presidente da República, para este honrado cargo de Juiz do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão.

Agradecer aos meus diletos amigos - e foram muitos - que manifestaram interesse e lutaram por mim, na aguerrida disputa nos cenários de Brasília - o que é normal e legal - para a esperada nomeação.

Gostaria de falar, embora de modo superficial, sobre a Súmula Vinculante, ora em debate no Congresso Nacional e em todos os organismos vivos da área judiciária.

Sei que é tema polêmico e que só a experiência, caso ela seja aprovada, dará a resposta a muitas indagações sobre sua necessidade ou não. Prometo voltar a este tema, possivelmente em artigo doutrinário, porque entendo ser muito cedo para emitir um juízo de valor sobre a questão em debate.

Adianto, apenas, que já tenho meu próprio juízo sobre momentoso assunto.

Se não me equivoco, sou o segundo magistrado deste Tribunal, provindo do Quinto, em substituição ao grande mestre do Direito Dr. Fernando Belfort, que honrou esta casa, sua família e nosso Estado.

Sinto-me profundamente agradecido, e possuído de natural vaidade, ao registrar a presença de meus antigos colegas advogados, precisamente eles que nunca me faltaram com seu incentivo, apoio e até generosos aplausos.

Fico imensamente feliz ao presenciar, aqui, toda a minha família, meus velhos e queridos amigos de longas caminhadas, autoridades respeitáveis com quem logrei manter salutar e respeitoso convívio.

Sou imensamente grato às palavras bondosas proferidas pelo Sr. Mauricio Pessoa Lima, representante do Ministério Público, pelo ilustre representante da minha sempre lembrada OAB, Sr. Raimundo Ferreira Marques, e da ilustre Juíza, Sra. Kátia Magalhães Arruda, que falou em nome da Casa.

Devo confessar que minha responsabilidade redobra, diante de tanta coisa bela e amável que ouvi neste Sodalício da Justiça Trabalhista.

Para não os cansar, devo concluir este breve discurso, invocando a proteção de DEUS todo poderoso, o amparo de todos os meus pares, a virtude da paciência, a sabedoria da humildade e sobretudo as luzes do saber que haverei de beber dentre os colegas desta Corte.

Quando DEUS, na sua infinita sabedoria, resolveu criar a terra, os mares, os homens e os animais inferiores, tudo eram trevas. Suas primeiras palavras foram: “*fiat lux*” - Faça-se a luz”!

Pois bem. No instante que adentro os cancelos deste Colendo Tribunal, a primeira coisa que peço é esta: “HAJA LUZ, muita luz, para aclarar minha possível inteligência, a fim de que eu possa ser não apenas um instrumento da Justiça, mas também de DEUS, na sua plena realização”.

Muito Obrigado!

NOTICIÁRIO

JANEIRO

TRT faz seleção para estágio

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) realizou, em janeiro de 2007, seleção de estágio de estudantes regularmente matriculados em instituições de ensino conveniadas com o TRT. A seleção foi realizada para preenchimento de 41 vagas, sendo 15 para universitários do curso de Direito, 24 para alunos do ensino médio e duas para estudantes de curso técnico em enfermagem, além de cadastro de reserva.

Foram deferidas as inscrições de 776 alunos do ensino médio, 11 do curso Técnico em Enfermagem e 387 universitários do curso de Direito. Foram aprovados 21 estudantes de Direito, dois do curso Técnico em Enfermagem e 72 para o ensino médio.

O resultado da seleção foi homologado em fevereiro, mês em que a presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA), desembargadora Kátia Magalhães Arruda, autorizou o aumento do valor da bolsa oferecida, a título de incentivo, aos estudantes de ensinos superior e médio que fazem estágio no Tribunal. Os valores passaram de R\$ 345,80 para R\$ 380,00 (nível superior) e de R\$ 192,85 para 220,00 (nível médio).

Biblioteca adquire banco de dados jurídicos

O Serviço de Informação e Documentação (SID) do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão adquiriu, por assinatura, um software que permite a magistrados e servidores facilidade na consulta a assuntos jurídicos. O Datadez é um banco de dados jurídicos indexados por assunto e que abrange as grandes áreas do Direito, reunindo em um único sistema muitos conteúdos indispensáveis aos operadores do Direito. Seu maior diferencial é o conteúdo estruturado de forma a facilitar a localização rápida, objetiva e precisa, oferecendo credibilidade e maior eficiência nas pesquisas realizadas.

Foram feitas 30 assinaturas em CD-ROM para os Gabinetes, Varas da capital e interior incluindo ainda 90 usuários web.

O Datadez possui milhões de links de hipertexto que facilitam ainda mais a sua navegação, além de ser repositório autorizado de jurisprudência do TST e do TRF da 2ª Região.

Presidente do TRT faz abertura do ano judicial na Justiça do Trabalho

A presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, desembargadora Kátia Magalhães Arruda, fez, no dia 16 de janeiro, a abertura do ano judicial na Justiça do Trabalho. Na primeira sessão do ano, a presidente anunciou um dos primeiros projetos da Justiça do Trabalho para 2007. Foi a exposição O Mundo do Trabalho, iniciativa do Serviço de Comunicação. A exposição reúne as fotografias vencedoras do I Concurso de Fotografia do TRT.

O Mundo do Trabalho é também o tema do calendário 2007 da Justiça do Trabalho. O concurso de fotografias, a exposição e o calendário integram a campanha Justiça do Trabalho – Cidadania ao Alcance de Todos, que vem sendo realizada pelo Serviço de Comunicação desde 2005.

Na primeira sessão do Tribunal Pleno, estavam na pauta 119 processos judiciais.

Presidente do TRT reúne-se com governador

A presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA), desembargadora Kátia Magalhães, participou, no dia 17 de janeiro, de audiência com o governador Jackson Lago, no Palácio dos Leões. A magistrada entregou ao governador documento solicitando a continuidade do convênio em que o Governo do Estado cede servidores ao Tribunal para o desempenho de atividades na Justiça do Trabalho. Também solicitou a instalação de um posto policial nas imediações do prédio-sede do TRT, no bairro Areinha. Presente na audiência a Secretária Geral da Presidência do Tribunal, Adriana Albuquerque de Brito.

TRT-MA inicia implantação do Programa Coleta Seletiva

O Tribunal Regional do Trabalho iniciou, em 24 de janeiro, os preparativos para implantação do Programa Coleta Seletiva. Nessa fase inicial, foram recolhidos os cestos de lixo de todos os setores para padronização. Os coletores foram pintados de azul e receberam o adesivo do símbolo da reciclagem. Nesses coletores ficam o material a ser reciclado.

O Programa “Coleta Seletiva” foi lançado na Semana do Servidor 2006, em parceria com o TRE-MA, com o objetivo de coletar papel inutilizado e reciclá-lo. A finalidade social do programa é repassar a renda obtida com a reciclagem para uma instituição filantrópica de São Luís. O TRE-MA é responsável pela pesagem e remessa do papel à empresa que

fará o reaproveitamento do material.

Nos dois primeiros meses de 2007, o TRT doou mais de uma tonelada de papel para reciclagem, sendo a renda revertida em favor do Hospital Aldenora Belo, instituição de referência no tratamento do câncer no Estado.

Servidor faz entrega de monografia à presidenta do TRT-MA

O servidor do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão José Vicente Araújo dos Santos, lotado na Diretoria de Informática, entregou à presidenta do TRT, desembargadora Kátia Magalhães Arruda, no dia 26 de janeiro, um exemplar de sua monografia, cuja pesquisa foi centrada no trabalho desenvolvido pelo Serviço de Comunicação deste Tribunal.

A monografia, que teve como um dos focos da pesquisa a importância da Comunicação e as atividades desenvolvidas pelo Serviço de Comunicação do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, foi apresentada como trabalho de conclusão do curso de Publicidade e Propaganda da Faculdade de São Luís. O trabalho foi realizado em parceria com Ademildes do Livramento Ferreira da Silva e Isabela Ramos Siqueira.

Foi efetuado um estudo de caso sobre a comunicação realizada no TRT da 16ª Região e através de uma pesquisa realizada pelos universitários foi constatado que 45% dos entrevistados consideram o Serviço de Comunicação importante e 31% o consideram fundamental. Também, detectou-se que 55% dos entrevistados consideram que as atividades desenvolvidas pelo setor são boas, o que segundo os universitários, mostra a existência de um reconhecimento ao trabalho desenvolvido pelo setor.

FEVEREIRO

Serviço de Comunicação é convidado para workshop na UFMA

O Serviço de Comunicação do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão apresentou, no dia 5 de fevereiro, o workshop “A Comunicação na Justiça – o desafio de informar o cidadão” para alunos do curso de Comunicação da Universidade Federal do Maranhão. O convite para apresentação do workshop foi feito pela professora doutora Vera Salles como parte das atividades da disciplina Assessoria de Imprensa, que ela ministra.

No workshop, a equipe do Serviço de Comunicação apresentou a pesquisa sobre o Perfil das Assessorias de Comunicação do Poder

Judiciário e Ministério Público, que havia sido apresentada no Congresso Brasileiro dos Assessores de Comunicação da Justiça, realizado no mês de novembro em Porto Alegre. A pesquisa foi coordenada pela servidora Edvânia Kátia.

A equipe também apresentou as ferramentas utilizadas no âmbito da Justiça do Trabalho do Maranhão para levar ao cidadão as informações sobre o Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão e as Varas Trabalhistas.

TRT-MA lança novo site e edição atualizada do informativo Parágrafo Único

A presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA), desembargadora Kátia Magalhães Arruda, lançou no dia 07 de fevereiro, na sessão do Tribunal Pleno, a nova versão do site do TRT-MA. Em seguida faz o lançamento da nova versão do informativo institucional Parágrafo Único.

O novo site do TRT foi reformulado para atender às necessidades dos usuários e facilitar a busca pelos serviços. O site ganhou uma versão moderna, com todas as seções antigas dotadas de ferramentas que facilitam a navegação. Nesta nova versão, a consulta processual foi disponibilizada logo na página de abertura, para que os usuários possam ter um acesso mais rápido ao andamento do processo, entre outras novidades.

O informativo institucional Parágrafo Único também ganhou nova versão, que passou a ser editado em policromia. O PU também ganhou novo perfil editorial. A partir da edição de fevereiro passou a ser editada a série Questão de Direito, matéria principal. Também passou a ter colunas fixas para a Memória da Justiça do Trabalho, Giro pelos Setores e outros.

TRT-MA faz pesquisa para avaliar nível de estresse de magistrados e servidores

O Serviço de Saúde do TRT-MA, através de sua equipe de ginástica laboral, realizou, nos dias 26 e 28 de fevereiro, uma pesquisa para avaliar o nível de estresse de magistrados e servidores do TRT-MA.

De acordo com o resultado da pesquisa, serão adotadas medidas no sentido de minimizar os problemas detectados. A pesquisa foi feita pela equipe de ginástica laboral que presta serviços ao TRT-MA.

MARÇO

Presidente do TRT faz visita à Subcomissão de Trabalho Escravo do Senado

A presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, desembargadora Kátia Magalhães Arruda, esteve no Senado Federal, no dia 1º de março, onde participou de uma reunião com os membros da Subcomissão Temporária do Trabalho Escravo.

A desembargadora foi convidada pelo presidente da Subcomissão, senador José Nery (PSOL-PA). Segundo a presidente, o senador estava interessado em conhecer melhor a realidade de todos os Estados onde há incidência de trabalho escravo, como é o caso do Maranhão, um dos maiores fornecedores de mão-de-obra escrava no país. José Nery se colocou à disposição para contribuir em atividades que visem o combate ao trabalho escravo.

Na oportunidade, Kátia Arruda fez um breve relato da situação do trabalho escravo no Estado. A presidente sugeriu que fosse desenvolvido um trabalho pedagógico no intuito de mostrar o quanto é humilhante a existência de trabalho análogo à condição de escravo.

TRT-MA realiza II Concurso de Monografia

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) realizou, em 2007, o II Concurso de Monografias da Justiça do Trabalho da 16ª Região. Dirigido aos estudantes universitários e profissionais graduados em cursos da área de Humanas, o concurso teve como temas “Poder Judiciário e Responsabilidade Social” e “A História da Justiça do Trabalho no Maranhão” e o lançamento em março.

O resultado do concurso foi divulgado em junho. O primeiro lugar ficou com o bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, Heider Silva Santos, que apresentou monografia sobre o tema “Responsabilidade Social na distribuição da Justiça: a construção da cidadania plena baseada na principiologia constitucional”.

O segundo lugar no concurso ficou com a acadêmica de Geografia da Universidade Estadual do Maranhão, Ângela de Cássia Costa. Ela escreveu sobre o tema “Responsabilidade Social e Poder Judiciário: possibilidades do deferimento do pedido de adoção para casal homossexual e o que é bom para a criança”. A terceira colocada foi a estudante de Direito do Uniceuma, Marlete Ferreira Martins, com a monografia “A língua brasileira de sinais – Libras. O Poder Judiciário e a Responsabilidade Social”.

Os vencedores receberam prêmios no valor de R\$ 4 mil, R\$ 3 mil e R\$ 2 mil, respectivamente.

TRT e Secretarias de Estado realizam debate sobre Violência contra a Mulher

Em comemoração ao Dia Internacional da Mulher, o Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão e as Secretarias de Estado da Mulher e Extraordinária de Direitos Humanos realizaram no dia 8 de março, no auditório juiz Ari Rocha, do TRT, a palestra “Violência doméstica e a Lei ‘Maria da Penha’”, que foi proferida pela desembargadora Neuza Maria Alves da Silva, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. O evento fez parte do calendário de atividades do Fórum Permanente de Debates do Tribunal.

Na oportunidade, a desembargadora Neuza fez a distinção entre violência doméstica e violência familiar e abordou questões polêmicas sobre o tema.

TRT-MA substituiu móveis por modelos ergonômicos

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) começou, em março, a substituir móveis antigos por móveis ergonômicos nas unidades do Tribunal. A substituição dos móveis também será feita nas Varas do Trabalho da capital (na nova sede do Fórum Astolfo Serra) e nas Varas do interior do Estado. Além de funcional e moderno, o novo mobiliário atende a proposta do “Programa de Qualidade de Vida - Qualidade no Trabalho”, desenvolvido pela presidência da instituição para oferecer melhores condições de trabalho aos magistrados e servidores.

Para aquisição do novo mobiliário, o TRT considerou as orientações do terapeuta ocupacional e especialista em ergonomia, André Mendonça, da equipe responsável pelo projeto de ginástica laboral desenvolvido no Tribunal. Mendonça fez as indicações, considerando as necessidades de cada usuário. Móveis ergonômicos são aqueles projetados para evitar que a pessoa “brigue” com sua coluna e com as articulações durante o expediente. Condições de trabalho inadequadas podem causar desconforto, fadiga, lesões, afastamentos e aposentadorias precoces.

TRT-MA realiza palestra sobre depressão

A psiquiatra Carla Lúcia Penha Cardoso ministrou, em março, palestra sobre depressão para magistrados e servidores do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA). A palestra foi realizada no auditório juiz Ari Rocha, no prédio-sede do Tribunal. Segundo Carla Lúcia Cardoso, a depressão é o resultado de uma alteração da ação de neurotransmissores no cérebro. Conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), a doença atinge 340 milhões de pessoas e causa 850 mil

suicídios por ano em todo o mundo. Somente no Brasil, estima-se que há 13 milhões de depressivos.

O evento integrou as atividades do “Programa de Qualidade de Vida”, desenvolvido pelo Tribunal.

TRT-MA divulga resultado do concurso de juiz

O Tribunal Regional do Trabalho (TRT) divulgou, no dia 21 de março, o resultado final do V Concurso para Juiz do Trabalho Substituto no Maranhão, com 11 candidatos aprovados. A divulgação foi feita pelo presidente da Comissão Organizadora do Concurso, em exercício, desembargador Américo Bedê Freire, em sessão pública, na sede do TRT, no bairro Areinha.

Os aprovados foram empossados no dia 23, em solenidade na Sala de Sessões do Tribunal Pleno, com a presença de magistrados e demais autoridades, servidores da Justiça do Trabalho, familiares e convidados.

Dos 642 inscritos no concurso do TRT foram aprovados, após cinco etapas de prova, 11 candidatos: Daniela Pinheiro Gomes Pessoa, Viviane Souza Brito, Luciana Doria de Medeiros Chaves, Andressa Alves Lucena, Márcia Suely Corrêa Moraes, Maurílio Ricardo Neris, Carlos Gustavo Brito Castro, Carolina Burlamaqui Carvalho, Fabio Ribeiro Sousa, Ana Paula Flores e Jaime Luis Bezerra Araújo.

Antes de entrarem em exercício nos cargos de Juízes Substitutos, eles passaram por treinamento na Escola Judicial de Magistratura Trabalhista do TRT-MA, no período de 26 a 30.03.2007, e participaram do Curso de Formação Inicial da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), em Brasília, no período de 09 de abril a 04 de maio.

TRT-MA inaugura Escola Judicial de Magistratura

O TRT do Maranhão iniciou, no dia 26 de março, as atividades da Escola Judicial de Magistratura Trabalhista do TRT da 16ª Região, com treinamento aos novos juízes do Trabalho substitutos que foram aprovados no último concurso. Instituída por meio da Resolução nº 34/2007 do Tribunal Pleno da 16ª Região, a Escola tem como objetivo promover a seleção, a formação e o aperfeiçoamento dos magistrados do Trabalho que necessitam de formação específica e atualização contínua para o bom desempenho da função estatal que exercem.

TRT-MA elimina 62.896 processos trabalhistas

O Tribunal Pleno do TRT da 16ª Região aprovou, no dia 21 de março, por meio da Resolução Administrativa nº 47/2007, a primeira listagem de eliminação de processos judiciais trabalhistas de 1ª instância, que tenham sido arquivados no período de 1978 a 2000.

Na primeira lista estão cerca de 60 mil processos trabalhistas, oriundos das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª Varas da capital.

O objetivo é diminuir a massa acumulada de processos existente no Arquivo Geral do Tribunal.

ABRIL

TRT-MA paga adicional de qualificação e gratificações do PCS em abril

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) começou a pagar, a partir do mês de abril, o adicional de qualificação (AQ), a Gratificação de Atividade Externa (GAE) e a Gratificação de Atividade de Segurança (GAS) aos servidores que preenchem os requisitos previstos na Lei 11.416/2006, que trata do Plano de Cargos e Salários dos Servidores do Judiciário. O AQ e as GAE e GAS foram regulamentados pelos órgãos do Poder judiciário Federal, por meio da Portaria Conjunta nº 01/2007, publicada em 09/03/2007.

TRT-MA atende requisitos de acessibilidade recomendados pelo CNJ

Para garantir o acesso de portadores de deficiência física e de pessoas com dificuldade de locomoção aos órgãos da Justiça do Trabalho no Maranhão, o Tribunal Regional do Trabalho (TRT-MA) vem adaptando as instalações físicas do Tribunal e do Fórum Astolfo Serra, em São Luís, além das Varas Trabalhistas que funcionam em prédios próprios no interior do Estado. Foram instaladas rampas de acesso e banheiros específicos com barras de apoio e sanitários para cadeirantes, de acordo com as normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

As reformas e adaptações atendem orientação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, na primeira quinzena de abril, expediu ofício a Tribunais de todo o país sugerindo a realização de estudos relacionados à acessibilidade de deficientes físicos e pessoas com dificuldade de mobilidade nos Tribunais e em todas as suas comarcas e fóruns.

TRT define plano estratégico com proposta de ser modelo institucional e de cidadania

A presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, desembargadora Kátia Magalhães Arruda, assinou, no dia 25 de abril, o Plano de Gestão Participativa da Justiça do Trabalho do Maranhão para o biênio 2007/2008. O plano define como visão estratégica a proposta de “ser modelo institucional de excelência e de cidadania da Justiça do Trabalho reconhecido pela sociedade com atuação em todo o Estado do Maranhão”.

A visão considera a missão, eleita pelo TRT, de que é preciso “garantir à sociedade uma justiça célere, eficaz e acessível aos jurisdicionados, promovendo a solução de conflitos de natureza trabalhista, a cidadania e o reconhecimento dos direitos sociais”.

O plano é resultado de um conjunto de sugestões dos magistrados, servidores, advogados e usuários da Justiça do Trabalho e será o documento norteador para a implementação de políticas no âmbito da organização, contribuindo, assim para o processo de consolidação e aperfeiçoamento da gestão pública. No plano estão elencados objetivos, metas, projetos e ações nos quais a Justiça do Trabalho no Maranhão baseará o planejamento estratégico.

TRT realiza exposição fotográfica “O Mundo do Trabalho”

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, por intermédio do Serviço de Comunicação Social, organizou a exposição fotográfica “O Mundo do Trabalho”, que percorreu alguns espaços públicos em São Luís. A abertura da exposição foi feita pela presidente do TRT, desembargadora Kátia Arruda Magalhães, no dia 30 de abril, na Galeria Antônio Almeida – Palacete Gentil Braga (Rua Grande, 782, Centro). A exposição reúne as fotos que participaram do I Concurso de Fotografia da Justiça do Trabalho e fez parte da programação do TRT em comemoração ao Dia do Trabalho.

A mostra traz trabalhos de fotógrafos profissionais e repórteres fotográficos como Edgar Rocha (vencedor do concurso), Meireles Júnior (2º lugar), A. Baêta (3º lugar), Pedro Araújo (menção honrosa), Biaman Prado e José Evandro Firmino Filho. Tem também foto cedida pelo Grupo Móvel do Ministério do Trabalho.

As 12 fotografias estão expostas em painéis que medem, cada um, 1,20m x 0,80cm, e trazem textos sobre a Justiça do Trabalho. São informações como sua jurisdição, direitos e deveres trabalhistas, a diferença entre Ministério do Trabalho, Justiça do Trabalho e Ministério Público do Trabalho. Juntamente com o calendário do TRT de 2007 e com

spots para rádio, a exposição integra a Campanha Institucional “Justiça do Trabalho – Cidadania ao Alcance de Todos”, desenvolvida pelo Serviço de Comunicação do TRT-MA.

A exposição também foi levada para a Galeria do SESC (Praça Deodoro), Uniceuma I (Renascença II), Secretaria de Estado do Trabalho e da Economia Solidária, Procuradoria Geral de Justiça, entre outros.

TRT-MA implanta sistema de automação de salas de audiências

A presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA), desembargadora Kátia Magalhães Arruda, lançou, no dia 30 de abril, o Sistema de Automação de Salas de Audiências- AUD. O lançamento ocorreu na 1ª Vara Trabalhista de São Luís, com a presença de magistrados, advogados e servidores. O novo serviço permite a confecção da ata no transcorrer da audiência com o acompanhamento dos advogados através da tela do computador, dando maior celeridade às sessões.

O AUD é um dos projetos do Sistema Integrado de Gestão da Informação da Justiça do Trabalho (SIGI) que visa à interligação de toda a Justiça do Trabalho do país por meio da informática. O SIGI é fruto do trabalho conjunto dos TRT's e do Tribunal Superior do Trabalho (TST), com a consultoria do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT).

MAIO

Tribunal Pleno aprova Missão, Visão de Futuro e Valores Institucionais da JT-MA

O Tribunal Pleno do TRT da 16ª Região aprovou, por unanimidade, no dia 9 de maio, a institucionalização dos conceitos de Missão, Visão de Futuro e Valores Institucionais da Justiça do Trabalho no Maranhão. O ato decorre do Plano de Gestão Participativa (PGP) da JT-MA, biênio 2007/2008, assinado pela presidente Kátia Magalhães Arruda, no dia 25 de abril.

A MISSÃO DO TRT-MA:

Garantir à sociedade uma justiça célere, eficaz e acessível aos jurisdicionados, promovendo a solução de conflitos de natureza trabalhista, a cidadania e o reconhecimento dos direitos sociais.

A VISÃO DE FUTURO DO TRT-MA:

Ser modelo institucional de excelência e de cidadania da Justiça do

Trabalho reconhecido pela sociedade com atuação em todo o Estado do Maranhão.

VALORES INSTITUCIONAIS:

- Comprometimento
- Ética
- Probidade
- Imparcialidade
- Credibilidade
- Cordialidade

TRT comemora Dia das Mães

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão organizou uma missa para comemorar o “Dia das Mães”. A missa foi celebrada pelo padre Cláudio, da Igreja da Sé, no dia 11 de maio, no auditório juiz Ari Rocha, no prédio-sede do Tribunal.

A missa foi organizada pela Secretaria de Coordenação Administrativa e Capacitação.

Justiça do Trabalho desenvolve projeto itinerante na jurisdição da VT de Estreito

A Vara do Trabalho de Estreito realizou, nos dias 11, 17 e 18 de maio, palestras nos municípios de Lageado Novo, São Pedro dos Crentes e Feira Nova, respectivamente. As palestras foram atividades do projeto “Divulgando a Justiça do Trabalho”, realizado pela VT com o propósito de ampliar o canal de comunicação entre a Justiça do Trabalho e o jurisdicionado desses municípios, que pertencem à jurisdição da Vara de Estreito.

As palestras foram proferidas pelos servidores da Vara de Estreito, Luiz Pereira Sales, (coordenador do projeto), Paulo Sérgio Ferreira de Almeida, e pelos advogados Roberto Araújo de Oliveira, Analdiney Brito Noleto e Marcelo José Silva Ribeiro.

Eleitos novos dirigentes do TRT-MA para o biênio 2007/2009

Os desembargadores Gerson de Oliveira Costa Filho e Márcia Andréa Farias da Silva foram eleitos, por unanimidade, para os cargos de presidente e vice-presidente respectivamente, do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão. A eleição aconteceu no dia 15 de maio, durante

sessão do Tribunal Pleno.

Bacharel em Direito pela UFMA (1984), o desembargador Gerson de Oliveira é mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Pará. Foi procurador do Estado, assessor-chefe da Procuradoria-Geral do Estado, professor universitário, membro do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Maranhão e advogado militante por mais de 15 anos. Tomou posse no cargo de juiz do Trabalho em 27 de novembro de 2001. De junho de 2005 a junho de 2007, assumiu o cargo de vice-presidente do TRT.

A desembargadora Márcia Andrea Farias formou-se em Direito pela Universidade Federal do Maranhão em maio de 1993. Atuou desde o início de sua vida acadêmica na esfera trabalhista. Foi aprovada no primeiro Concurso Público realizado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região, quando de sua instalação em 1989, tendo tomado posse no cargo de Auxiliar Judiciário. Em 1994, assumiu o cargo de Técnico Judiciário no TRT. Foi fiscal do Trabalho, procuradora do Trabalho. Assumiu o cargo de desembargadora em 12 de dezembro de 2003, na vaga do quinto constitucional reservada ao Ministério Público do Trabalho para a composição do Tribunal.

Ouvidoria do TRT-MA disponibiliza serviço 0800

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) disponibilizou o telefone 0800-2822323 para que a população possa telefonar gratuitamente para a Ouvidoria Judiciária. Através desse serviço, são recebidas reclamações, denúncias e sugestões, e o cidadão pode ainda tirar dúvidas sobre procedimentos do Tribunal e das 21 Varas Trabalhistas do Estado.

A Ouvidoria Judiciária do TRT foi criada em março de 2006. Além do 0800-2822323, o contato com a Ouvidoria é feito através de formulário eletrônico disponibilizado no site www.trt16.gov.br, do e-mail ouvidoria@trt16.gov.br, do fonefax (98) 2109-9494, pessoalmente ou por meio de correspondência enviada para a Avenida Vitorino Freire, nº 2001, 5º andar, bairro Areinha, CEP: 65010-650, São Luís-MA.

TRT-MA institui Ato que regulamenta pagamento de honorários periciais referente à justiça gratuita

A presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA), desembargadora Kátia Magalhães Arruda, assinou, em maio, o Ato Regulamentar 005/2007, alterando o ato 012/2004 que dispõe sobre a responsabilidade pelo pagamento de honorários periciais, nas hipóteses

de concessão do benefício de justiça gratuita. De acordo com o documento, a responsabilidade da União pelo pagamento desses honorários está condicionada à fixação judicial, à sucumbência da parte na pretensão objeto da perícia e ao trânsito em julgado da decisão.

Conforme o Ato Regulamentar, o pagamento de honorários periciais será feito mediante determinação do presidente do TRT-MA. Têm direito ao benefício a parte litigante, considerada pobre. A isenção não induz à gratuidade do trabalho desempenhado por técnicos nos processos judiciais.

Ato regulamenta trâmites de processo administrativo

Ainda no mês de maio, a presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, desembargadora Kátia Magalhães Arruda, assinou o Ato Regulamentar GP Nº 06/2007, que dispõe sobre autuação, organização, manuseio, tramitação e arquivamento dos processos administrativos no âmbito da 16ª Região.

A medida atendeu ao disposto constitucional introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, no art. 5º, LXXVIII, que assegura às partes a razoável duração do processo e meios de acelerar sua tramitação. O ato também demonstra o interesse da Administração em modernizar a Justiça do Trabalho no Maranhão, a partir de normas internas recém-aprovadas que tratam de parâmetros de gestão de documentos.

TRT-MA comemora 18 anos de instalação com inaugurações

A presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA), desembargadora Kátia Magalhães Arruda, inaugurou no dia 28 de maio, pela manhã, o Centro de Treinamento, com laboratório de informática, biblioteca e auditório. Na ocasião foi lançada a logomarca da Ouvidoria Judiciária e apresentado o projeto do novo prédio do Fórum Astolfo Serra, sede das Varas Trabalhistas da capital.

À tarde, foi realizada a solenidade de inauguração do Centro de Memória e Cultura da Justiça do Trabalho da 16ª Região, resultado do projeto Memória da Justiça do Trabalho no Maranhão, coordenado pelo desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho. As inaugurações marcaram as comemorações dos 18 anos do TRT-MA, que foi instalado em 26 de maio de 1989.

TRT-MA inicia construção do novo Fórum Astolfo Serra

Em maio começaram as obras do novo prédio que abrigará a

sede das Varas Trabalhistas da capital. O novo Fórum Astolfo Serra fica localizado na Avenida Vitorino Freire, nº 150, bairro Areinha, próximo ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE). O imóvel, de cinco pavimentos, terá uma arquitetura moderna e funcional e será a primeira construção do complexo que abrigará também as sedes do Ministério Público do Trabalho, Delegacia Regional do Trabalho, Controladoria Geral da União e Advocacia Geral da União.

O novo Fórum ganhará instalações amplas e confortáveis. A obra iniciada este mês está prevista para ser concluída em 18 meses. O prédio terá térreo, sobreloja e três pavimentos superiores, com todas as instalações adaptadas para portadores de deficiência e pessoas com dificuldade de locomoção.

Atualmente, o Fórum Astolfo Serra funciona no anexo C do prédio-sede do TRT-MA.

TRT-MA realiza II Encontro de Diretores de Secretaria

O Tribunal Regional do Trabalho (TRT-MA) realizou, de 29 a 31 de maio, o II Encontro de Diretores de Secretaria, uma atividade do Programa de Capacitação da Justiça do Trabalho no Maranhão.

O evento teve como objetivo fornecer orientação sobre procedimentos de rotina executados em algumas unidades do Tribunal, aprimorar o conhecimento sobre temas relacionados às atividades administrativas desenvolvidas pelos diretores e promover a integração entre as Varas do Trabalho.

Diretoria Geral do TRT implanta novo sistema no Setor de Publicação

A Diretoria Geral do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão adotou um novo sistema para recebimento e envio de notificações das Varas Trabalhistas para publicação no Diário de Justiça. Pelo novo sistema, o recebimento e envio de informações para a publicação passou a ser efetuado eletronicamente, o que eliminou a remessa do documento escrito, como ocorria anteriormente.

No TRT, essa atividade é desenvolvida pelo Setor de Publicação, que fez as adaptações aos padrões técnicos exigidos pelos órgãos da imprensa oficial. Para chegar ao novo sistema, o Setor de Publicação trabalhou em parceria com a Diretoria de informática.

Além de dar agilidade às publicações, o novo sistema também contribuiu para redução de custos com despesas de correios.

JUNHO

TRT-MA institui estágio curricular para alunos de cursos de graduação superior

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão instituiu estágio curricular para alunos de graduação superior. O estágio, instituído pelo Ato do Gabinete da Presidência N° 004/07, é destinado aos estudantes das instituições de ensino que têm convênio com o TRT e somente se realizará por indicação documental das conveniadas. As vagas são dirigidas a estudantes de Administração, Direito, Biblioteconomia, Comunicação social, Ciências contábeis, Engenharia Civil e Computação.

O estágio curricular não dá direito a bolsa estágio, que é oferecida pelo Tribunal para estágio extracurricular.

Inaugurada sede própria da Vara do Trabalho de Timon

A presidente do TRT-MA, desembargadora Kátia Magalhães Arruda, inaugurou, no dia 20 de junho, a sede própria da Vara do Trabalho de Timon. A sede, que recebeu o nome da juíza do Trabalho Maria Luiza Pinto Lima, (já falecida), localiza-se na Avenida Jaime Rios, s/n, Centro.

A nova sede foi construída com recursos próprios do TRT-MA, em terreno com 862m² de área, doado pela Prefeitura de Timon. A VT tem um gabinete para o magistrado; secretaria espaçosa para os servidores; instalações adaptadas para portadores de necessidades especiais incluindo rampas de acesso para pessoas com dificuldade de locomoção; sala da OAB; arquivo da secretaria e arquivo geral; protocolo; sala de audiência; copa e ampla recepção.

A Vara conta ainda com dois estacionamentos: um privativo e outro público. O sistema de climatização é feito por splits. Os equipamentos e mobiliário funcional são ergonômicos (adaptados às necessidades de cada usuário), com o intuito de garantir melhores condições de trabalho aos magistrados e servidores e, em conseqüência, melhor atendimento ao jurisdicionado.

A VT de Timon foi criada por meio do Decreto 10.770, de 21.11.2003 e tem como titular o juiz do Trabalho Francisco José de Carvalho Neto. A jurisdição da VT de Timon abrange os municípios de Timon, Parnarama e Matões.

Posse dos dirigentes do TRT-MA para o biênio 2007-2009

Os desembargadores Gerson de Oliveira Costa Filho e Márcia

R. TRT - 16ª Reg.	São Luís	v. 17	n. 1	p. 649	jan. / dez. 2007
-------------------	----------	-------	------	--------	------------------

Andrea Farias da Silva tomaram posse nos cargos de presidente e vice-presidente, respectivamente, do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) no dia 22 de junho. Os novos dirigentes foram eleitos para os cargos no dia 15 de maio e estarão à frente do TRT-MA no biênio 2007-2009. A solenidade de posse foi realizada na Sala de Sessões do Tribunal Pleno, na sede do TRT.

Antes da solenidade de posse, foi realizada, no auditório Juiz Ari Rocha, a cerimônia de entrega da Comenda da Ordem Timbira do Mérito Judiciário do Trabalho a juristas e personalidades que se destacaram no Direito Trabalhista ou prestaram relevantes serviços à Justiça do Trabalho do país.

JULHO

TRT-MA disponibiliza íntegra de acórdãos na internet

Para facilitar o acesso de advogados e partes ao inteiro teor dos acórdãos (decisão proferida em grau de recurso por tribunal coletivo), simultaneamente à publicação da ementa no Diário de Justiça do Estado, o Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão já disponibiliza na internet a íntegra do documento. A iniciativa garante maior comodidade ao jurisdicionado, que pode acessar o acórdão de qualquer lugar, através da Rede Mundial de Computadores. Também dá maior agilidade e transparência às informações, além de eliminar o pagamento de emolumentos para aquisição de cópia impressa da decisão judicial.

Os acórdãos são colocados no site do Tribunal www.trt16.gov.br, no link [Jurisprudência](#). Para ter acesso ao inteiro teor da decisão, o usuário deve fazer a busca indicando o número e ano do processo e a Vara Trabalhista onde ingressou com a ação judicial. Os acórdãos de processos que correm em segredo de justiça não são divulgados na íntegra na internet. Estão disponíveis no site do TRT os acórdãos publicados no Diário de Justiça desde outubro de 2006.

JT-MA dissemina técnicas em conciliação

Já está em funcionamento no Maranhão a Comissão Permanente de Conciliação da Justiça do Trabalho, que será responsável pela criação de projetos que visem multiplicar ações que fomentem a conciliação na esfera trabalhista. A primeira reunião da comissão aconteceu no dia 3 de julho, quando os magistrados definiram estratégias de ação.

A vice-presidente e corregedora do TRT, desembargadora Márcia Andrea Farias da Silva, é a presidente da Comissão, da qual participam

também os juízes James Magno Araújo Farias (titular da 1ª VT de São Luís), Paulo Sérgio Mont'Alverne Frota (titular da 3ª VT), Manoel Lopes Veloso Sobrinho (titular da VT de Presidente Dutra) e Érico Renato Serra Cordeiro (titular da VT de Imperatriz).

A comissão foi criada em junho de 2007, atendendo a Recomendação nº 08/2007, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que estimula os Tribunais a desenvolverem ações que dêem continuidade ao Movimento pela Conciliação “Conciliar é Legal”, lançado em agosto do ano passado pelo CNJ.

Segundo a desembargadora, o objetivo da Comissão é resgatar o valor histórico da conciliação na Justiça do Trabalho, valorizando-a como uma das grandes expressões da atividade jurisdicional. Por conta disso, o Laboratório Permanente de Técnicas de Conciliação Trabalhista será dirigido primeiramente aos magistrados da Justiça do Trabalho, com a finalidade de fornecer subsídios e técnicas em conciliação, específicos e adaptados às atividades concretas do julgador. Mas a intenção é a de que, em um segundo momento, o projeto seja estendido a servidores e aos advogados trabalhistas.

O Laboratório visa não só aumentar o número de conciliações na Justiça, mas também melhorar a qualidade dos acordos a serem firmados e tem como objetivo multiplicar atividades que propiciem aos magistrados ferramentas de conciliação.

Jurisdição do TRT-MA é dividida em quatro sub-regiões

A jurisdição territorial do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) foi dividida em quatro sub-regiões para efeitos de substituição e aplicação do disposto no Artigo 656 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). A Resolução Administrativa 115/2007, que fez a divisão, foi aprovada em 31 de julho, em Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do TRT, e atendeu a uma posposta apresentada pelo presidente da Corte, desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho.

As sub-regiões são formadas pelas Varas do Trabalho de São Luís, Pinheiro, Chapadinha e Barreirinhas (1ª sub-região); Imperatriz, Estreito, Balsas e Açailândia (2ª); Timon, Caxias e São João dos Patos (3ª); e Bacabal, Santa Inês, Pedreiras, Barra do Corda e Presidente Dutra (4ª). Segundo o artigo 2º da Resolução, as cidades-sede das sub-regiões são as seguintes: São Luís (1ª), Imperatriz (2ª), Caxias (3ª) e Santa Inês (4ª).

AGOSTO

CEMOC recebe documentos históricos da Secretaria do Tribunal Pleno

O Centro de Cultura e Memória da Justiça do Trabalho da 16ª Região (CEMOC) recebeu um conjunto de livros de atas das sessões ordinárias e extraordinárias (manuscritas e encadernadas) do Pleno deste Tribunal. A doação foi efetivada pela Secretaria do Tribunal Pleno em 7 de agosto deste ano.

O acervo doado pela Secretaria do Pleno inclui ainda os seguintes documentos: livro de registro de solenidades, inclusive o ato de instalação do TRT-16ª Região, livro contendo os discursos dos magistrados, cópias de termos de posse dos juízes, um exemplar do plano de capacitação 1995/1996 e o edital do II concurso para juiz do Trabalho, em 1993.

Esta foi a terceira doação feita ao setor desde a sua instalação, em 28 de maio deste ano. A primeira foi uma balança doada pela Diretoria de Cadastramento Processual. A diretora da Unidade, Stael Rocha, disse que a balança foi adquirida pelo TRT em 1990 e estava sendo utilizada para a pesagem de correspondências do Tribunal. A segunda doação foi feita pelo desembargador Alcebíades Tavares Dantas. Em julho, o desembargador doou cerca de 80 fotos que já estão guardadas no CEMOC e fazem parte do acervo histórico do Centro de Memória e Cultura.

As doações levaram a equipe do CEMOC a reforçar a campanha de sensibilização de todos os servidores e magistrados do TRT-MA para que doem fotos, documentos históricos em geral e equipamentos que possam contribuir com o Centro de Memória na ampliação do seu acervo e no levantamento das fontes históricas para que a sociedade conheça a trajetória da Justiça do Trabalho no Maranhão, desde a sua instalação, no dia 1º de maio de 1941. Estas e outras ações integram o Projeto Memória e Cultura, dentro do Programa Mais Cidadania, um dos cinco eixos estratégicos do TRT no biênio 2007/2009.

TRT comemora Dia dos Pais

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) realizou, no dia 9 de agosto, no auditório juiz Ari Rocha, programação especial em comemoração ao Dia dos Pais. Na programação, além de mensagem do presidente Gerson de Oliveira Costa Filho, foi realizado um talk-show com os pais, sorteio de prêmio, entre outras atividades.

O evento, promovido pela Presidência do TRT, sob a coordenação do Setor de Cerimonial e Serviço de Comunicação, em parceria com o

Serviço de Saúde, Diretoria de Informática, Diretoria Administrativa, é uma das atividades do projeto “Integração e Bem-Estar”, que integra o programa “Mais Qualidade de Vida”, eixo estratégico do biênio 2007/2009 do TRT do Maranhão.

Lançado Plano de Gestão do TRT-MA para o biênio 2007-2009

O presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho, apresentou, no dia 16 de agosto, a magistrados, servidores, advogados e autoridades o Plano de Gestão 2007/2009 da Justiça do Trabalho no Maranhão. O Plano de Gestão (PG) visa melhorar os indicadores da Justiça do Trabalho no Maranhão. O plano tem cinco eixos ou programas estratégicos: *Mais Justiça, Mais Cidadania, Mais Qualidade de Vida, Mais Capacitação e Mais Economia.*

Segundo o desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho, o PG 2007/2009 foi elaborado a partir da contribuição das unidades administrativas e judiciais do TRT. “Após dois meses à frente do TRT do Maranhão, apresento os eixos estratégicos que vão nortear a Justiça do Trabalho no Maranhão pelos próximos dois anos. Este é um projeto coletivo, elaborado a partir da contribuição de todos os magistrados e servidores que fazem a Justiça do Trabalho no Maranhão”, acentuou.

TRT lança projeto para aumentar índice de conciliação no Maranhão

Para aumentar o índice de conciliação, reduzir o tempo de tramitação dos processos e solucionar os conflitos trabalhistas por meio de um procedimento mais célere e simplificado, o Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) lançou, no dia 20 de agosto, o Projeto Conciliar. Participaram da solenidade, no auditório Juiz Ari Rocha, na sede do TRT, magistrados, advogados, estudantes de Direito, servidores da instituição, além de autoridades convidadas. A meta do Tribunal é elevar de 25% para 35% até o final de 2008 o índice de conciliação em todo o estado.

Ao lançar o projeto, o presidente do TRT-MA, desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho, falou sobre as ações que vêm sendo desenvolvidas pela Justiça do Trabalho no Maranhão para a melhoria da prestação jurisdicional. O desembargador explicou que o Projeto Conciliar integra o Programa Mais Justiça, um dos cinco eixos estratégicos do plano de gestão do Tribunal no biênio 2007/2009. O magistrado destacou também as atividades realizadas pela Comissão Permanente de Conciliação, instituída pelo TRT em maio deste ano e que é responsável pelo planejamento, elaboração, execução, acompanhamento, avaliação e divulgação de ações voltadas para a conciliação.

A vice-presidente e corregedora do TRT, desembargadora Márcia Andrea Farias da Silva, que preside a Comissão Permanente de Conciliação, disse, ao apresentar o Projeto Conciliar, que essa iniciativa passa a ser na JT-MA um braço permanente do Movimento pela Conciliação, lançado em agosto do ano passado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), envolvendo associações de magistrados, Ministério Público e OAB.

Capacitação e sensibilização - A primeira atividade do Projeto Conciliar foi a criação do Laboratório Permanente de Técnicas de Conciliação Trabalhista que realizou no mesmo dia, pela manhã, a palestra de sensibilização com o professor-doutor Agostinho Marques (UFMA) com o tema “A subjetividade na sociedade de consumo”. À tarde houve a I Oficina de Técnicas de Conciliação para Magistrados, com o professor Ernesto Mandelli e a juíza da 35ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Adriana de Sena.

A presidente da Comissão Permanente de Conciliação explicou que o Projeto Conciliar prevê, entre muitas ações, também a instalação de Juízos Auxiliares de Conciliação para que as partes que chegarem a um acordo antes da data da audiência possam procurar a Justiça do Trabalho e pedir a homologação do acordo. Outra medida é a mobilização das Varas Trabalhistas para a elaboração planejada de pautas especiais de conciliação como a que ocorreu, de 13 a 17 de agosto, na VT de Presidente Dutra, quando foram incluídas na pauta da semana 257 processos, sendo firmados 123 acordos.

Mutirão - O projeto prevê, ainda, a semana “D” da Conciliação, no período que antecede o Dia da Justiça, 8 de dezembro.

TRT recebe visita da Subcomissão do Trabalho Escravo

Durante entrevista coletiva realizada na manhã do dia 23 de agosto, no Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, o senador José Nery (PSOL-PA), presidente da Subcomissão Temporária do Trabalho Escravo, destacou a importância da união dos poderes constituídos para o combate ao trabalho escravo. No evento, o TRT-MA foi representado pela ex-presidente do Tribunal, desembargadora Kátia Magalhães Arruda, por indicação do presidente Gerson de Oliveira Costa Filho que estava, à época, em Brasília.

O Maranhão foi o primeiro Estado a ser visitado pela Subcomissão de Combate ao Trabalho Escravo. A escolha não foi por acaso. De acordo com dados oficiais, os maranhenses são as maiores vítimas do trabalho forçado e com privação de liberdade. De cada dez trabalhadores libertados no Pará, por exemplo, quatro são do Estado.

O Maranhão é também o estado que mais fornece mão-de-obra

escrava no país. Outro dado é que da lista dos focos de trabalho escravo no país, divulgada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, foram localizadas 33 empresas no estado.

De acordo com a desembargadora, a Justiça do Trabalho vem cumprindo seu papel institucional, no sentido de divulgar a temática, bem como judicial, no momento em que o TRT vem proferindo sentenças condenatórias pelo pagamento de verbas rescisórias e por danos morais pela exploração de mão-de-obra escrava.

Na coletiva, o senador José Nery reforçou a necessidade de mobilização da sociedade para aprovação da Proposta de Emenda Constitucional 438/01, em tramitação no Congresso Nacional, que prevê a expropriação de terras onde for constatado o uso do trabalho escravo. Nas visitas, a subcomissão está coletando assinaturas pela aprovação da PEC.

Câmara Municipal de São Luís aprova Moção de Aplausos ao presidente do TRT

Pelos relevantes serviços prestados ao Judiciário no Maranhão e pela posse na presidência do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-MA), o desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho recebeu Moção de Aplausos da Câmara Municipal de São Luís. A homenagem foi comunicada ao magistrado, pelo presidente da Câmara de Vereadores, Antônio Isaias Pereira, no dia 28 de agosto. De autoria do vereador Jota Pinto, a Moção 103/2007 foi aprovada em sessão ordinária do Legislativo, no final do último mês de julho.

O requerimento foi subscrito pelos vereadores Antônio Isaias Pereira, Marília Mendonça, Ferreirinha da Estrela do Som, Ivan Sarney, Ferreira S.F., Batista Botelho, Ubirajara Ramos, Abdon Murad, Albino Soeiro, José Joaquim, Gutemberg Araújo, Edvaldo Holanda Júnior, Alencar Gomes e Joberval Bertoldo.

TRT do Maranhão firma convênio com a Receita Federal

O Tribunal Regional do Trabalho no Maranhão foi um dos primeiros órgãos do Poder Judiciário trabalhista a assinar a minuta do termo de adesão ao convênio entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Receita Federal. A adesão, segundo o presidente do TRT, Gerson de Oliveira Costa Filho, agilizará a solução dos conflitos trabalhistas em fase de execução.

A principal característica do sistema é a rapidez e segurança nas informações, uma vez que a consulta aos dados da receita é feita online

e o resultado é instântaneo. Antes do convênio com a receita, o processo era feito via ofício do juiz do Trabalho à Receita Federal e a resposta demorava, em média, três meses.

A Justiça do Trabalho no Maranhão vem adotando várias iniciativas no sentido de garantir a efetividade da prestação jurisdicional. A assinatura do convênio está dentro da visão estratégica do TRT consolidada no programa Mais Justiça, um conjunto de ações voltadas para a área judicial.

Desembargadora Kátia Arruda é convocada para o TST

A desembargadora Kátia Magalhães Arruda, ex-presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA), foi escolhida no dia 31 de agosto, durante sessão extraordinária do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST), para atuar como convocada na vaga do ministro Gelson Azevedo, que se aposentou.

Pela primeira vez que um magistrado do TRT-MA foi convocado para o TST.

A desembargadora foi presidente do TRT no biênio 2005-2007 e vice-presidente no biênio 2003-2005.

SETEMBRO

TRT-MA realiza Curso de Atendimento ao Cliente

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) realizou, no período de 3 a 6 de setembro, no auditório Ari Rocha, o Curso de “Atendimento ao Cliente”. Dirigido aos servidores, o curso foi ministrado pela consultora Mirtes Morais.

O curso foi uma atividade do programa Mais Capacitação, um dos cinco eixos estratégicos estabelecidos no PG 2007/2009, dando continuidade ao Plano de Gestão da administração anterior.

Juiz James Magno Farias é convocado para o TRT

O juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de São Luís, James Magno Araújo Farias, foi convocado para atuar no Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, em caráter temporário, desde o dia 3 de setembro. O magistrado substitui a desembargadora Kátia Magalhães Arruda, ex-presidente do TRT-MA, que está no Tribunal Superior do Trabalho (TST). A desembargadora foi escolhida pelo Pleno do TST, para atuar como convocada na vaga do ministro Gelson Azevedo, que se aposentou.

Diretoria do Fórum - A juíza titular da 4ª Vara do Trabalho de São Luís, Solange Cristina Passos de Castro Cordeiro, foi nomeada para exercer o cargo de diretora do Fórum Astolfo Serra (sede das Varas Trabalhistas da capital), para o mandato de um ano, em substituição ao juiz James Magno Farias. Como diretor substituto foi nomeado o juiz titular da 5ª Vara do Trabalho de São Luís, Inácio de Araújo Costa.

TRT-MA implanta sistema para agilizar informatização da Diretoria de Pessoal

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) vem informatizando os serviços da Diretoria de Pessoal (DP) e Folha de Pagamento (SFP). A última novidade é a disponibilidade da escala de férias de 2008 no site do Tribunal (www.trt16.gov.br), no ícone “férias on-line”. Com a disponibilização, os servidores irão preencher sua escala de férias via on line e, para acesso, basta que coloquem o número de suas matrículas.

O processo de implantação do novo Sistema de Informatização da Diretoria de Pessoal e Folha de Pagamento teve início com a indicação, no final de 2005, da Comissão para instalar, configurar e adequar o Sistema de Recursos Humanos e Folha de Pagamento do TRT da 19ª Região/ Alagoas para o TRT-MA. Conforme Portaria GP 624/2005, a comissão é presidida pelo servidor da DP José de Ribamar Sousa Chagas Júnior.

Os dados de pessoal já se encontram em quase totalidade digitalizados em um banco de dados, que servirá de suporte ao processamento de dados de folha de pagamento e o gerenciamento de informações de pessoal. O banco de dados flexibilizará também a emissão dos relatórios para as áreas envolvidas. Com todo esse sistema, ficará mais fácil acompanhar a situação funcional dos magistrados e servidores.

TRT-MA pede ampliação de vagas de desembargadores

O presidente do Tribunal Regional do Maranhão, desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho, encaminhou documento ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho solicitando ampliação do número de desembargadores do TRT-MA de oito para doze. A solicitação consta do ofício GP Nº 148/2007, por meio do qual o TRT-MA justifica o pedido de aumento de vagas de magistrados do Regional.

Desde a criação do TRT-MA, em 1989, que o quadro do Tribunal é composto por oito desembargadores, dentre os quais, dois eram classistas até o fim da representação classista. Em 2003, foi ampliado de 13 para 21 o número de varas no Estado, e o Pleno permaneceu com o mesmo número

de vagas. A partir de 2004, com a promulgação da emenda Constitucional nº 45, que amplia a competência da Justiça do Trabalho, o número de ações recebidas cresceu no Tribunal.

Experiências do TRT-MA com leilões judiciais apresentadas em evento nacional de leiloeiros públicos

O presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho, foi um dos convidados do V CONALEI (Congresso Nacional de Leiloeiros Públicos Oficiais), realizado de 20 a 22 de setembro, em São Paulo. O evento é promovido pela Associação Brasileira de Leiloeiros (ABL) e Associação Americana de Leiloeiros.

O presidente proferiu uma palestra sobre a atuação do leiloeiro oficial na Justiça do Trabalho como instrumento da melhoria da prestação jurisdicional. Segundo Vicente Paulo Albuquerque, leiloeiro oficial do Estado e da VIP Leilões, empresa responsável pelos leilões, a JT tem uma história de sucesso em leilões judiciais e a experiência precisava ser compartilhada com os leiloeiros presentes no evento.

Despachos de Recursos de Revista disponibilizados na página do TRT-MA

A Diretoria de Recursos, Jurisprudência e Estatística (DRJE) do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão comunicou aos advogados e às partes do processo trabalhista que os despachos de Recursos de Revista estão disponíveis, na íntegra, para consulta na página do TRT (www.trt16.gov.br). Os despachos começaram a ser disponibilizados neste mês de setembro.

O novo serviço do TRT-MA gerou mudança na forma de publicação dos despachos de Recursos de Revista no Diário da Justiça do Estado (DJE). Atualmente, o DJE publica apenas a decisão do RR, uma vez que o inteiro teor pode ser acessado no site do Tribunal.

O acesso é através da consulta processual.

TRT-MA institui Juízo Auxiliar de Execução

O Tribunal Pleno do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão baixou resolução administrativa que institui o Juízo Auxiliar de Execução. A Resolução Administrativa (RA) nº 153/07 foi expedida na sessão ordinária de 19 de setembro deste ano.

O Juízo de Execução desenvolverá ações em conjunto com os

juízes titulares das Varas do Trabalho, a fim de agilizar o andamento de processos em fase executória. Dentre as suas atribuições, o juízo poderá sugerir a organização de pautas especiais para conciliação na execução, bem como propor a concentração de processos contra empresas de grande volume de ações em uma mesma vara, com o intuito de proporcionar soluções massivas nos processos pendentes de execução.

Os Juízes Auxiliares de Execução serão designados pelo presidente do TRT dentre juízes do Trabalho substitutos, sem prejuízo de suas funções nas varas de lotação originária.

Ao instituir o Juízo de Execução, o Tribunal Pleno considerou a experiência positiva deste Regional ao designar um magistrado trabalhista substituto para atuar nos leilões judiciais. A presença do juiz tem garantido o sucesso dos leilões, uma vez que ele soluciona quaisquer questões incidentais referentes à arrematação de bens penhorados para garantir a execução.

O Pleno considerou ainda a determinação contida em atas de correição efetuada neste Tribunal pelo Corregedor Geral da Justiça do Trabalho, recomendando a implantação do Juízo Auxiliar de Execução.

OUTUBRO

TRT-MA promove II Oficina de Técnicas de Conciliação para magistrados

O Tribunal Regional do Trabalho no Maranhão (TRT-MA) promoveu, no dia 05 de outubro, na Sala de Treinamento do edifício sede do Tribunal, a II Oficina de Técnicas de Conciliação para Magistrados, uma atividade do Laboratório Permanente de Conciliação da Justiça do Trabalho no Maranhão.

A oficina reuniu os magistrados trabalhistas que, durante uma mesa redonda, trocaram experiências sobre técnicas conciliatórias. Os expositores foram os magistrados Manoel Lopes Veloso Sobrinho (titular da VT de Presidente Dutra), Paulo Mont'Alverne Frota (titular da 3ª VT de São Luís) e Érico Renato Serra Cordeiro (titular da VT de Imperatriz).

O evento foi uma atividade do Projeto Conciliar, um conjunto de ações e atividades voltadas para a multiplicação dos índices de conciliações nos processos que tramitam na Justiça do Trabalho no Maranhão. O projeto integra o Programa Mais Justiça, um dos cinco eixos estratégicos do plano de Gestão do TRT-MA para o biênio de 2007-2009.

A oficina foi uma iniciativa da Comissão Permanente de Conciliação do TRT-MA, que tem como integrantes o juiz James Magno (convocado para o TRT) e os juízes Manoel Veloso, Paulo Mont'Alverne e Érico

Renato, sob a presidência da desembargadora Márcia Andréa Farias da Silva, vice-presidente e corregedora do Tribunal.

Vara do Trabalho de Pedreiras participa de ação social

Como parte das ações do Projeto Mais Justiça, a Vara do Trabalho de Pedreiras participou, no dia 7 de outubro, do I Ação Solidária, evento de cidadania realizado pela paróquia Santo Antônio de Pádua, localizada no município de Trizidela do Vale, cidade vizinha de Pedreiras. O evento, que foi aberto ao público, reuniu autoridades e centenas de participantes dos dois municípios, num grande mutirão de serviços prestados pela equipe de organização da igreja católica.

O I Ação Solidária prestou serviços gratuitos à comunidade, nas áreas de saúde, educação, administração de micro empresas, direito, cultura, esporte, lazer e estética.

A Vara Trabalhista de Pedreiras participou do evento prestando informações sobre direitos trabalhistas e foi representada pelos servidores Adão Alves (diretor de Secretaria da VT), o oficial de Justiça Diogo Filho e a técnica Judiciária Mônica Sousa, além dos estagiários Jefferson Greiki e Líbia Ribeiro Luz.

Seminário sobre Direitos Trabalhistas marca atividades do Dia da Cidadania

Os 19 anos da Constituição Federal, completados no dia 5 de outubro, foram comemorados no Maranhão com o lançamento estadual da Campanha pela Efetivação do Direito do Trabalho. O lançamento foi realizado no auditório do TRT, com a realização do seminário “A Efetivação dos Direitos do Trabalhador”. O evento contou com a participação de representantes de órgãos governamentais, sindicatos e entidades da sociedade civil.

Na programação do seminário, foram realizadas palestras na área de Direito do Trabalho que foram proferidas pelo juiz e mestre em Direito James Magno Araújo Farias (titular da 1ª VT de São Luís); pelo advogado Antonio de Jesus Leitão Nunes; por Mônica Duailibe, auditora fiscal do Trabalho e pelo procurador do Trabalho da 13ª Região, Eduardo Varandas Araruna.

Desencadeada em todo o país pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), a campanha recebeu a adesão do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, seccional maranhense da Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público do Trabalho, Escola Superior do Ministério Público e Associação dos

Magistrados do Trabalho do Maranhão.

No Dia da Cidadania, como ficou batizado, os parceiros da campanha em todo o Brasil, realizaram atividades com o objetivo de incentivar a defesa do Direito do Trabalho contra quaisquer tentativas de flexibilização e redução dos direitos dos trabalhadores brasileiros.

TRT-MA realiza cursos de capacitação na área de informática

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão iniciou, na segunda semana de outubro, uma seqüência de cursos na área de informática para qualificação dos servidores. O primeiro módulo foi Introdução à Informática, ministrado por servidores da Diretoria de Informática, no Laboratório de Informática do TRT.

No módulo I, os servidores receberam instruções sobre hardware, software e noções básicas de segurança, bem como aprenderam sobre os sistemas operacionais Windows XP, Internet, Internet Explorer, Outlook Express e Powerpoint.

No módulo II, o conteúdo programático foi voltado para o aperfeiçoamento na edição de textos. O módulo III reuniu informações sobre Excel 2003 (Básico).

Os cursos foram atividades do Programa Mais Capacitação, um dos eixos estratégicos do TRT-MA para o biênio 2007-2009 e foram organizados pela Secretaria de Coordenação Administrativa e Capacitação do TRT.

TRT-MA constitui Comissão de Uniformização de Jurisprudência

O Tribunal Pleno do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão reunido, em sessão ordinária, decidiu constituir uma Comissão de Uniformização de Jurisprudência para os fins dos arts. 235 a 242 do Regimento Interno do Tribunal. A matéria consta da Resolução Administrativa nº 146/2007, de 19.09.2007.

De acordo com a RA, a Comissão é composta pelo desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho, presidente do Tribunal, pela vice-presidente e corregedora, desembargadora Márcia Andréa Farias da Silva e pelo desembargador José Evandro de Souza.

Segundo o Regimento Interno, a Comissão tem como atribuições velar pela expansão, atualização e publicação das Súmulas de jurisprudência predominante do Tribunal; acompanhar a evolução da jurisprudência do Tribunal, com vistas à obrigatoria uniformização, na forma do art. 896, § 3º da CLT; ordenar o serviço de sistematização da jurisprudência do Tribunal, determinando medidas atinentes à seleção e ao registro, de modo a facilitar a pesquisa de julgados e processos e receber e processar

propostas de edição, revisão ou cancelamento de Súmulas.

Cabe, ainda, à Comissão de Jurisprudência deliberar sobre a oportunidade e conveniência de encaminhamento ao presidente do Tribunal das propostas de edição, revisão ou cancelamento de Súmula, acompanhadas, se for o caso, do texto sugerido para o verbete.

A criação da Comissão de Uniformização de Jurisprudência é uma atividade do Programa Mais Justiça, um dos cinco eixos estratégicos do Plano de Gestão do TRT-MA para o biênio 2007-2009.

TRT realiza IV Semana do Servidor

Um culto ecumênico, premiação de livros e a palestra “Descobrimo a arte de relacionar-se”, proferida pela psicóloga Ruth Júlia do Nascimento Ribeiro foram as primeiras atividades da IV Semana do Servidor, aberta, no dia 19 de outubro, pelo presidente do Tribunal, Gerson de Oliveira Costa Filho, no auditório Juiz Ari Rocha, na sede do TRT.

A Semana do Servidor é uma atividade do Projeto Bem Estar e Integração, inserido no Programa Mais Qualidade de Vida, um dos cinco eixos estratégicos do Plano de Gestão do TRT para o biênio 2007/2009. A Semana, que antecede as comemorações do Dia do Servidor Público, festejado em 28 de outubro, é um momento do calendário do Tribunal dedicado àqueles que no dia-a-dia são responsáveis por garantir à sociedade a solução de conflitos de ordem trabalhista. O evento é também uma homenagem e reconhecimento da contribuição que cada servidor tem dado para o fortalecimento da Instituição.

Na programação, que encerraram dia 23 de outubro, constaram ainda oficinas, campeonatos esportivos, massagem expressa, spa das mãos e dos pés, exposições artísticas, distribuição de brindes, orientações na área de saúde, sessão de cinema, entre outras.

O evento foi encerrado com uma sessão de cinema no Cine Box (Shopping São Luís), cujo ingresso foi trocado por 2kg de alimento não-perecível.

TRT lança Banco de Idéias na Semana do Servidor

O presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT), desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho, lançou, durante a abertura da IV Semana do Servidor (19/10), o Banco de Idéias. O projeto visa valorizar o potencial criativo dos que fazem a Justiça do Trabalho. As idéias serão recebidas por uma comissão e, depois de analisadas, poderão ser implementadas pela instituição.

“Com a contribuição de magistrados e servidores, elaboramos o

planejamento estratégico deste Tribunal e entendemos que os programas, projetos e propostas só serão implementados com a participação de todos. Recebemos, inicialmente, as sugestões das unidades administrativas e judiciais e, agora, como o Banco de Idéias é a hora de recebermos também a contribuição individual de todos vocês”, afirmou o presidente do TRT. O desembargador lembrou que a administração vem desenvolvendo, por meio do Programa Mais Qualidade de Vida, outras atividades de valorização do servidor.

Gerson de Oliveira Costa Filho destacou o papel social que os servidores desempenham na instituição e disse que cada um, com seu talento, competência e compromisso, tem contribuído para que o Tribunal possa cumprir bem a missão de garantir uma melhor prestação jurisdicional.

NOVEMBRO

Presidente do TRT-MA participa do Encontro de Cortes Supremas do Mercosul

O presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT), desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho, participou, nos dias 08 e 09 de novembro, em Brasília, do 5º Encontro de Cortes Supremas dos Estados Partes e Associados do Mercosul.

O Encontro foi realizado no Palácio do Itamaraty e contou com a participação de presidentes das Cortes Supremas dos países do Mercosul e associados. Também participaram secretários da área previdenciária dos governos brasileiro, argentino, paraguaio e uruguaio.

Desembargadora do TRT-MA integra lista tríplice do TST

A ex-presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT), desembargadora Kátia Magalhães Arruda, foi uma das integrantes da lista tríplice de candidatos à vaga aberta com a aposentadoria do ministro Gelson de Azevedo, do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Os nomes que integram a lista foram escolhidos no dia 08 de novembro pelo Pleno do TST. Desde setembro deste ano, a desembargadora atua como convocada na vaga do ministro Gelson Azevedo.

Pela ordem, em três votações secretas e sucessivas, a escolha, realizada pelo Pleno do TST, recaiu sobre os magistrados Maria Doralice Novaes (2ª Região-SP), com 12 votos; Kátia Arruda (16ª Região-MA), com 15 votos; e Cláudio Mascarenhas Brandão (5ª Região-BA), com 16 votos.

A lista foi encaminhada pelo presidente do TST, ministro Rider Nogueira de Brito, ao presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, para que ele faça a indicação do sucessor de Gelson de Azevedo.

Kátia Arruda foi presidente do TRT-MA no biênio 2005-2007 e vice-presidente no biênio 2003-2005. Além da magistratura, dedica-se à vida acadêmica. É professora do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão e da Escola Superior da Magistratura Trabalhista. É mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará e doutoranda em Políticas Públicas pela UFMA.

JT-MA: Advogados participam de mesa-redonda sobre conciliação

Em preparação para a Semana Nacional de Conciliação (prevista no TRT-MA e Varas Trabalhistas para 03 a 07 de dezembro), a Comissão Permanente de Conciliação do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) realizou, em 23 de novembro, mesa-redonda com advogados, com o objetivo de sensibilizá-los para participarem do evento.

Iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com os tribunais de todo o país, a Semana Nacional de Conciliação conta com o apoio da OAB e de entidades como Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) e Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), entre outras organizações. O objetivo é realizar em todo o país, durante uma semana, 200 mil audiências de conciliação, dando solução imediata aos conflitos. No ano passado, em um dia de mutirão, foram realizadas mais de 80 mil audiências.

As atividades da Semana Nacional na JT-MA estão contempladas no Projeto Conciliar que integra o Programa Mais Justiça, um dos cinco eixos estratégicos do Plano de Gestão do TRT-MA para o biênio 2007-2009. O projeto é coordenado pela Comissão Permanente de Conciliação que é presidida pela vice-presidente e corregedora do Tribunal, desembargadora Márcia Andrea Farias da Silva.

TRT-MA promove ações sociais na comunidade da Areinha

O Serviço de Saúde do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA), promoveu, no dia 21, ação preventiva de saúde bucal, no Jardim de Infância Senador João Castelo, da União dos Moradores do Bairro Areinha. A iniciativa faz parte do Projeto Sorriso Legal, que integra o Programa Mais Cidadania, um dos cinco eixos estratégicos do Plano de Gestão do Tribunal para o biênio 2007-2009.

O Projeto Sorriso Legal atendeu 120 crianças do Jardim de Infância,

na faixa etária de três a sete anos. Durante a visita na escola, Márcia Costa Ferreira Cardoso e Teresa Cristina Godim Moreira Souza, dentistas responsáveis pelo projeto do TRT, transmitiram aos alunos noções educativas de prevenção de cáries, apresentaram técnicas de escovação, doaram escovas de dente a 93 crianças presentes e procederam à aplicação de flúor.

Segundo Márcia Costa, a equipe de Saúde do TRT-MA concluiu a quarta etapa do Projeto junto à escola comunitária Senador João Castelo. As etapas anteriores ocorreram no mês passado.

O Projeto Sorriso Legal, entre outros objetivos, promove ações de cidadania nas comunidades próximas à sede do TRT. Por meio do Programa Mais Cidadania, o Tribunal reúne projetos e ações que contribuem para promover a cidadania e os direitos sociais no Maranhão.

TRT-MA e Amatra XVI promovem IV Ciclojur

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão promoveu, em parceria com a Associação dos Magistrados do Trabalho da 16ª Região (Amatra XVI), o IV Ciclo de Estudos Jurídicos (Ciclojur), nos dias 29 e 30, no Espaço Renascença. Com o tema “O Direito do Trabalho em Transformação”, o evento reuniu renomados juristas de todo o país.

DEZEMBRO

JT-MA realiza 99,37% das audiências agendadas para a Semana Nacional da Conciliação

A Justiça do Trabalho no Maranhão encerrou a Semana Nacional da Conciliação com cerca de R\$ 8 milhões em acordos homologados e 99,37% de audiências realizadas. Foram cinco dias de intensas atividades (03 a 07 de dezembro), nas 21 Varas Trabalhistas e nos juízos auxiliares de Execução e de Precatórios do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-MA).

Nos cinco dias de atividades, a JT-MA atendeu mais de oito mil pessoas nas Varas Trabalhistas de São Luís e do interior e nos juízos auxiliares de Execução e de Precatório, realizou nove palestras para o público, fez 4.301 das 4.328 audiências agendadas para o período e homologou 1.248 acordos.

A Semana de Conciliação é uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com os tribunais de todo o país e conta com o apoio de entidades jurídicas. No TRT-MA, a atividade integra o Projeto Conciliar, contemplado no Programa Mais Justiça, um dos cinco

eixos estratégicos do Plano de Gestão para o biênio 2007/2009. O projeto é desenvolvido pela Comissão Permanente de Conciliação do TRT-MA.

No Maranhão, como parte do projeto Conciliar, além das atividades realizadas durante o mutirão nacional pela Conciliação, os magistrados realizam outras atividades. A Vara do Trabalho de Presidente Dutra-MA, por exemplo, realizou de 13 a 17 de agosto, uma Semana da Conciliação, que resultou na quitação de débitos trabalhistas no valor de R\$ 601.173,81. Foram realizadas 257 audiências, correspondentes a 221 processos incluídos em pauta pela Secretaria da Vara e 36 processos, por solicitação verbal das partes, todos da fase de execução. O percentual de conciliação alcançou 47,80%, com a celebração de 123 acordos.

TRT-MA promove cursos de capacitação em São Luís e Imperatriz

O Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA) promoveu, nos dias 13 e 14, dois cursos jurídicos de capacitação para os servidores da área fim do Judiciário Trabalhista. O treinamento fez parte do Programa Mais Capacitação, um dos cinco eixos estratégicos do plano de gestão para o biênio 2007/2009. Os cursos foram ministrados simultaneamente em São Luís e Imperatriz, com carga horária de 16 horas cada um.

Para o curso ministrado em São Luís, foram disponibilizadas 10 vagas a servidores das Varas do Trabalho de Bacabal, Barra do Corda, Caxias, Chapadinha, Pinheiro, Santa Inês, Barreirinhas, Timon, Presidente Dutra e Pedreiras e 50 vagas aos servidores da área fim do Tribunal e das Varas da capital.

O curso em São Luís foi ministrado por três juízes trabalhistas, na Sala de Treinamento, no 1º andar do edifício sede do Tribunal, no bairro da Areinha. No dia 13, a juíza Luciana Dória de Medeiros Chaves ministrou o curso “Relações de Emprego e de Trabalho”, das 08h às 12h. Na manhã do dia 14, o juiz Néelson Robson Costa de Souza falou sobre o tema “Transformações no mundo do trabalho: novas fontes de relações do trabalho; teletrabalho; trabalho a tempo parcial e parassubordinação”.

A programação vespertina ficou sob a responsabilidade do juiz Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes (titular da 2ª Vara do Trabalho de São Luís), que proferiu palestras sobre “Ações decorrentes de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais”.

VT de Imperatriz

Em Imperatriz, o curso jurídico de capacitação foi ministrado pelo juiz titular da VT, Érico Renato Serra Cordeiro, na sede da Vara. O curso reuniu

19 servidores das Varas de Imperatriz, Açailândia, Balsas e Estreito.

O curso teve dois módulos, com carga horária de 8h cada um. No primeiro, realizado no dia 13, foram abordados os temas “Relações de Emprego e de Trabalho” e “Nova Competência da Justiça do Trabalho”. No segundo módulo, no dia 14, os temas em pauta foram: “Atualização em processo Civil: terceira fase da reforma do CPC e suas repercussões no processo do Trabalho” e “Rotinas trabalhistas na fase de execução”.

Projeto Justiça Solidária consolida-se com atividades

Durante todo o ano de 2007 foram realizadas atividades do Projeto Justiça Solidária. No final do ano, entidades filantrópicas de São Luís receberam mais de 28 mil quilos de alimentos não-perecíveis arrecadados por magistrados e servidores dos órgãos do Judiciário Federal no Maranhão, na III Gincana Natal Solidário. O Tribunal Regional do Trabalho (TRT) e as Varas Trabalhistas da capital arrecadaram 10.637 kg, o Tribunal Regional Eleitoral (TRE), 16.432 kg e a Justiça Federal (JF-MA), 1.324 kg.

A Gincana Natal Solidário é uma das atividades do Projeto Justiça Solidária, ação de responsabilidade social desenvolvida em parceria pelos três órgãos do Judiciário. No ano passado a campanha de arrecadação de alimentos resultou na doação de 30 mil kg e, no ano anterior, 12 mil. Em 2006 e 2005, a Justiça do Trabalho ficou em segundo lugar, com 7,4 toneladas e 4,5 toneladas, respectivamente. O vencedor da gincana no ano passado foi o TRE, com 21,6 toneladas.

Os produtos arrecadados foram entregues a entidades como a Casa Sonho de Criança (Fé em Deus), Lar de José (Anil), Escola de Cegos (Bequimão), Lar Pouso da Esperança (Cohab-Anil), Casa do Sagrado Coração de Jesus (Cantinho do Céu) e as creches Estrela do Oriente (Recanto dos Vinhais), Sementeira de Luz (Centro), Mãezinha do Céu (Cohafuma) e Creche Escola Clube de Mães do Turu (Turu), Projeto Integração Social de São Luís (Vila Luizão), Desafio do Jovem do Maranhão (Cidade Operária) e ITAMA (Vila Isabel Cafeteira).

Como parte das ações do Projeto Justiça Solidária, a Vara do Trabalho de Santa Inês, realizou uma ação de responsabilidade social, beneficiando 45 famílias da Vila Parente. A campanha de arrecadação de alimentos foi coordenada pelas juízas do Trabalho Juacema Aguiar Costa (titular da VT) e Elzenir Lauande Franco (substituta) e contou com a participação de todos os servidores da Vara Trabalhista.

TRT premia vencedores da Gincana Natal Solidário

O presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão

(TRT), desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho, premiou, no dia 19, os vencedores da terceira edição da Gincana Natal Solidário que arrecadou mais de 10 mil quilos de alimentos não-perecíveis, no Tribunal e nas Varas Trabalhistas da capital. Ele entregou placas de homenagem aos vencedores da III Gincana Natal Solidário, que foram o Gabinete da Presidência, que arrecadou 3.933 kg de alimentos; a Diretoria de Cadastramento Processual, com 950 kg; e o Gabinete do Desembargador Luiz Cosmo, com 896 kg.

TRT-MA realiza confraternização natalina com Culto Ecumênico

Magistrados, servidores e terceirizados da Justiça do Trabalho do Maranhão participaram, no dia 19, da confraternização natalina, na sede do TRT-MA, no auditório Juiz Ari Rocha, com celebração ecumênica, seguida da premiação dos vencedores da III Gincana Natal Solidário e de sorteios de brindes aos presentes. As Varas do Trabalho de Barra do Corda e de Presidente Dutra também participaram da campanha Natal Solidário, com arrecadação de alimentos não-perecíveis para doação à comunidade.

Durante a celebração, as sopranos Suely Cavalcante e Carol Campos, servidoras do TRT, lotadas no Serviço de Comunicação e Diretoria de Orçamento e Finanças, apresentaram músicas natalinas, após as reflexões feitas pelo padre Cláudio (Igreja da Sé), pastor Joel Ramos (Igreja Batista Torres do Sol) e Ana Luísa Nazareno (presidente da Federação Espírita do Maranhão).

Logo após, ele fez a entrega das placas, referentes ao 1º, 2º e 3º lugares da Gincana no TRT, respectivamente gabinete da presidência, diretoria de cadastramento processual e o gabinete do desembargador Luis Cosmo.

Na finalização do evento ocorreu sorteio de brindes, entre eles uma TV de 29 polegadas - tela plana, seguido de apresentação de vídeo com uma retrospectiva de 2007, produzido pelo Serviço de Comunicação, com edição da servidora Wanda Cunha. Encerrando a programação, foi servido um coquetel para os presentes no evento.

Desembargadora Kátia Arruda é indicada para o TST

A desembargadora Kátia Magalhães Arruda, ex-presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão, foi indicada no dia 20, pelo presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, para o cargo de ministro do Tribunal Superior do Trabalho, na vaga aberta em agosto deste ano com a aposentadoria do ministro Gelson de Azevedo.

A desembargadora Kátia Arruda integrou a lista tríplice, que foi aprovada pelo Pleno do TST em 08 de novembro e encaminhada, no mesmo mês, para a Presidência da República. Integravam também a lista os magistrados Maria Doralice Novaes, do TRT da 2ª Região (SP) e Cláudio Mascarenhas Brandão, do TRT da 5ª Região.

A desembargadora será submetida à sabatina na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal. Após a sabatina, o processo de nomeação segue para votação do Plenário do Senado e, uma vez aprovado, ela será nomeada pelo presidente da República e empossada para integrar a Corte do TST.

Recesso nos órgãos da Justiça do Trabalho começou no dia 20

O recesso nos órgãos da Justiça do Trabalho foi iniciado no dia 20 e findou no dia 06 de janeiro de 2008. Nesse período, foi mantido plantão judicial no Tribunal Regional do Trabalho e no Fórum Astolfo Serra (Varas Trabalhistas de São Luís), inclusive nos finais de semana e feriados. Também houve plantão em algumas unidades administrativas do Tribunal, de segunda a sexta-feira, das 13h às 17h30.

O plantão judicial, durante o recesso (dias úteis) e também nos finais de semana, é mantido para apreciação de medidas judiciais urgentes tais como pedidos de habeas corpus e de liminares em mandados de segurança de natureza urgente.

Correições nas Varas do Trabalho

A Corregedoria do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão realizou correição nas Varas do Trabalho de São Luís do interior do Estado. As correições foram realizadas nos seguintes períodos:

Vara do Trabalho de Barreirinhas – 28.02.2007 a 02.03.2007.

Vara do Trabalho de Timon – 20 a 22.03.2007.

Vara do Trabalho de Pinheiro – 10 a 12.04.2007.

Vara do Trabalho de Presidente Dutra – 7 a 09.05.2007.

Vara do Trabalho de Pedreiras – 9 a 11.05.2007.

Vara do Trabalho de Balsas – 22 a 25.05.2007.

5ª Vara do Trabalho de São Luís – 11 a 13.06.2007.

6ª Vara do Trabalho de São Luís – 13 a 15.06.2007.

Vara do Trabalho de Barra do Corda – 11 a 13.09.2007.

Vara do Trabalho de Bacabal – 17 a 20.09.2007.

Vara do Trabalho de Santa Inês – 18 a 20.09.2007.

1ª Vara do Trabalho de São Luís – 24 a 26.09.2007.

2ª Vara do Trabalho de São Luís – 24 a 26.09.2007.

3ª Vara do Trabalho de São Luís – 26 a 28.09.2007.

2ª Vara do Trabalho de São Luís – 26 a 28.09.2007.

Vara do Trabalho de Acailândia – 26 a 28.11.2007.

Vara do Trabalho de Estreito – 26 a 28.11.2007.

Vara do Trabalho de Imperatriz – 10 a 13.12.2007.

A correição ordinária é realizada anualmente, conforme o art. 27, inciso II, do Regimento Interno do TRT-MA, para verificar como está sendo feita a prestação jurisdicional. Andamento processual, cumprimento de procedimentos previstos no regimento estão entre os itens analisados durante a visita correicional.

Itinerância agiliza prestação jurisdicional

Em 2007, houve atividade de itinerância em municípios de quatro Varas Trabalhistas. As sedes das VT's de Açailândia e Santa Inês foram deslocadas, respectivamente, para Itinga do Maranhão e Pirapemas. A Vara de São João dos Patos fez itinerância em Colinas e, por duas vezes, em Barão de Grajaú; e a VT de Barreirinhas, em Humberto de Campos e Icatu.

Em Pirapemas foram realizadas 31 audiências; em Itinga do Maranhão, 25; em Barão de Grajaú, 42; em Colinas 25; em Humberto de Campos e Icatu, foram 118 audiências realizadas. Na itinerância realizada na Região do Munin, o presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Maranhão (TRT-MA), desembargador Gerson de Oliveira Costa Filho e a juíza titular da Vara do Trabalho de Barreirinhas, Noélia Rocha, entregaram, no dia 13, cerca de 80 alvarás, no valor de R\$ 453.472,19, a reclamantes da região. Os alvarás foram resultados de conciliações firmadas com os prefeitos dos municípios de Icatu, Axixá e Morros durante itinerância da VT de Barreirinhas nas Cidades de Icatu e Humberto de Campos, em setembro de 2007, quando a VT Itinerante alcançou cerca de 90% de acordo.

A Vara Itinerante no Judiciário Trabalhista no Maranhão foi instituída pela Resolução Administrativa nº 069 de julho de 2003, do Tribunal Pleno, e implantada em maio do ano seguinte, assegurando ao jurisdicionado o direito de ter solucionado o conflito trabalhista sem que ele precise sair da cidade onde mora.

O projeto Vara do Trabalho Itinerante integra o Programa Mais Cidadania, um dos cinco eixos estratégicos do plano de gestão do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-MA), no biênio 2007/2009. O objetivo é realizar audiências de itinerância em municípios jurisdicionados, bem como contribuir para a promoção dos direitos sociais e da cidadania.

Leilão Judicial

Os leilões promovidos pela Justiça do Trabalho no Maranhão movimentam a economia local e garantem a quitação de débitos às pessoas que ingressaram com ações judiciais trabalhistas.

Os nove leilões realizados pela JT de janeiro a setembro de 2007 resultaram na arrecadação de mais de R\$ 6 milhões. Só no leilão realizado este ano, no dia 8 agosto, na VT de Imperatriz, foram arrecadados de R\$ 4.080.000,00, resolvendo 146 dos 176 processos, cujos bens foram a leilão.

O leilão judicial integra as ações da Justiça do Trabalho no Maranhão para melhorar a prestação jurisdicional e faz parte das ações do Programa Mais Justiça, um dos cinco eixos do plano de gestão no biênio 2007/2009.

ÍNDICE
DE
ACÓRDÃOS

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

ACIDENTE DE TRABALHO

- Dano moral, **516**
- Dano moral/material – Prescrição, **588**
- Danos materiais – Indenização, **600**
- Estabilidade, **438**
- Ônus da prova, **459**

ANALFABETO

- Recibo – Incapacidade – Art. 310 CC, **486**

ANISTIA

- Lei nº 8.878/94 – Efeitos financeiros, **442**

ASSÉDIO MORAL

- Configuração – Prova robusta, **510**

CERCEAMENTO DE DEFESA

- Configuração, **521**
- Não caracterização, **451**
- Rejeitada, **572**

CONTA SALÁRIO

- Penhora – Percentual 10%, **455**

CONTRATO DE SAFRA

- Acidente de trabalho, **438**

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

- Vínculo reconhecido, **446**

COOPERATIVA

- Vínculo empregatício, **489**

DANO MORAL

- Configuração, **600**
- Não configuração, **563**
- Responsabilidade civil, **546**

EMPREGADO

Ônus da prova - Inversão, **494**
Portador vírus HIV, **494**

EMPREGADOR

Responsabilidade civil, **516**

EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Não configuração, **481**

EXECUÇÃO

TAC, **572**

FEDERAÇÃO

Criação – Sindicato – Obrigatoriedade, **505**

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO

Pagamento habitual – Supressão, **558**

GUELTAS

Natureza jurídica, **613**

HORAS EXTRAS

Cargo de confiança, **468**
Indevidas, **468**
Recusa – Cumprimento, **595**

JULGAMENTO *ULTRA PETITA*

Honorários advocatícios, **435**

JUROS DE MORA

Fazenda Pública, **451**

JUSTA CAUSA

Ato de improbidade, **526**
Desídia, **563**

JUSTA CAUSA OBREIRA

Caracterização, **546**

JUSTIÇA DO TRABALHO

Competência, **572**

ORGANIZAÇÃO SINDICAL

Desmembramento – Legalidade, **477**

PERITO

Nomeação-Negativa, **521**

PRESCRIÇÃO

Direito intertemporal, **588**

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Configuração, **553**

TERCEIRIZAÇÃO

Caracterização, **580**

TOMADOR DE SERVIÇOS

Responsabilidade, **580**

VENDEDOR EXTERNO

Horas extras, **526**

VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Caracterização, **536**

Inexistência, **542**

Este livro foi composto na tipologia Arial em corpo 10, impresso em papel Off Set 75g/m², capa em papel Cartão Supremo 250g, pela divisão de editoração da Gráfica **C. A. B. Nunes**.

Rua 104, Quadra 61, Nº 23 - Maiobão - Paço do Lumiar - Maranhão
