



EJTRT6

Escola Judicial do
Tribunal Regional do Trabalho
da Sexta Região

ISSN
0524-4102



Revista do TRT 6

Recife PE . 2012 . Vol 22 N° 39

Revista do TRT6

Recife PE . 2012 . Vol 22 N° 39

COORDENAÇÃO EDITORIAL

**Escola Judicial
do Tribunal Regional do Trabalho
da Sexta Região
(EJ-TRT6)**

DES. Pedro Paulo Pereira Nóbrega
Diretor

JUIZ Agenor Martins Pereira
Coordenador Geral

JUIZ Rodrigo Samico Carneiro
Coordenador Adjunto

EQUIPE TÉCNICA

Gutemberg Soares
Jornalista DRT- PE 2475

Florisvalda Rodrigues dos Santos
Bibliotecária

Revisão
Gutemberg Soares

**capa, projeto gráfico
e diagramação**
Andréa Alcantara

foto da capa
Stela Maris

APOIO

Thereza Christina Lafayette Bitu Canuto
Tatiane Fragoso Rocha de Oliveira
Sofia Ana Vêloso de Azevedo
Sandra Gláucia Melo dos Santos
Sandra Ribeiro Oliveira
Severina Ramos Paes de Melo Lima

CORRESPONDÊNCIA

Avenida Beberibe, 301, Encruzilhada, Recife, PE.
CEP: 52.041-430
Telefone: (81) 3242-0206 / Fax: (81) 3242-6259
E-mail: revista@trt6.gov.br

Copyright 2009 by TRT da 6ª Região-PE

É permitida a reprodução total ou parcial das matérias constantes desta Revista, desde que seja citada a fonte.

Revista do TRT 6ª Região / Tribunal Regional do Trabalho da 6ª
Região, Escola Judicial (EJ-TRT6). - Ano 1, n. 1 (out.
1967) - Recife: O Tribunal, 1967 - .
v.

Anual

Ano 1 - 9, n. 1 - 24, 1967 - 1982. Ano 10 - , n. 25 - ,
1998 - .

1. Direito do trabalho - periódico.

CDD 341.605

Conselho Editorial

ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO

Desembargadora Presidente do TRT da Sexta Região, professora universitária, doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

EVERALDO GASPAR LOPES DE ANDRADE

Procurador Regional do Trabalho aposentado, professor universitário, doutor em direito pela Universidade de Deusto, Espanha

DOMINGOS SÁVIO ZAINAGHI

Advogado, professor universitário, doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, com pós-doutorado em Direito do Trabalho pela Universidad Castilla La Mancha, Espanha

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

Desembargador do TRT da 8ª Região, professor universitário, doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP

GIANCARLO PERONE

Jurista italiano, advogado e professor da Universidade de Roma

JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO

Acadêmico, pesquisador, professor titular da UFPE, doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, com pós-doutorado pela Universidade de Maiz, Alemanha

JOSÉ SOARES FILHO

Juiz do Trabalho aposentado, professor universitário, doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

JUAN MARIA RAMÍREZ MARTÍNEZ

Jurista espanhol, professor catedrático da Universidade de Valência

SERGIO TORRES TEIXEIRA

Juiz do Trabalho, professor universitário, doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

SOLÓN HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES

Procurador do Estado da Paraíba, professor universitário, doutor em Ciências pela Universidade de São Paulo – USP

YONE FREDIANI

Acadêmica, pesquisadora, professora titular da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP, doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC

Sumário

Apresentação 13

Composição 19

Doutrina

**1 O NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO
COMO FUNDAMENTO DA
RESPONSABILIDADE OBJETIVA
DO EMPREGADOR
NAS DOENÇAS
RELACIONADAS AO TRABALHO**

Sary Yoko Ishii

35

**2 LIMITAÇÃO DO TEMPO DE
TRABALHO E PROTEÇÃO
À SAÚDE DOS TRABALHADORES:
UMA ANÁLISE DOS SISTEMAS
JURÍDICOS BRASILEIRO
E ESPANHOL**

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

57

3	MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO. PRINCÍPIOS NORTEADORES DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO	82
	Tereza Aparecida Asta Gemignani Daniel Gemignani	

4	FLUÊNCIA DE JUROS DE MORA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO DO SALÁRIO	109
	Érico Vinícius Prado Casagrande	

5	SALÁRIO-MATERNIDADE: A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO NA DISPENSA EM CONTRATO DE EXPERIÊNCIA	128
	João Paulo Rodovalho de Oliveira	

6	AS LACUNAS COMO PARÂMETRO NA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA NORMA PROCESSUAL COMUM NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO	142
	Litiane Cipriano Barbosa Lins	

7	A LIDE SIMULADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO E PROPOSITURA DA AÇÃO RECISÓRIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO	155
	Ana Carla Pereira Alves	

Trabalho do Meio Científico

A CLASSE TRABALHADORA E A SÍNDROME DE BURNOUT

Ana Cláudia de Souza Melo

193

Jurisprudência

Acordãos 205

Súmulas 267

Sentenças 277

Relatório - Escola Judicial 315

Apresentação

Prezado leitor,

Prosseguindo com o seu objetivo de aperfeiçoar a eficácia da prestação jurisdicional, a Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (EJ-TRT6) desenvolve, em crescentes demandas cotidianas, atividades que têm como objetivo auxiliar os magistrados em sua formação inicial e continuada.

Na esteira de sua missão institucional de fomentar o desenvolvimento cultural da magistratura, a Escola assumiu, em 2009, a coordenação editorial da “*Revista do TRT6*”, publicação que, tendo se consolidado no meio jurídico nacional, alcança sua 39ª edição.

Retratando a pluralidade de ideias que permeiam as matizes do conhecimento jurídico, notadamente no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, esta publicação reforça o comprometimento do Tribunal Regional do Trabalho pernambucano com as mais variadas matizes do pensamento, alicerces do Estado Democrático de Direito.

Na tradição da “*Revista do TRT6*” enumeram-se relevantes aspectos doutrinários, fruto do trabalho e pesquisa de

colaboradores, e que refletem a visão de tópicos relevantes da temática trabalhista, oriunda das mais diversas regiões do país.

Magistrados, advogados, servidores e bacharéis sempre encontraram, em nossa publicação, um fórum democrático para lançar suas teses e reflexões. Seguindo este desiderato, nesta mais recente edição, não poderia ser diferente: o Juiz do Trabalho do TRT de São Paulo, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva, faz uma comparação entre nosso sistema jurídico e o espanhol para a limitação do tempo de trabalho e proteção à saúde do trabalhador; a Desembargadora do TRT de Campinas-SP, Tereza Aparecida Asta Gemignani, em artigo escrito a quatro mãos, reflete sobre meio ambiente do trabalho; do Centro-Oeste, a assessora jurídica do TST Sary Yoko Ishii expõe sobre o nexó técnico epidemiológico como fundamento da responsabilidade objetiva do empregador nas doenças relacionadas ao trabalho. Estes são apenas alguns dos temas presentes na seção *Doutrina*, traduzindo-se como repositório do pensamento diverso e crítico de nossos operadores.

A seção *Jurisprudência*, por sua vez, continua a destacar as decisões de 1º e 2º grau de jurisdição, confirmando a já reconhecida qualidade intelectual dos magistrados da Sexta Região, trazendo no bojo de seus julgados uma visão de vanguarda, no entanto, com a preocupação de preservar o devido processo legal.

Por fim, temos a satisfação de apresentar um breve relatório das atividades desenvolvidas pela Escola Judicial (EJ-TRT6) em 2012, tanto em suas atividades de aperfeiçoamento, como na urgente resposta à crescente demanda de treinamentos durante a implantação do Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho (PJe-JT). A quantidade de eventos realizados e, mais importante, a busca pela qualidade dos mesmos comprovam a crescente importância da escola dentro da estrutura do Tribunal e apontam estarmos trilhando o caminho certo.

Ao apresentar uma nova revista à comunidade jurídica, também aproveito o espaço para registrar minha despedida junto a magistrados e servidores que estiveram ao meu lado na Escola Judicial, desde sua criação, em setembro de 2007 – quando, em conjunto com a época diretora, Desembargadora Eneida Melo, assumimos a nobre tarefa de implementar e coordenar os trabalhos de capacitação da magistratura trabalhista. Ao assumir o comando da Vice-Presidência do Tribunal (biênio 2013/2015), continuarei a integrar o Conselho Consultivo da Escola, além de ser um entusiasta de todos os assuntos a ela pertinentes.

Uma boa leitura a todos.

Recife, dezembro de 2012.

Desembargador Pedro Paulo Pereira Nóbrega
DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL DO TRT DA SEXTA REGIÃO

Composição

Composição

DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO

PRESIDENTE

André Genn de Assunção Barros

VICE-PRESIDENTE

Maria Helena Guedes Soares de Pinho Maciel

CORREGEDORA

Gisane Barbosa de Araújo

TRIBUNAL PLENO

Eneida Melo Correia de Araújo

Maria Helena Guedes Soares de Pinho Maciel

André Genn de Assunção Barros

Ivanildo da Cunha Andrade

Gisane Barbosa de Araújo

Pedro Paulo Pereira Nóbrega

Virgínia Malta Canavarro

Valéria Gondim Sampaio
Ivan de Souza Valença Alves
Valdir José Silva de Carvalho
Acácio Júlio Kezen Caldeira
Dione Nunes Furtado da Silva
Dinah Figueirêdo Bernardo
Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino
Nise Pedroso Lins de Souza
Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura
Maria do Socorro Silva Emerenciano

Primeira Turma

PRESIDENTE

Maria do Socorro Silva Emerenciano

Desembargadores

Ivan de Souza Valença Alves
Valéria Gondim Sampaio
(vaga do Quinto Constitucional do MPT)

Segunda Turma

PRESIDENTE

Eneida Melo Correia de Araújo

Desembargadores

Josélia Moraes da Costa
Ivanildo da Cunha Andrade
Acácio Júlio Kezen Caldeira

Terceira Turma

PRESIDENTE

Valdir José Silva de Carvalho

Desembargadores

Virgínia Malta Canavarro

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino

Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Quarta Turma**PRESIDENTE**

Pedro Paulo Pereira Nóbrega

Desembargadores

Dinah Figueirêdo Bernardo

Nise Pedroso Lins de Souza

(VAGO)

**JUIZ OUVIDOR E CONCILIADOR
DA SEGUNDA INSTÂNCIA**

Guilherme de Moraes Mendonça

**DIREÇÃO DA ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL
REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO (EJ-TRT6)****DIRETOR**

Desembargador Pedro Paulo Pereira Nóbrega

COORDENADOR GERAL

Juiz Agenor Martins Pereira

COORDENADORES ADJUNTOS

Juíza Ana Maria Aparecida de Freitas

Juiz Rodrigo Samico Carneiro

Juiz Marcílio Florêncio Mota

CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Presidente do TRT6, André Genn de Assunção Barros

Desembargador Diretor da EJ-TRT6, Pedro Paulo Pereira Nóbrega

Desembargadora Corregedora do TRT6, Gisane Barbosa de Araújo

Juiz Agenor Martins Pereira

Juiz Marcílio Florêncio Mota

JUÍZES TITULARES DAS 61 VARAS DO TRABALHO DE PERNAMBUCO

Capital – Fórum Advogado José Barbosa de Araújo
(Edifício Sudene)

1ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Yolanda Polimeni de Araújo Pinheiro

2ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Agenor Martins Pereira

3ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Aline Pimentel Gonçalves

4ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Sérgio Vaisman

5ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Hélio Luiz Fernandes Galvão

6ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Milton Gouveia da Silva Filho

7ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Carmen Lúcia Vieira do Nascimento

8ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

(vago)

9ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Renata Lima Rodrigues

10ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Ana Isabel Guerra Barbosa Koury

11ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Virgínia Lúcia de Sá Bahia

12ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Hugo Cavalcanti Melo Filho

13ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Larry da Silva Oliveira Filho

14ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Roberta Corrêa de Araújo Monteiro

15ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Gilvanildo de Araújo Lima

16ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Paula Regina de Queiroz Monteiro G. Muniz

17ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Walkíria Miriam Pinto de Carvalho

18ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Solange Moura de Andrade

19ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Antônio Wanderley Martins

20ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Alberto Carlos de Mendonça

21ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Patrícia Coelho Brandão Vieira

22ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Edmilson Alves da Silva

23ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Daisy Anderson Tenório

Região Metropolitana, Zona da Mata, Agreste e Sertão

VARA DO TRABALHO DE ARARIPINA

Carla Janaína Moura Lacerda

1ª VARA DO TRABALHO DE BARREIROS

Patrícia Pedrosa Souto Maior

2ª VARA DO TRABALHO DE BARREIROS

Bernanrdo Nunes da Costa Neto

VARA DO TRABALHO DE BELO JARDIM

Marcelo da Veiga Pessoa Bacallá

1ª VARA DO TRABALHO DO CABO

Bartolomeu Alves Bezerra

2ª VARA DO TRABALHO DO CABO

Maria do Carmo Varejão Richlin

VARA DO TRABALHO DE CARPINA

Maria das Graças de Arruda França

1ª VARA DO TRABALHO DE CARUARU

Andréa Keust Bandeira de Melo

2ª VARA DO TRABALHO DE CARUARU

José Wilson da Fonseca

3ª VARA DO TRABALHO DE CARUARU

Ana Cristina da Silva

VARA DO TRABALHO DE CATENDE

Guilherme de Moraes Mendonça

VARA DO TRABALHO DE ESCADA

Rogério Freyre Costa

VARA DO TRABALHO DE GARANHUNS

Plaudenice Abreu de Araujo Barreto Vieira

VARA DO TRABALHO DE GOIANA

Virgínio Henriques de Sá e Benevides

1ª VARA DO TRABALHO DE IGARASSU

Ibrahim Alves da Silva Filho

2ª VARA DO TRABALHO DE IGARASSU

Fernando Cabral de Andrade Filho

1ª VARA DO TRABALHO DE IPOJUCA

Josimar Mendes da Silva Oliveira

2ª VARA DO TRABALHO DE IPOJUCA

Ana Maria Soares Ribeiro de Barros

1ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

Maria de Betânia Silveira Villela

2ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

Sergio Torres Teixeira

3ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

Aurélio da Silva

4ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

Ana Cláudia Petrucelli de Lima

5ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

José Luciano Alexo da Silva

VARA DO TRABALHO DE LIMOEIRO

Paulo Dias de Alcântara

VARA DO TRABALHO DE NAZARÉ DA MATA

Robson Tavares Dutra

1ª VARA DO TRABALHO DE OLINDA

Mayard de França Saboya Albuquerque

2ª VARA DO TRABALHO DE OLINDA

Martha Cristina do Nascimento Cantalice

3ª VARA DO TRABALHO DE OLINDA

Roberto de Freire Bastos

VARA DO TRABALHO DE PALMARES

Judite Galindo Sampaio Curchatuz

1ª VARA DO TRABALHO DE PAULISTA

Marcílio Florêncio Mota

2ª VARA DO TRABALHO DE PAULISTA

Maria Consolata Rego Batista

VARA DO TRABALHO DE PESQUEIRA

Andréa Claudia de Souza

1ª VARA DO TRABALHO DE PETROLINA

Sohad Maria Dutra Cahu

2ª VARA DO TRABALHO DE PETROLINA

George Sidney Neiva Coelho

1ª VARA DO TRABALHO DE RIBEIRÃO

Renata Lapenda Rodrigues de Melo

2ª VARA DO TRABALHO DE RIBEIRÃO

Amaury de Oliveira Xavier Ramos Filho

VARA DO TRABALHO DE SALGUEIRO

Gustavo Augusto Pires de Oliveira

VARA DO TRABALHO DE SÃO LOURENÇO DA MATA

Celivaldo Varejão Ferreira de Alcântara

VARA DO TRABALHO DE SERRA TALHADA

(vago)

VARA DO TRABALHO DE TIMBAÚBA

Juliana Lyra Barbosa

VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA DE SANTO ANTÃO

Ana Catarina Cisneiros Barbosa de Araújo

JUÍZES SUBSTITUTOS

Fábio José Ribeiro Dantas Furtado

Tânia Regina Chenk Allatta

Luciana Paula Conforti

Maria José de Souza

André Luiz Machado

Ana Maria Aparecida de Freitas

Walmar Soares Chaves

Marília Gabriela Mendes Leite de Andrade

Márcia de Windsor Nogueira

Kátia Keitiane da Rocha Porter

Rosa Melo Machado

Regina Maura Maciel Lemos Adrião

Cristina Figueira Callou da Cruz Gonçalves

Danielle Lira Pimentel

Ester de Souza Araújo Furtado

Cláudia Christina Santos Rodrigues de Lima

Gustavo Henrique Cisneiros Barbosa

José Adelmy da Silva Acioli

Saulo Bosco Souza de Medeiros

Ilka Eliane de Souza Tavares

Carla Santana de Souza Rodrigues

Vanessa Zacchê de Sá

Luiz Antônio Magalhães

Maysa Costa de Carvalho Alves
Adriana Satou Lessa Ferreira Pinheiro
Ana Cristina Argolo de Barros
Armando da Cunha Rabelo Neto
Ceumara de Souza Freitas e Soares
Matheus Ribeiro Rezende
Laura Cavalcanti de Moraes Botelho
Lucas de Araújo Cavalcanti
Necy Lapenda Pessoa de Albuquerque de Azevedo
Gênison Cirilo Cabral
Joaquim Emiliano Fortaleza de Lima
Antônio Augusto Serra Seca Neto
Evellyne Ferraz Correia de Farias
José Augusto Segundo Neto
Ana Catarina Magalhães de Andrade Sá Leitão
Jammyr Lins Maciel
Edson Luís Bryk
Renata Conceição Nóbrega Santos
Rafael Val Nogueira
Camila Augusta Cabral Vasconcelos
Cássia Barata de Moraes Santos
Miriam Souto Maior de Moraes
Marta de Fátima Leal Chaves
Eduardo Henrique Brennand Dornelas Câmara
Katharina Vila Nova de Carvalho Mafra
Liliane Mendonça de Moraes Souza
Rodrigo Samico Carneiro
Danilo Cavalcanti de Oliveira
Roberta Vance Harrop
Renato Vieira de Faria
Germana Camarotti Tavares
Sarah Yolanda Alves de Souza
Rodrigo Anderson Ferreira Oliveira
Paula Gouvea Xavier
Adalberto Ellery Barreira Neto
Levi Pereira de Oliveira
Evandro Euler Dias

Edgar Gurjão Wanderley Neto
Vladimir Paes de Castro
Débora Borges Koerich
Regina Célia Oliveira Serrano
Antônio Souza Lemos Júnior
Sérgio Paulo de Andrade Lima
Mariana de Carvalho Milet
Lídia Almeida Pinheiro Teles

DIRETORES ADMINISTRATIVOS

SECRETÁRIO-GERAL DA PRESIDÊNCIA

Ayrton Carlos Porto Júnior

SECRETÁRIA DO TRIBUNAL PLENO

Nyédjá Menezes Soares de Azevedo

DIRETOR-GERAL DE SECRETARIA

Wladimir de Souza Rolim

SECRETÁRIO DA CORREGEDORIA

Antônio Castilhos Pedrosa

DIRETOR DA SECRETARIA DE INFORMÁTICA

João Adriano Pinheiro de Sousa

DIRETOR DA SECRETARIA DE ORÇAMENTO E FINANÇAS

Flávio Romero Mendes de Oliveira

DIRETORA DA SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS

Eliane Farias Remígio Marques

DIRETOR DA SECRETARIA ADMINISTRATIVA

João André Pegado Ferreira

**DIRETORA DA SECRETARIA DE
DISTRIBUIÇÃO DOS FEITOS DA CAPITAL**

Daniela Satou Lessa Ferreira

DIRETOR DA SECRETARIA DE AUDITORIA E CONTROLE INTERNO

Enoque de Souza e Silva Sobrinho

**DIRETOR DA SECRETARIA DE
DISTRIBUIÇÃO DE MANDADOS JUDICIAIS**

Neuraci de Deus Lima de Oliveira

**COORDENADOR DE SEGURANÇA,
TRANSPORTE E TELEFONIA**

Ronaldo Soares de Souza

DIRETORA DO SERVIÇO DE CONTABILIDADE

Ana Regina de Albuquerque Soares

COORDENADOR DE ENGENHARIA DE MANUTENÇÃO

Benuval Figueira Costa Filho

DIRETOR DO SERVIÇO DE PAGAMENTO DE PESSOAL

Humberto Galvão da Silva

DIRETOR DO SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL

Sérgio Mário do Nascimento Aguiar

DIRETORA DO SERVIÇO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Deyse das Graças Pereira da Silva Mendes

**DIRETOR DO SERVIÇO DE SUPORTE E
DESENVOLVIMENTO DA SECRETARIA DE INFORMÁTICA**

Henrique de Barros Saraiva

DIRETOR DO SERVIÇO DE MATERIAL

Murilo Gomes Leal Júnior

**COORDENADOR DO SERVIÇO DE PLANEJAMENTO FÍSICO
DA SECRETARIA ADMINISTRATIVA**

Cláudio Barreto Coutinho Bezerra de Menezes

ASSESSOR DA ORDENADORIA DA DESPESA

Juscelino Rodrigues de Carvalho

ASSESSORA DE GESTÃO ESTRATÉGICA

Andréa Maria Coutinho Souto

COORDENADORA DE DESENVOLVIMENTO DE PESSOAL

Andréa Leite Guedes Pereira

**COORDENADORA DE CADASTRAMENTO, AUTUAÇÃO E
DISTRIBUIÇÃO DA SEGUNDA INSTÂNCIA**

Eugênia Maria Coutinho Tavares de Albuquerque

COORDENADORA DE SAÚDE

Semírames Rocha de Oliveira

COORDENADOR DO FÓRUM ADVOGADO JOSÉ BARBOSA DE ARAÚJO

Ricardo Rangel

COORDENADORA DE PRECATÓRIOS

Wilma Lúcia Silva

COORDENADOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA

Eugênio Pacelli Jerônimo dos Santos

COORDENADORA DO GRUPO DE GESTÃO DOCUMENTAL

Marcília Gama da Silva

(atualizado até 12/12/2012)

Doutrina

O NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR NAS DOENÇAS RELACIONADAS AO TRABALHO.

Sary Yoko Ishii

Assessora Jurídica no Tribunal Superior do Trabalho

Sumário:

INTRODUÇÃO;

1. O NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO - NTEP;

2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR
NOS ACIDENTES DE TRABALHO;

3. O NTEP COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR NAS DOENÇAS RELACIONADAS AO TRABALHO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Segundo o Anuário Estatístico da Previdência Social - AEPS (Disponível em <<http://www.inss.gov.br/>> Acesso em: 04jan.2012), no Brasil, no ano de 2010, 15.593 trabalhadores foram acometidos por doenças relacionadas ao trabalho, o que significa cerca de 43 Comunicações de Acidentes do Trabalho – CAT por dia.

Esse número pode ser ainda mais expressivo, se considerarmos que, do universo total dos acidentes de trabalho (típicos, de trajeto e decorrentes de doenças do trabalho) mais de 176.000 não

foram precedidos da emissão da CAT.

O anuário revelou, ainda, que, de acordo com a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, os escriturários, categoria em que se incluem trabalhadores bancários, apresentaram a taxa mais elevada dos acidentes decorrentes de doenças relacionadas ao trabalho.

De outro lado, uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, publicada em março de 2011 (Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>> Acesso em: 19/12/2011), revelou que as instituições bancárias, juntamente com o setor público, lideram o ranking de processos na Justiça do Trabalho, detendo, cada segmento, 38% do total de ações.

Embora não se tenha uma associação estatística detalhada acerca do objeto destas reclamações trabalhistas, os dados parecem nos revelar que as atividades com maior incidência de doenças relacionadas ao trabalho contribuem significativamente para o aumento das ações na Justiça do Trabalho, situação que remete a uma reflexão mais profunda acerca da natureza da responsabilidade do empregador diante do risco que a atividade por ele desempenhada representa.

Neste trabalho, em que não se tem a pretensão de exaurir o tema, mas sim aprofundar o debate, far-se-á uma análise preliminar sobre o Nexo Técnico Epidemiológico - NTEP, introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.430/2006.

Em seguida, serão expostas breves considerações acerca da responsabilidade objetiva do empregador, cotejando as teses conflitantes sobre o tema.

Por fim, será estudada a habilidade do risco por ramo de atividade identificada pelo NTEP para fundamentar a responsabilidade objetiva do empregador nas ações de indenização por danos decorrentes de doenças relacionadas ao trabalho.

I. O NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO - NTEP

A expressão Nexo Técnico Epidemiológico - NTEP, embora há muito empregada pela Previdência Social, foi introduzida no ordenamento jurídico pela Medida Provisória n.º 316 de 2006, convertida na Lei n.º 11.430, de 26.12.2006, que acrescentou o artigo 21-A à Lei n.º 8.213/1991, nos seguintes termos:

Art. 21-A. A perícia médica do INSS consi-

derará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexó técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

Marcos Antônio Borges das Neves (2011, p. 97), em sua vasta experiência em perícias médicas na Justiça do Trabalho, ensina que nexó técnico consiste na identificação da existência de riscos para o desenvolvimento de alguma moléstia no ambiente de trabalho.

Em seguida, define o Nexó Técnico Epidemiológico - NTEP como “[...] a razão de chances associativas entre um grupamento de CIDS e um determinado CNAE, a partir da prevalência destes grupamentos de CIDS entre expostos e não expostos ao trabalho em um determinado CNAE” (op. cit. p. 312).

Razão de chances ou *odds ratio* consiste em um método estatístico largamente utilizado na epidemiologia, em que se avalia o grau de associação entre determinada doença e fatores ambientais.

Em estudos epidemiológicos, é comum se desejar saber se determinadas características pessoais, hábitos ou aspectos do ambiente onde uma pessoa vive estão associados com certa doença, manifestações de uma doença ou outros eventos de interesse do pesquisador. Muitas vezes a pergunta é feita de modo a relacionar as características da pessoa com o risco de desenvolver determinado evento. Por exemplo, um médico pode querer avaliar se crianças que vivem próximas a linhas de transmissão de alta voltagem têm maior risco de desenvolver distúrbios hematológicos do que crianças que vivem afastadas dessas áreas.

Para estudar uma situação como a exemplificada acima, devemos estar familiarizados com alguns termos básicos utilizados na investigação epidemiológica, como

“desfecho” e “fator de risco”. Desfecho é o nome usado para designar o evento de interesse em uma pesquisa. O desfecho pode ser o surgimento de uma doença, de um determinado sintoma, o óbito ou outro evento qualquer que acontece no processo de saúde-doença. No exemplo acima, o desfecho é “distúrbios hematológicos”. Já o fator de risco (também conhecido como “fator em estudo”) é a denominação usada em Epidemiologia para designar uma variável que se supõe possa estar associada ao desfecho. Muitas vezes, os indivíduos que apresentam o suposto fator de risco são ditos “expostos”. No exemplo citado, o fator de risco é “viver próximo a linhas de transmissão de alta voltagem”. Finalmente, pode-se de modo simplificado considerar risco como sendo a probabilidade de um indivíduo apresentar o desfecho (probabilidade de desenvolver distúrbios hematológicos) em um determinado período de tempo. O risco é usualmente avaliado em estudos epidemiológicos através da incidência cumulativa.

Existem algumas medidas de associação que foram desenvolvidas com o objetivo de avaliar a relação entre o fator de risco e o desfecho. Entre essas medidas salientamos o risco relativo (RR) e o odds ratio (OR). [...]

ODDS RATIO

Em estudos de caso-controle os pacientes são incluídos de acordo com a presença ou não do desfecho. Geralmente são definidos um grupo de casos (com o desfecho) e outro de controles (sem o desfecho) e avalia-se a exposição (no passado) a potenciais fatores de risco nestes grupos. (Wagner; Callegari-Jacques, 1998, p. 2-5)

Estudos realizados pela Previdência Social com espeque no método da odds ratio, ao observarem dados históricos da concessão de benefícios pelo INSS, desde 2000, verificaram significativa associação entre determinadas doenças identificadas pelo Código Internacional

de Doenças - CID e certos nichos de atividades desenvolvidas pelo trabalhador de acordo com o Código Nacional de Atividade Empresarial - CNAE.

Com base na razão entre agravo e atividade laboral, a Previdência Social elaborou uma matriz, com pares de associação de códigos de CNAE e de CID, que orientam a perquirição da natureza da incapacidade laborativa (acidentária ou não) pela perícia do INSS, conforme Lista C do Anexo II do Decreto n.º 3.048/1999.

Não obstante a eleição dessa metodologia pelo legislador como critério de apuração do acidente de trabalho na modalidade doença relacionada ao trabalho, o NTEP não está infenso a críticas.

Borges das Neves (2011, p. 313) opõe-se exaltadamente contra o método. Enfatiza que o NTEP carece de um exame do nexos etiológico e segue tecendo argumentos de ordem política:

A ideia que foi defendida parece ser a de que se há uma quantidade maior de indivíduos com uma determinada doença em um ramo de atividade econômica, pode-se considerar que se trate de doença causada pelo trabalho neste tipo de atividade, até que se prove o contrário. Esta ideia deve ser bastante simpática aos grupos políticos que defendem a banalização da caracterização da responsabilidade do empregador, sob a premissa de que a responsabilidade pela saúde do trabalhador deve ser analisada predominantemente ou exclusivamente pela ótica do “Direito Social”, sendo que a responsabilização não decorreria da caracterização do dano ocupacional, mas da simples exposição do trabalhador ao risco.

Em defesa do NTEP, Gustavo Filipe Barbosa Garcia argumenta que (2011, p. 101):

De todo modo, cabe reiterar que o nexos técnico epidemiológico apenas é uma modalidade de nexos causal entre o trabalho e agravo, para fins de verificação da natureza ocupacional da enfermidade (podendo haver

demonstração em sentido contrário pelo interessado), tendo e vista a atividade exercida pela empresa, o que remonta justamente às condições de trabalho do empregado, pois esse labor é desempenhado no âmbito da empresa e de sua atividade.

Como é evidente, não há qualquer proibição ou vedação constitucional de que a lei passe a adotar, além do tradicional nexos etiológico, a sistemática fundada em conhecimentos científicos da epidemiologia, para a devida caracterização das doenças ocupacionais, ainda mais por prever e assegurar o direito de demonstração em contrário no caso concreto.

Longe dos debates de ordem médica ou política em torno do NTEP, há consenso no sentido de que o método funciona como um verificador de risco em abstrato, risco esse que o desempenho de outras atividades ordinárias não geraria.

A recorrência de determinados agravos em grupos expostos a atividades laborais específicas, riscos aos quais não se submeteu o grupo controle, permite constatar a existência de risco gerado pela dada atividade de produzir a doença, ainda que não se tenha investigado um correspondente nexos etiológico.

Nessa esteira, ainda que um exame pericial mais acurado possa afastar o nexos causal entre doença e trabalho, isso ocorre no âmbito do caso concreto, o que não fragiliza a habilidade do NTEP de informar, antecipada e abstratamente, o risco que cada atividade empresarial representa para a saúde dos trabalhadores que as desenvolvem.

2. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR NOS ACIDENTES DE TRABALHO

Alvino Lima, em sua célebre obra *Culpa e Risco*, ao discorrer acerca da teoria objetiva da responsabilidade civil, assim leciona (1998, p. 119):

A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no risco criado pela

múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinal para o direito positivo. [...]

Partindo da necessidade de segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores sustentam que “les faiseurs d’actes”, nas suas múltiplas atividades, são os criadores de riscos, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem os seus autores todos os proventos, ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados – Ubi emolumentum, ibi onus. Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima que não lhe colhe os proveitos da atividade criador dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia.

A questão da responsabilidade, que é mera questão de reparação dos danos, de proteção do direito lesado, de equilíbrio social, deve, pois, ser resolvida atendendo-se somente aquele critério objetivo; quem guarda os benefícios que o acaso da sua atividade lhe proporciona deve, inversamente, suportar os males decorrentes desta mesma atividade.

Afirma Gustavo Tepedino (apud TARTUCE, 2008, p.456) que, no fluxo da teoria do risco, o Código Civil de 2002, em seu artigo 927, parágrafo único, estabeleceu uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, autorizando-a nas hipóteses em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano importar em risco, ainda que inexista previsão legislativa específica para o caso.

Art. 927 omissis

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

de outrem.

No âmbito da infortunistica, a aplicação da responsabilidade objetiva do empregador fomenta acaloradas controvérsias.

Uma primeira corrente segue no sentido de que a redação do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal, ao aludir à indenização pelo empregador nos casos de dolo ou culpa, rechaça a teoria do risco, de modo que a legislação infraconstitucional não poderia dispor em dissonância com o texto magno.

Aduz que a responsabilidade do empregador que configura um direito trabalhista é eminentemente contratual, e não aquiliana, premissa já fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16-DF, sendo inadequada, portanto, a adoção da teoria do risco.

Há precedentes do Tribunal Superior do Trabalho nesse sentido:

**INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
E ESTÉTICOS - ACIDENTE DE TRABALHO - NEXO DE CAUSALIDADE
CONFIGURADO - RESPONSABILIDADE
SUBJETIVA DO EMPREGADOR - FIXAÇÃO
DO VALOR. 1. A indenização por danos morais
ou estéticos, exigível pelo empregado perante o
empregador na Justiça do Trabalho (CF, art. 114,
VI), tem assento constitucional, mas somente
para o caso da ocorrência de culpa ou dolo do
empregador (CF, art. 7º, XXVIII), o que descarta
de plano a aplicação da teoria do risco ou da
responsabilidade objetiva previstas legal (CC, art.
927, parágrafo único) ou constitucionalmente
(CF, art. 37, § 6º), uma vez que, na compreensão
do STF, a responsabilidade trabalhista é
exclusivamente contratual, não comportando a
civil extracontratual (cfr. ADC 16-DF, Rel. Min.
Cezar Peluso, DJe de 09/09/11). 2. Por outro
lado, o patrimônio moral a ser reparado em caso
de dano é constituído pela intimidade, vida
privada, honra e imagem da pessoa (CF, art. 5º,
X), não sendo qualquer sofrimento psicológico**

passível de indenização, senão aquele decorrente diretamente da violação daqueles bens constitucionalmente tutelados. 3. Assim, os critérios para o reconhecimento do direito à indenização são: a) a existência da lesão a bem moral ou material constitucionalmente tutelado; b) o nexo de causalidade da lesão com ação ou omissão imputável ao empregador; c) o dolo ou a culpa deste. 4. “In casu”, a Reclamante era copeira e durante o contrato de trabalho mantido com a Reclamada sofreu acidente de trabalho que ocasionou a amputação “do terço distal do terceiro quirodáctilo direito”, o que a incapacitou de forma parcial e permanente (4% de redução da capacidade). Além de constatar presente o dano causado, o Regional deixou claro o nexo causal com as atividades exercidas e a culpa da Reclamada, uma vez que o acidente ocorreu quando a Reclamante estava manuseando uma das máquinas da copa, em condições inseguras, restando demonstrada a deficiência existente no projeto do equipamento e a falha da supervisão. 5. Configurada a culpa da Reclamada, com lesão à imagem da Reclamante, a indenização por danos morais ou estéticos é devida, sendo certo que o entendimento adotado pelo Regional não viola os dispositivos de lei e da Constituição Federal invocados pela ora Agravante. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-5900-79.2006.5.01.0040, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 10fev.2012)

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL PROVENIENTE DE INFORTÚNIO DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ARTIGO 7º, INCISO XXVIII DA CONSTITUIÇÃO EM DETRIMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO §

ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. SUPREMACIA DA NORMA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA DE DIREITO INTER-TEMPORAL DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LICC. I - É sabido que o acidente de trabalho e a moléstia profissional são infortúnios intimamente relacionados ao contrato de emprego - e por isso só os empregados é que têm direito aos benefícios acidentários, daí se impondo a conclusão de a indenização prevista no artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição caracterizar-se como direito genuinamente trabalhista. II - Essa conclusão não é infirmável pelo posicionamento, adotado aqui e acolá, de a indenização ali prevista achar-se vinculada à responsabilidade civil do empregador. Isso nem tanto por ela se reportar, na realidade, ao próprio art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição. Mas sobretudo pela evidência de a pretensão indenizatória provir não da culpa aquiliana do artigo 186 do Código Civil e sim da culpa contratual do empregador, extraída da não-observância dos deveres, integrados ao contrato de emprego, contidos no art. 157 da CLT. III - Havendo portanto previsão constitucional expressa sobre o direito à indenização por danos material e moral provenientes de infortúnios do trabalho, na qual se adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador, revela-se juridicamente inviável a tese da sua responsabilidade objetiva, extraída da norma do § único do artigo 927 do Código Civil de 2002. IV - Isso em razão da supremacia da norma constitucional sobre a norma infraconstitucional, segundo se constata do artigo 59 da Constituição, pelo que não se pode, evidentemente, cogitar da prevalência da norma do § único do artigo 927 do Código Civil em detrimento da do artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição. V -

Do contrário, chegar-se-ia à absurda conclusão de a superveniência da norma do Código Civil de 2002 implicar a revogação tácita da norma da Constituição de 88, considerando a regra de Direito Intertemporal do § 1º do art. 2º da LICC, naturalmente inaplicável no âmbito de inadmissível conflito temporal entre norma da Constituição e norma subsequente de legislação ordinária. VI - É que na interpretação de norma constitucional no confronto com norma infraconstitucional não é concebível que aquela deva se amoldar a essa, devendo naturalmente a norma infraconstitucional ser aplicada na conformidade do teor cogente da norma contemplada no Texto Constitucional. VII - Assentada a altanaria e a imperatividade da Constituição da República, não é dado ao intérprete e sobretudo ao aplicador da lei valer-se do caput do artigo 7º do Texto Constitucional de 88 para desprestigiar a incidência da norma prevista no seu artigo 7º, inciso XXVIII no cotejo com a norma ordinária do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, evitando-se desse modo inimaginável inversão do princípio da hierarquia das leis, contemplado no artigo 59 da Carta Cidadã. VIII - Saliendo ter sido do de cujus a culpa pelo acidente que o vitimara, sem nenhum vestígio de a recorrente ter contribuído, ainda que indiretamente, para a sua ocorrência, não se viabiliza, à luz do artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição, a sua condenação ao pagamento de indenização por dano moral. Recurso conhecido e provido. (RR-109985-90.2005.5.15.0128, Relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 26nov.2010)

RECURSO DE REVISTA. [...] DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. Na forma preconizada pelo art. 7º, XXVIII da Constituição

Federal, o dever de indenizar pressupõe a presença de dolo ou culpa por parte do empregador. Significa dizer que, uma vez constatado o dano, resta indagar se a conduta da empresa foi ilícita, e concorreu para o acidente do trabalho. No caso concreto segundo consta do acórdão combatido - em momento algum na peça exordial autor imputou culpa à ré pela doença adquirida durante a contratualidade. Tampouco pleiteou indenização por danos morais em face da doença adquirida durante o seu contrato laboral e, sim, pelo fato, segundo ele, de ter a ré pretendido aproveitar-se da situação difícil' pela qual estaria passando, deixando de prestar-lhe assistência, submetendo-o, assim, à 'dor psicológica-, alegação essa que não restou comprovada nos autos. Nesse contexto, afasta-se a pretensão recursal, posto que fundamentada em responsabilidade objetiva do empregador, hipótese não albergada pela Constituição Federal. [...] Recurso de revista não conhecido. (RR-645400-08.2007.5.12.0026, Relator Ministro Emmanoel Pereira, 5ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 23/09/2011)

De outro lado, uma segunda corrente sustenta a aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos danos decorrentes de acidentes de trabalho, quando a atividade desenvolvida pelo empregador expuser o trabalhador a um risco acentuado, uma vez que a própria Constituição Federal é explícita ao informar que o rol do artigo 7º não é taxativo.

Outrossim, afirma que a teoria do risco realiza o princípio solidarista, interpretação mais consentânea com o espírito do direito do trabalho.

Filiando-se a essa segunda corrente, Sebastião Geraldo de Oliveira:

A primeira entende que o parágrafo único do art. 927 não se aplica nas hipóteses de acidente o trabalho, sob o argumento básico de

que a Constituição da República tem norma expressa estabelecendo como pressuposto da indenização a ocorrência de culpa do empregador: Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa. Assim, norma alguma de hierarquia inferior poderia contrariar a previsão constitucional.

A segunda, ao contrário, sustenta que o dispositivo do Código Civil tem inteira aplicação no caso de acidente do trabalho. Adotamos essa corrente porque entendemos que a previsão do inciso XXVIII mencionado deve ser interpretada em harmonia com o que estabelece o caput do artigo respectivo, que prevê: Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Com efeito, o rol dos direitos mencionados no art. 7º da Constituição não impede que a lei ordinária amplie os existentes ou acrescente “outros que visem a melhoria da condição social do trabalhador”. E não há dúvida alguma de que a indenização do acidentado, com apoio na teoria da responsabilidade objetiva, visa à melhoria da condição social do trabalhador ou do ex-trabalhador, conforme previsto. (2011, p. 301)

De igual modo, Gustavo Filipe Barbosa:

Nos casos em questão, evoluindo na compreensão da matéria, o correto é entender que prevalece a nova disposição, mais favorável, do Código Civil, em vigor, ao prever a responsabilidade objetiva nos casos previstos em lei, ou quando a atividade desenvolvida seja de risco.

Nessa linha, seria um paradoxo que o terceiro

lesado possa obter a reparação civil independentemente de culpa, mas, quanto aos danos sofridos pelo empregado, exija-se a sua presença. (2011, p. 79)

Perfilhando esse entendimento, seguem precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, inclusive da Subseção I de Dissídios Individuais, a quem se atribui o genuíno múnus de uniformização do entendimento das Turmas daquele Tribunal:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA. LER/DORT. O artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal fixa a obrigatoriedade de pagamento, pelo empregador, de indenização por acidente de trabalho na hipótese deste incorrer em dolo ou culpa. É a chamada responsabilidade subjetiva que impõe, para que haja condenação à reparação civil, a comprovação da culpa. Esta Subseção, entretanto, adota entendimento pelo qual, considerando a frequência com que bancários são acometidos pelas doenças LER/DORT, infere-se que a atividade de bancário é atividade de risco acentuado, e uma vez demonstrado que o dano ocorreu pela natureza das atividades da empresa, ou seja, naquelas situações em que o dano é potencialmente esperado, não há como se negar a responsabilidade objetivado empregador, com a consequente paga da indenização por danos morais. O referido preceito constitucional é interpretado de forma sistêmica com os demais direitos fundamentais, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana. Embargos conhecidos por divergência jurisprudencial e desprovidos. (E-ED-RR-17300-43.2007.5.01.0012, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 03/02/2012).

RECURSO DE REVISTA [...] DANOS MORAIS - PENSÃO MENSAL - ACIDENTE DE TRABALHO- RESPONSABILIDADE OBJETIVADO EMPREGADOR - ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL - CONCEITO DE ATIVIDADE HABITUALMENTE DESENVOLVIDA - DIREITO DO CONSUMIDOR - DIREITO DO TRABALHO - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA - INCIDÊNCIA. O sistema de responsabilidade civil adotado pelo ordenamento jurídico é um dos reflexos da preocupação do legislador com a tutela dos direitos pertencentes àqueles que não podem negociar, em condições de igualdade, os seus interesses com a outra parte da relação contratual. Nesse passo, o Código Civil, em seu art. 927, parágrafo único, estabelece que será objetiva a responsabilidade daquele que, em face do desenvolvimento normal de sua atividade, puder causar dano a outrem. Atividade, no sentido utilizado na norma, deve ser entendida como a conduta habitualmente desempenhada, de maneira comercial ou empresarial, para a realização dos fins econômicos visados pelo autor do dano. Entretanto, dado o caráter excepcional de que se reveste a responsabilidade objetiva em nosso ordenamento jurídico (já que a regra é de que somente haverá a imputação de conduta lesiva a alguém se provada a sua atuação culposa), somente nos casos em que os produtos e serviços fornecidos pelo causador do dano apresentarem perigo anormal e imprevisível ao sujeito que deles se utiliza haverá espaço para a incidência do citado diploma legal. Ressalte-se, ainda, que o Código Civil, por força dos arts. 8º, parágrafo único, da CLT e 7º do CDC, ostenta a condição de norma geral em termos de responsabilidade civil, motivo pelo qual a sua aplicação aos demais ramos do direito depende da inexistência de

legislação específica sobre o assunto, assim como de sua compatibilidade com os princípios inerentes à parcela do direito a que visa a inserção da aludida regra geral. No direito do consumidor, a responsabilidade do fornecedor pelos defeitos dos produtos e serviços despejados no mercado é objetiva, independentemente de a atividade por ele normalmente desenvolvida apresentar risco a direito de outrem. Assim, desnecessária a aplicação da norma civil às relações de consumo, dado o caráter mais benéfico desta. No Direito do Trabalho, entretanto, no art. 7º, XXVIII, da Carta Magna determina-se, tão somente, que o empregador responderá pelos danos morais e materiais causados aos seus empregados, desde que comprovada a culpa daquele que suporta os riscos da atividade produtiva. A Constituição Federal, como se percebe, não faz menção à possibilidade de se responsabilizar objetivamente o empregador pelos aludidos danos. Apesar disso, tendo em vista o disposto no caput do aludido dispositivo constitucional e o princípio da norma mais benéfica, a outra conclusão não se pode chegar, senão de que não se vedou a criação de um sistema de responsabilidade mais favorável ao empregado, ainda que fora da legislação especificamente destinada a reger as relações laborais, mormente se considerarmos que o trabalhador, premido pela necessidade de auferir meios para a sua sobrevivência, apresenta-se, em relação ao seu empregador, na posição mais desigual dentre aquelas que se pode conceber nas interações humanas. Dessa forma, a fim de evitar o paradoxo de se responsabilizar o mesmo indivíduo (ora na condição de empregador, ora na condição de fornecedor) de forma diversa (objetiva ou subjetivamente) em face do mesmo evento danoso, somente pelo fato de as suas consequências terem atingido vítimas em diferentes estágios da atividade produtiva,

necessária se faz a aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil ao direito do trabalho, desde que, no momento do acidente, o empregado esteja inserido na atividade empresarialmente desenvolvida pelo seu empregador. A adoção de tal entendimento confere plena eficácia ao princípio constitucional solidarista, segundo o qual a reparação da vítima afigura-se mais importante do que a individualização de um culpado pelo evento danoso. Na hipótese dos autos, restam presentes os elementos necessários à incidência do dispositivo civilista, motivo pelo qual deve ser mantida a decisão do Tribunal Regional do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. (RR-140700-84.2007.5.08.0114, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 12/08/2011)

[...] RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. A norma constitucional (art. 7.º, XXVIII) abraça a responsabilidade subjetiva, obrigação de o empregador indenizar o dano que causar mediante comprovado dolo ou culpa, e o Código Civil (art. 927, parágrafo único), de forma excepcional, nos casos de atividade de risco ou quando houver expressa previsão legal, prevê a responsabilidade objetivado autor do dano, em que não se faz necessária tal comprovação. A norma constitucional trata de garantia mínima do trabalhador e não exclui a regra do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que, por sua vez, atribui uma responsabilidade civil mais ampla ao empregador, perfeitamente aplicável de forma supletiva no Direito do Trabalho, haja vista o princípio da norma mais favorável, somado ao fato de o Direito Laboral primar pela

proteção do trabalhador e pela segurança do trabalho, com a finalidade de assegurar a dignidade e a integridade física e psíquica do empregado em seu ambiente laboral. Comprovado o dano e o nexo causal e tratando-se de atividade que, pela sua natureza, implica risco para o empregado que a desenvolve, é irrepreensível a decisão regional que manteve a condenação da empregadora em danos morais. Recurso de revista conhecido e não provido. [...] (RR-161940-38.2005.5.01.0521, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 3jun.2011)

Na doutrina e na jurisprudência, prevalece a segunda corrente.

O argumento de que a responsabilidade do empregador é contratual não seduz na hipótese de acidente de trabalho, pois a indenização, nesse caso, não decorre de descumprimento das cláusulas contratuais, tampouco das normas mínimas explícitas na legislação específica trabalhista, tanto é assim que a matéria é regulada no âmbito do direito civil.

Não se está aqui questionando as premissas eleitas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16-DF, que, em verdade, tratou apenas de afastar a responsabilidade subsidiária objetiva da Administração Pública na hipótese de terceirização, não havendo exame da natureza da responsabilidade no caso de acidente de trabalho.

A Constituição Federal estabeleceu um piso de direitos intangíveis, incentivando, em seu próprio texto, a atividade legislativa no sentido da expansão da proteção ao trabalhador, conforme disposto no caput do artigo 7.º da Constituição Federal.

Portanto, conclui-se pela possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva em relação aos danos decorrentes de acidentes de trabalho quando a atividade econômica desempenhada pelo empregador implicar risco anormal à incolumidade física do trabalhador.

3. O NTEP COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

DO EMPREGADOR NAS DOENÇAS RELACIONADAS AO TRABALHO

Conforme já exposto, a responsabilidade objetiva está amparada no risco anormal gerado por determinada atividade.

A imputação dessa responsabilidade não se restringe aos casos previstos em lei, pois, consoante estudado alhures, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil encerra uma cláusula geral.

Gustavo Tepedino (2002, p. 19) conceitua as cláusulas gerais como normas que não estabelecem uma determinada conduta, mas que definem valores e parâmetros hermenêuticos, servindo como ponto de referência interpretativo e oferecendo ao operador do direito os critérios axiológicos e os limites das demais normas.

Estabelecer o que seria um risco acentuado, no caso concreto, não é tarefa fácil.

Não obstante, nas hipóteses de acidentes de trabalho decorrentes de doenças relacionadas às atividades laborais, tem-se que o Nexo Técnico Epidemiológico revela-se como uma diretriz segura de verificação do risco anormal gerado por determinadas atividades empresariais no sentido de produzir como efeito danoso uma dada moléstia, conforme Lista C do Anexo II do Decreto n.º 3.048/1999.

Nessa esteira, apurada a conduta, o nexo causal e o dano por doença relacionada ao trabalho, impõe-se examinar a natureza da responsabilidade do empregador.

Não constatada a culpa, rechaça-se a responsabilidade subjetiva, perquirindo-se, em um segundo momento, se o agravo que acometeu o empregado e a atividade empresarial possuem um Nexo Técnico Epidemiológico catalogado no aludido Decreto n.º 3.048/1999.

Confirmado o NTEP, tem-se por incontroverso o risco anormal gerado pela atividade em relação àquela doença, impondo-se, assim, a aplicação da responsabilidade objetiva ao empregador.

Nesse sentido, há manifestações o Tribunal Superior do Trabalho:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATE-
RIAIS E MORAIS. ACIDENTE DE
TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJE-
TIVA. NEXO TÉCNICO-EPIDEMIO-
LÓGICO. O Regional condenou a reclamada a

indenizar a reclamante, em razão de doença ocupacional, uma vez constatado que prestou serviços em condições que possibilitaram o desenvolvimento das seguintes enfermidades: distúrbios de radiculopatia de C5-C6 e C6-C7 em Coluna Cervical (CID M54.1), Tenossinovite do Ombro Direito (CID M65.9) e Síndrome do Túnel do Carpo Bilateral (CID G56.0). Ressalta também que o Decreto 3.048/91 prevê expressamente o nexó técnico epidemiológico entre as patologias desenvolvidas e as atividades desempenhadas. Logo, considerando que a própria legislação elege a atividade relativa ao abate de bovinos como de risco ambiental grave, para a eclosão das moléstias, correto o e. Regional ao adotar a teoria da responsabilidade objetiva, disciplinada no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, como fundamento para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de acidente de trabalho. Agravo de instrumento não provido. (AIRR-229100-73.2008.5.18.0013, Relator Ministro Milton de Moura França, 4ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 9dez.2011.)

[...] RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. NEXO DE CAUSALIDADE. EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO. ESTRESSE PÓS TRAUMÁTICO CONSTATADO POR PERÍCIA MÉDICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. TEORIA DO RISCO CRIADO. APLICABILIDADE DO ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. Embora o artigo 436 do CPC disponha que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, ele deverá formar sua convicção com outros elementos constantes dos autos. Na hipótese vertente, o TRT não indicou outras provas que desconstituíssem o seguinte registro:

“trata-se de ação laboral de risco ambiental grave, conforme prevê o artigo 22, inciso II, da Lei 8.212/91”. A legislação vigente tende a agasalhar a responsabilidade objetiva em tema de reparação civil, especialmente quando as atividades exercidas são de risco, conforme dispõe o art. 927 e parágrafo único do Código Civil de 2002, admitindo, assim, no âmbito do Direito do Trabalho, a teoria da responsabilidade objetivado empregador, nos casos de acidente de trabalho. E na hipótese releva a circunstância, anotada pelo acórdão do TRT, da presença de nexos técnico epidemiológico entre a enfermidade do trabalhador e sua atividade laborativa, no exercício da qual e por força do cumprimento do dever funcional, fora agredido. Aí também caracterizada culpa presumida, com ônus probatório da reclamada. Recurso de revista conhecido e provido. (RR-1195-30.2010.5.18.0006, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, 3ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 25nov.2011)

Portanto, o NTEP apresenta-se como fundamento seguro da responsabilidade objetiva do empregador nas doenças relacionadas ao trabalho, pois informa a existência de um risco anormal entre a doença relacionada ao trabalho e a atividade empresarial do empregador.

CONCLUSÃO

O NTEP revela-se como um método hábil para apurar o risco em abstrato de uma determinada atividade produzir certo agravo, risco esse que o desempenho de outras atividades ordinárias não geraria.

A responsabilidade objetiva possui aplicação no âmbito da infortunística, restando saber, apenas, o que seria risco anormal nessas hipóteses.

O Nexos Técnico Epidemiológico apresenta-se como fundamento seguro da responsabilidade objetiva do empregador nas

doenças relacionadas ao trabalho, porquanto preenche a cláusula geral contida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil ao informar a existência de um risco anormal entre a doença e a atividade empresarial do empregador.

REFERÊNCIAS

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Acidentes do Trabalho: doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico. 4ª ed. São Paulo: Método, 2011.

LIMA, Alvino. Culpa e Risco. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

NEVES, Marco Antônio Borges das. As Doenças Ocupacionais e as Doenças Relacionadas ao Trabalho: as diferenças conceituais existentes e as suas implicações. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. 6ª ed. Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador. São Paulo: LTr, 2011.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil. São Paulo: Método, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A Parte Geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WAGNER, Mário B.; CALLEGARI-JACQUES, Sidia Marques. Medidas de Associação em Estudos Epidemiológicos: risco relativo e odds ratio. *Jornal da Pediatria*. 1998; 74: 247-251. Disponível em: <<http://www.mwc.com.br/>> Acesso em: 06/11/2011).

2 LIMITAÇÃO DO TEMPO DE TRABALHO E PROTEÇÃO À SAÚDE DOS TRABALHADORES: UMA ANÁLISE DOS SISTEMAS JURÍDICOS BRASILEIRO E ESPANHOL

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva
Mestre em Direito das Obrigações pela UNESP/SP
Doutorando em Direito Social
pela Universidad Castilla-La Mancha (Espanha)

I. A SAÚDE DO TRABALHADOR COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O objetivo principal deste pequeno artigo é a investigação sobre o tempo de trabalho, no que diz respeito a sua limitação e sua relação direta com a proteção à saúde dos trabalhadores, fazendo uma comparação dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol.

Fita Ortega¹ observa que a ordenação do tempo de trabalho possui íntima relação com três vertentes de estudo: a) a ordenação como elemento de organização das empresas; b) como instrumento de proteção à saúde e segurança dos trabalhadores; c) e ainda, como elemento de política de emprego. Destas vertentes, portanto, a atenção estará voltada para a segunda, ou seja, a análise da correlação entre jornadas de trabalho extensas e os prejuízos à saúde dos trabalhadores.

1 FITA ORTEGA, F. *Límites legales a la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 24.

Para começar, recordo o fundamento pelo qual se deve proteger a saúde dos trabalhadores: *a saúde do trabalhador se trata de um direito humano fundamental*, ou seja, de um direito imprescindível ao trabalhador. É possível sustentar, com segurança, que os direitos ao trabalho, à saúde, à educação e à seguridade social são direitos sociais sem os quais não se pode falar em Estado social, que na Espanha está garantido no art. 1º de sua Norma Fundamental. Nesse contexto, não se pode olvidar que *a saúde dos trabalhadores também deve ser considerada um direito social*, ou, ainda mais, *um direito fundamental ou humano*, já que é componente das necessidades básicas da pessoa do trabalhador, como espécie da saúde em geral.

De fato, o direito à saúde do trabalhador, como espécie da saúde em geral, é *um direito humano*. Por isso, é um direito inalienável, imprescritível e irrenunciável. E é um direito natural de todos os trabalhadores, em todos os tempos e lugares, ainda que sua positivação tenha ocorrido tardiamente. Se a saúde do trabalhador é algo inerente a ele, imanente, em respeito a sua dignidade essencial, inclusive para uma boa prestação de serviços ao empregador, *trata-se de um direito natural*, pois intrínseco à conformação de sua personalidade e de seu desenvolvimento como pessoa. É um direito imprescindível para o trabalhador. Essa é, portanto, sua natureza jurídica: *trata-se de um direito humano*, fundamental ou não, ou seja, positivado nas constituições de cada país ou não, não havendo qualquer necessidade de outras adjetivações. De modo que assim se insere no continente maior dos direitos humanos, como conteúdo deles, vale dizer, *como um dos valores fundamentais do sistema jurídico*, sem o qual a dignidade da pessoa humana estará seriamente ameaçada.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, é o ápice da *construção jusfilosófica na evolução cultural da humanidade*, e se encontra bem conformado na doutrina atual. Barbagelata² afirma que *a dignidade humana é um meta-valor* e, na análise do bloco de constitucionalidade, afirma que os direitos humanos laborais – entre os quais a saúde do trabalhador – “abarcam

2 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos Laborales*. 2. ed. atual. e ampl. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 250.

disposições e princípios que constituem parte dos direitos e garantias inerentes à personalidade humana. Por conseguinte, são indisponíveis, não só para o legislador, como também para o próprio constituinte”.

Penso que a *dignidade humana* significa dizer que a pessoa está dotada de direitos essenciais, sem cuja realização não terá forças suficientes para a conformação de sua personalidade e seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa. Esses direitos compreendem a vida e uma gama de liberdades essenciais, mas também alguns direitos de igualdade (sociais) sem os quais as liberdades não passam de mera retórica. Tanto é assim que até os economistas e os doutrinadores mais liberais reconhecem que alguns bens jurídicos mínimos devem ser assegurados para a satisfação das necessidades básicas das pessoas. O sentido dos direitos humanos é a defesa da dignidade humana, dignidade esta que se manifesta na corporeidade (vida e saúde) e na liberdade³.

Dada a complementaridade entre os direitos humanos, sua tutela significa a *proteção a bens jurídicos básicos*, como a vida, a integridade físico-funcional (inclusive moral), a *saúde*, a liberdade, a igualdade, que se consubstanciam em diversos direitos positivados no sistema jurídico, sejam de primeira, de segunda ou terceira geração. E sempre o direito à saúde figura em todos os catálogos de referidos direitos. Assim que, em definitivo, *a saúde dos trabalhadores compõe o chamado conteúdo essencial da dignidade humana*, não podendo jamais ser postergada sua preservação e, em caso de doença, o tratamento mais adequado deve ser o mais pronto possível. Por isso mesmo, está assegurada no art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, de forma mais enfática, no art. 12 do PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

2. A EFICÁCIA HORIZONTAL DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR

Sendo a saúde dos trabalhadores componente do

3 FERNANDEZ, M. E. Los derechos económicos, sociales y culturales. In: MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (Coord.). *Manual de Derechos Humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 120.

chamado conteúdo essencial da dignidade humana, *não há falar em colisão de princípios*⁴ ou *direitos fundamentais* quando estão em cotejo a saúde do trabalhador, de um lado, e a liberdade de empresa, de outro, até porque a dignidade é um atributo exclusivo da pessoa humana. Ainda que a liberdade de empresa também esteja garantida como direito fundamental nas constituições, penso que a saúde do trabalhador é um bem jurídico que está acima deste direito.

O problema é que há uma constante colisão de princípios no contrato de trabalho, havendo realmente uma *difícil convivência entre os direitos fundamentais da pessoa do trabalhador e os poderes empresariais do empregador*, razão pela qual “a relação jurídica obrigatória nascida do contrato de trabalho constitui o banco de prova da eficácia horizontal dos direitos fundamentais de caráter personalíssimo”, na feliz síntese de Valdés Dal-Ré⁵. Se há uma colisão real e os direitos são equivalentes, *o problema deve se resolver à luz do juízo de ponderação ou do princípio da proporcionalidade*, com suas três vertentes: 1^a) *juízo de adequação*; 2^a) *juízo de necessidade ou tese de indispensabilidade*; 3^a) *juízo ou tese de proporcionalidade em sentido estrito*⁶. *Estas teses são sempre comentadas quando se fala na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, chamada na doutrina jurídica alemã de “Drittwirkung”.*

Não obstante, é possível trazer para o debate a respeito da eficácia de referidos direitos, diante dos particulares ou grupo de particulares, outra ideia. Ainda que haja uma preferência pelo

4 De acordo com Alexy, para solucionar a colisão de princípios há a necessidade de se estabelecer um juízo de ponderação de bens jurídicos, através da máxima da proporcionalidade, com o auxílio de suas três máximas parciais, as quais são: da adequação, da necessidade (postulado do meio mais benigno) e da proporcionalidade em sentido estrito (o postulado de ponderação propriamente dito). Da máxima de proporcionalidade em sentido estrito extrai-se que os princípios “são mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas. Por outro lado, as máximas da necessidade e da adequação decorrem do caráter dos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas”. ALEXY, R. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução da primeira edição de *Theorie der Grundrechte* por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, tercera reimpressão, 2002, pp. 111-113.

5 Valdés Dal-Ré, F. *Contrato de trabajo, derechos fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia*. Relaciones laborales, núm. 22, ano XIX, nov. 2003, pp. 1-3.

6 *Ibidem*, pp. 12-14.

estudo dos direitos fundamentais, partindo-se de sua positivação constitucional, *a concepção jusnaturalista dos direitos humanos* – enquanto direitos indissociáveis da pessoa humana e imprescindíveis à sua dignidade pessoal –, *permite uma valoração maior dos chamados direitos fundamentais do trabalhador*. O que se propõe é que haja uma *diferença ontológica ou deontológica entre os direitos humanos e os direitos fundamentais*, ou seja, há direitos fundamentais de grupos, coletividades, e até mesmo de empresas – ainda que se diga que de titularidade do empresário – que, não obstante, não são direitos humanos, porque não pertencem à pessoa enquanto tal⁷, e há direitos humanos que não são fundamentais, porque ainda que necessários à dignidade humana, não se encontram inscritos nas constituições, como os direitos a imigrar e a não ser assediado moralmente. Desta diferença, a partir da idéia de que a pessoa humana ocupa um lugar central no sistema jurídico, conclui-se que todo o universo jurídico tem como função valorizar e garantir os direitos essenciais da pessoa humana.

Sendo assim, não há que recorrer à boa-fé contratual ou ao juízo de ponderação, os quais podem levar a resultados de limitação ou ainda de negação dos direitos humanos fundamentais da pessoa do trabalhador. Isso se mostra relevante quando o que está em jogo é a *saúde do trabalhador*, eis que nenhuma liberdade de empresa, nenhum poder empresarial pode prevalecer diante da saúde, em uma eventual colisão de direitos fundamentais. A saúde, como expressão da vida e da integridade física e moral do trabalhador, deve ser garantida e receber efetiva proteção sempre, *não havendo nenhum espaço para teste de ponderação ou juízo de proporcionalidade entre esse direito e os poderes empresariais*.

Em definitivo, a eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais dos trabalhadores deve ser compreendida sob outro

7 Pérez Luño aponta o erro de se confundir duas categorias conceitualmente distintas: os *direitos humanos* e os *direitos fundamentais*. Ele esclarece que os direitos humanos possuem uma dimensão deontológica, pois se trata daquelas faculdades inerentes à pessoa. Quando se consegue o reconhecimento destas faculdades pelo direito positivo aparecem os direitos fundamentais. Agora, o direito positivo tem reconhecido personalidade jurídica também aos entes coletivos (associações, corporações, sociedades, instituições, fundações). Não obstante, apenas os indivíduos podem ser sujeitos titulares de direitos humanos, à medida que os entes coletivos só podem ser sujeitos titulares de direitos fundamentais e de outros direitos, mas nunca de direitos humanos. PÉREZ LUÑO, A. E. *La Tercera Generación de Derechos Humanos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, pp. 235-237.

prisma. Fala-se muito da “Drittwirkung”, insistindo-se demasiadamente em demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais de liberdade do trabalhador frente ao empresário, no entanto, à luz da doutrina da fundamentalidade material dos direitos, esquecendo-se que a centralidade da pessoa humana reclama a aceitação de direitos prévios não somente ao contrato de trabalho, mas também à própria ordem jurídica estatal, direitos esses *inseparáveis do princípio-guia da dignidade humana*. Nessa ordem de ideias, sempre que se tratar de direitos indispensáveis à conformação e desenvolvimento da personalidade, da vida, *da saúde* e também das liberdades essenciais do trabalhador, não há que submetê-los a nenhum teste de ponderação e tampouco a modulações de acordo com o princípio da boa-fé.

Em suma, *a saúde do trabalhador é um bem jurídico que está acima de qualquer direito fundamental do empregador no exercício de seus poderes empresariais*. De modo que nenhuma liberdade de empresa pode prevalecer diante da saúde do trabalhador, até porque *o empresário é devedor de segurança*, na síntese de Aparício Tovar⁸. Por isso, não há dúvida de que *o principal destinatário da normativa pertinente à matéria é o empregador*, o qual tem a obrigação intransferível de garantir condições de trabalho saudáveis e seguras ao trabalhador.

3. CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO À SAÚDE DO TRABALHADOR

Resta, portanto, *definir o que se entende por saúde dos trabalhadores* ou, pelo menos, seu conteúdo essencial, para que seja de fato respeitada e se possa exigi-la tanto do empregador como do Estado. Para isso é importante recordar que, segundo a OMS, *a saúde é o mais completo bem-estar físico, mental e social*, e não somente a ausência de doenças.

Na Espanha, a busca do conteúdo essencial do direito em questão deve guiar-se pelo caminho da interpretação sistemática que abarque a Constituição espanhola, a Lei de Prevenção de Riscos Laborais (LPRL) – Lei n. 31/1995 – e também a normativa

8 APARICIO TOVAR, J. *Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo*. Civitas Revista española de Derecho del Trabajo, Madrid, n. 49, set./out. 1991, p. 706.

internacional, incluindo as diretivas da Comunidade Econômica Europeia, sobretudo a Diretiva-marco 89/391/CEE, de 12 de junho de 1989. Daí se pode extrair um *alcance constitucional ou até supranacional da proteção à saúde dos trabalhadores*.

Por isso, a matéria é estudada sob a perspectiva do *binômio prevenção-reparação*, na prevenção de acidentes do trabalho e, em caso de ocorrência destes, em sua pronta reparação. Nesse contexto, em uma interpretação sistemática da CE – Constituição espanhola –, obtém-se *uma conjugação entre os direitos à vida e à integridade física com o direito à saúde* – arts. 15, 40.2, 41, 43.1 e 2, 45.1 e 3 e art. 49 da CE –, pois o direito à vida é o mais elementar e prévio, que por isso serve de fundamento a todos os demais direitos. E *a saúde tem estreita relação com o direito à vida*, como decidido pelo Tribunal Constitucional espanhol em inúmeras sentenças (acórdãos). De modo que *proteger a saúde do trabalhador significa tutelar seu direito humano à vida e à incolumidade física e psíquica*. Assim, a proteção é parte integrante do conteúdo essencial da saúde dos trabalhadores. O direito à saúde, ora comentado, tem uma dimensão objetiva que, colocada em destaque pelo art. 40.2 da CE, deixa clara *uma dupla proteção à vida e integridade física do trabalhador*: a primeira é a obrigação do Estado de velar pela segurança e higiene no trabalho; e a segunda é sua obrigação de garantir *o descanso necessário para proteger a saúde do trabalhador*, proteção que o próprio texto constitucional concretiza em três vertentes – a limitação da jornada de trabalho, o estabelecimento de férias periódicas remuneradas e a promoção de centros adequados⁹.

Deve-se ter em conta que a proteção à saúde dos trabalhadores, como qualquer direito fundamental, envolve dois aspectos – *um negativo e outro positivo*, o primeiro ligado a abstenções tanto da parte do Estado como do empregador, e o segundo aglutinando inúmeras prestações que podem ser requeridas diante de um e de outro. Daí que *a saúde do trabalhador é de um direito humano fundamental de natureza negativa e positiva*, exigindo tanto do empregador como do Estado não somente a abstenção de práticas que ocasionem a enfermidade física ou mental do trabalhador, como também uma positividade, ou seja, a adoção de medidas preventivas de doenças. Aí estão *os aspectos essenciais de referido direito*: a) o direito à abstenção; e

9 GONZÁLEZ LABRADA, M. *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*. Barcelona: Cedecs, 1996, pp. 121-123.

b) o direito à prestação, que, por sua vez, é subdividido em direito à prevenção e direito à reparação.

Esse conteúdo é muito extenso e, no momento, o que interessa é sua vertente de abstenção, no que concerne *ao fator tempo de trabalho*, que é o objeto de minha explanação. Assim, penso que são essenciais as seguintes abstenções pelos empregadores: 1^a) a não-exigência de realização de horas extraordinárias de forma habitual, sobretudo dos trabalhadores noturnos e em turnos ininterruptos de revezamento; 2^a) a não-exigência de trabalho nos descansos intra e entre jornadas; e 3^a) a não-exigência de trabalho nos dias de descanso semanal e feriados, tampouco nos períodos de férias. De se notar que estas obrigações estão inscritas na própria Declaração Universal, em seu art. XXIV, o qual descreve *a limitação razoável das horas de trabalho* com um direito humano fundamental.

E não é demasiado recordar *os fundamentos pelos quais se deve proteger a saúde do trabalhador*: a) o combate à fadiga; e b) o combate ao estresse laboral. Ora, vários estudos científicos têm mostrado que *a melhor forma de prevenir a fadiga* é dar a devida atenção às condições de trabalho, apontando como *medidas preventivas*, entre outras, a distribuição adequada das horas de trabalho, bem como a previsão de períodos adequados de descanso e de férias.

Por isso, a busca pela proteção à saúde do trabalhador desenvolveu-se inicialmente *na luta pela redução da jornada de trabalho*. Sússekind¹⁰ pontifica que *os fundamentos para a limitação do tempo de trabalho* são os seguintes:

a) de natureza biológica, pois que visa combater os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço;

b) de caráter social, pois que possibilita ao trabalhador viver, como ser humano, na coletividade à qual pertence gozando dos prazeres materiais e espirituais criados pela civilização, entregando-se à prática de atividades recreativas, culturais ou físicas,

10 SÚSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. V. 2, 16. ed. atual. por Arnaldo Sússekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1996, p. 774.

aprimorando seus conhecimentos e convivendo, enfim, com sua família;

c) de índole econômica, pois que restringe o desemprego e acarreta, pelo combate à fadiga, um rendimento superior na execução do trabalho.

Com efeito, o combate à fadiga não serve de fundamento apenas para a limitação do tempo de trabalho no que se refere aos aspectos social e econômico, mas também para a *proteção direta* à saúde do trabalhador. Analisando os fundamentos descritos por Süsskind, verifica-se que prepondera, pelo menos no que concerne à saúde do trabalhador, o de natureza biológica, porque não há dúvida de que o excesso de trabalho gera inúmeros problemas, sendo de graves consequências a *fadiga*, que prejudica o *equilíbrio homeostático* da pessoa humana.

Sebastião Geraldo de Oliveira¹¹ pondera que o esforço adicional, como ocorre no trabalho constante em horas extraordinárias, aciona o consumo das reservas de energia da pessoa e provoca um aceleração da fadiga, que pode levar à exaustão e ao esgotamento. O organismo humano depende de energia para seu funcionamento equilibrado, sendo que o excesso de atividade – *o excesso de trabalho*, por exemplo – resulta em que a recomposição de energia não acompanhe o ritmo despendido, surgindo a fadiga. Com efeito, a fadiga traduz um processo de cansaço e esgotamento físico e psíquico, e quanto maior o esforço, maior a produção de ácido láctico no organismo, substância esta que inibe a atividade muscular. Se a pessoa insiste no esforço empreendido, sobrevêm adormecimentos e câimbras até que haja a necessidade de parar o trabalho ou a atividade desempenhada. De tal modo que, quanto maior a fadiga, mais se reduz o ritmo de trabalho, a atenção e a formulação do raciocínio. Nesta situação, o trabalhador produz menos, além de estar sujeito a cometer mais erros e a sofrer acidentes.

Demais, a fadiga prolongada leva inexoravelmente a um *processo de estresse*. Investigações têm revelado um crescente índice de estresse, sobretudo a partir da década de 1990, quando ocorreram

11 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 159.

grandes mudanças no sistema organizacional das empresas, sendo que tais reestruturações vêm provocando ameaças de desemprego e ocasionando uma sensação de insegurança, o que contribui para gerar uma “ansiedade relacionada com o trabalho”, a qual, ainda que evidente, é muito difícil de ser quantificada¹². No Japão existe um fenômeno conhecido como *Karoshi*, palavra que significa *morte por excesso de trabalho*. O *Karoshi* se trata de um grande problema social no Japão, porque os japoneses trabalham muitas horas a mais do que os trabalhadores dos países ocidentais industrializados¹³.

No Brasil, uma pesquisa revelou que os transtornos mentais afastam mais de 100.000 trabalhadores por ano. Segundo pesquisadora do Laboratório de Saúde do Trabalhador da Universidade de Brasília, aproximadamente 100.000 trabalhadores necessitam retirar-se do trabalho anualmente por causa de problemas relacionados à saúde mental, sendo que as doenças mentais responderam por 9,8% do total de benefícios de auxílio-saúde concedidos em 2004¹⁴.

Diante disso, a conclusão é a de que a proteção à saúde do trabalhador passa necessariamente não só pela prevenção da fadiga, mas também pela prevenção do estresse laboral, sendo que a *limitação do tempo de trabalho* é, sem dúvida, a melhor forma de tornar efetiva a referida proteção.

4. A ORDENAÇÃO DO TEMPO DE TRABALHO – FLEXIBILIZAÇÃO ESPANHOLA E BRASILEIRA

Conquanto incontestemente a conclusão anterior, *as grandes mudanças levadas a efeito na organização das empresas*, sobretudo a partir da década de 1990, com uma intensa reestruturação do sistema

12 BEATON, R. D. *Ansiedad relacionada con el trabajo*. In: Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo. 4. ed., p. 5.12. Disponível em: <<http://www.mtas.insh/EncOIT/index.htm>>. Acesso em: 2 jun. de 2011.

13 HARATANI, T. *Karoshi: muerte por exceso de trabajo*. In: Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo. 4. ed., p. 5.20-5.21. Disponível em: <<http://www.mtas.insh/EncOIT/index.htm>>. Acesso em: 2 jun. de 2011.

14 BARBOSA-BRANCO, A. *Transtorno mental afasta 100 mil por ano*. Folha de S. Paulo, São Paulo, 11 de fevereiro de 2007. Empregos, Caderno F.

produtivo e uma forte flexibilização das relações trabalhistas, principalmente na ordenação do tempo de trabalho, têm provocado um aumento considerável do estresse laboral, bem como de outras doenças do trabalho. Tudo isso conduz à conclusão de que há *uma necessária relação entre a limitação do tempo de trabalho e a saúde dos trabalhadores*. Isto quer dizer que o trabalho em condições precárias, principalmente em jornadas extensas, deságua em maior taxa de acidentes trabalhistas.

Basta notar o que as estatísticas demonstram: a) a Espanha, que tem uma quantidade muito menor de trabalhadores que o Brasil, teve muito mais acidentes do trabalho nos últimos anos, principalmente nos contratos temporários, sendo que em 2006 houve mais de 911 mil (911.561) acidentes e enfermidades relacionadas ao trabalho; b) no Brasil, país que tinha mais de 31 milhões de trabalhadores formais, houve 503 mil (503.890) acidentes e doenças do trabalho em 2006¹⁵. Não obstante, no Brasil houve um aumento de mais de 48% de acidentes em apenas cinco anos, de 2001 a 2006. Dessa forma, pode-se afirmar que *houve um aumento considerável de acidentes do trabalho à medida que a flexibilização espanhola e brasileira se aprofundaram*.

Tudo isso atenta contra os princípios constitucionais fundamentais de nossos sistemas jurídicos, não se podendo olvidar que Espanha e Brasil são signatários do PIDESC, cujo art. 2.1 estabelece o *princípio da não-regressividade*. Veja-se que tanto a Constituição espanhola quanto a brasileira estabelecem uma nítida vinculação da proteção à saúde dos trabalhadores com a limitação do tempo de trabalho. Tanto é que a brasileira fixa uma duração máxima da jornada diária em oito horas e da semanal em 44 horas. A Constituição espanhola, por sua vez, garante aos trabalhadores, em seu art. 40.2, “o descanso necessário, mediante a limitação da jornada de trabalho”. De modo que se pode afirmar que há nas Normas Fundamentais *um princípio de limitação do tempo de trabalho, que não pode ser olvidado pelo legislador*.

15 Essa pesquisa foi feita em 2008, por ocasião da elaboração da tesina – uma espécie de dissertação de mestrado, defendida naquele ano na Espanha –, sendo que de lá até esta parte os estudos foram aprofundados, mas ainda são inéditos, fazendo parte da tese de doutorado que será defendida ainda neste primeiro semestre, junto à Universidad Castilla-La Mancha.

Não obstante, *a normativa infraconstitucional* espanhola *sobre tempo de trabalho*, sobretudo a partir da transposição das diretivas europeias a respeito, cada vez mais tem se distanciado do referido *princípio de limitação*. E também a legislação infraconstitucional brasileira tem seguido o mesmo caminho, como se verá nos parágrafos seguintes.

4.1 Limite semanal ou anual da jornada de trabalho na Espanha

Nesse contexto, cabe apontar, de início, que desde a década de 1980 e, sobretudo a partir da de 1990, a Espanha tem promovido *uma forte flexibilização das normas de proteção aos direitos básicos dos trabalhadores*, acompanhando, por certo, uma tendência dos países do primeiro mundo, com claras repercussões nos países em desenvolvimento, incluindo o Brasil.

Quando da reforma de seu Estatuto dos Trabalhadores, levada a efeito pelo Real Decreto Legislativo n. 1/1995 – que incorpora a Lei n. 11/1994, pontapé inicial da reforma –, propôs-se uma revisão do sistema de relações trabalhistas, presidido em grande medida pelo *critério da flexibilidade*, com o argumento da necessária adaptação dos recursos humanos às circunstâncias produtivas das empresas, *principalmente em termos de ordenação do tempo de trabalho*, que é, sem dúvida, um dos instrumentos mais significativos da flexibilização. “Os objetivos, valorados em termos de competitividade e garantia de conservação dos postos de trabalho, são os argumentos que, desde as concepções legais, fundamentam o recurso à flexibilidade como critério inspirador da reforma nessa matéria”¹⁶.

Uma das matérias do direito do trabalho que tem sido mais afetada pela onda de flexibilidade, que a partir da década de 1990 tem ameaçado destruir praticamente todos os institutos mais importantes de proteção aos trabalhadores, sem dúvida, é a *relativa à ordenação do tempo de trabalho*. Por isso, Valdéz Dal-Ré¹⁷ aponta com maestria

16 PRADOS DE REYES, F. J. La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores. *Relaciones laborales*, n. 8, ano 12, Madrid, 23 de abril 1996, p. 12.

17 VALDÉZ DAL-RÉ, F. *La flexibilidad del tiempo de trabajo: un viejo, inacabado y cambiante debate*. *Relaciones laborales*, Madrid, n. 2, ano 15, 23 janeiro de 1999, p. 1.

“que o termo flexibilidade, aplicado no âmbito dos sistemas de relações laborais, tem se convertido no Leviatã das sociedades pós-industriais”.

Prados de Reyes¹⁸ já havia destacado que a revisão do sistema de relações laborais na Espanha foi presidida “pelo critério da flexibilidade e a capacidade de adaptação dos recursos humanos às circunstâncias produtivas da empresa”, sendo que *a ordenação do tempo de trabalho tem sido um dos instrumentos mais significativos de tal flexibilização*. Acrescenta que os objetivos que constavam no Preâmbulo da Lei 11/1994 – incorporada ao Real Decreto Legislativo 1/1995 (ET), de 24 de março de 1995 – visavam permitir uma maior competitividade das empresas e, com isso, garantir a conservação dos postos de trabalho, o que fundamenta, assim, o recurso à flexibilidade como critério inspirador da reforma.

Não obstante, o caminho seguido pela *Espanha* foi demasiado extenso, eis que fez desaparecer o limite da jornada diária de trabalho, *a maior conquista dos trabalhadores de todos os tempos*, comemorada ainda no séc. XIX, quando se fixou um limite de 10 horas diárias, e no início do séc. XX, no momento em que a nascente legislação internacional de proteção aos trabalhadores estipulou um limite de oito horas de trabalho por dia (Convenção n. 1 da OIT). É certo que já havia uma relativa flexibilidade neste aspecto, com a permissão de realização de horas extras e também com a autorização de compensação do horário de trabalho, de modo a ampliar a jornada em alguns dias da semana, para que não se trabalhasse em outro, em geral no sábado – semana inglesa de trabalho, de segunda a sexta-feira. No entanto, a extensão deste regime de compensação a períodos de referência superiores ao semanal, em uma escala ampliada, até que foi alcançada, finalmente, a referência anual – *a anualização do tempo de trabalho* –, constitui verdadeira *negação daquela conquista histórica*.

Ademais, para tais compensações havia um limite diário, de modo a evitar abusos por parte dos empregadores na exigência de trabalho além do ordinário. Na Espanha, *havia um limite de nove horas diárias de trabalho efetivo*, “como um limite de ordem pública e indisponível pelas partes”, que deveria ser respeitado por toda negociação coletiva sobre distribuição irregular de horários de trabalho. Ocorre que a Lei n. 11/1994 *fez desaparecer tal limite*, de modo que,

18 PRADOS DE REYES, F. J. *La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, p. 12.

a partir daí, “a referência das nove horas ordinárias de trabalho efetivo já não tem um caráter de ordem pública”. Portanto, agora são as partes, em atenção *ao princípio da autonomia da vontade*, individual ou coletiva, que determinam a duração da jornada de trabalho, como expressa o art. 34 do ET – Estatuto dos Trabalhadores –, desde que se observe o limite máximo de 40 horas semanais de trabalho efetivo, em média, na contagem anual, bem como o descanso mínimo de 12 horas entre jornadas (§ 3º do art. 34)¹⁹.

Assim, a *Espanha*, que tem levado a flexibilidade do tempo de trabalho às últimas consequências, *não tem mais limite diário*, fato que tem dado aos períodos de descanso um significado extraordinário. Não obstante, há que se levar em conta que a autorização para distribuir irregularmente a jornada de trabalho ao longo do ano agora fica reservada exclusivamente à negociação coletiva, mediante acordos entre a empresa e os representantes dos trabalhadores²⁰. Todos os doutrinadores ressaltam, entretanto, que em nenhum caso a autonomia coletiva poderá fixar uma distribuição do tempo de trabalho de modo que ignore o período do tempo de descanso necessário entre jornadas de 12 horas, no mínimo, pelo que se verifica da análise do art. 34.3 do ET, 1º e 2º parágrafos.

Ocorre que essa disciplina legal possibilita que o empregador, autorizado pela negociação coletiva – incluindo acordos entre o empresário e os representantes dos trabalhadores –, possa contratar, a título de mero exemplo, duas equipes de trabalhadores para ocupar todas as horas semanais, fazendo funcionar sua empresa em 12 horas diárias continuamente, sem que tenha que fazer a compensação por descanso dentro dos quatro meses seguintes, nem mesmo proceder ao pagamento das horas extraordinárias. Para clarificar a ideia: a primeira equipe trabalharia 12 horas diárias de segunda a quarta-feira e mais quatro horas no domingo; a segunda equipe trabalharia 12 horas por dia de quinta-feira a sábado e mais quatro horas no domingo; de modo que a jornada dos trabalhadores jamais ultrapassaria o limite de quarenta horas semanais; no entanto, eles teriam que se dedicar ao trabalho em extenuantes jornadas de 12 horas diárias, ainda que não o fizessem em

19 FITA ORTEGA, F. *Límites legales a la jornada de trabajo*, pp. 41-42.

20 PRADOS DE REYES, F. J. *La ordenación del tiempo de trabajo en la Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, pp. 16-17.

todos os dias da semana. Isso, certamente, resultaria em *prejuízo à saúde de referidos trabalhadores*, aumentando o risco de acidentes do trabalho. Além disso, esses trabalhadores poderão contratar com outro empregador um sistema equivalente, para o trabalho nos dias de descanso do primeiro contrato, quando então nem folga semanal teriam.

Ademais, *se não se observa o módulo quadrimestral* – e sim o anual autorizado pela legislação espanhola –, deve-se observar que isso possibilita ao empregador a utilização de mão-de-obra segundo seus exclusivos interesses, exigindo o trabalho de seus empregados em *até 12 horas diárias em um determinado período*, invariavelmente quando haja excesso de produção, maior demanda, entre outras coisas, *para compensar as horas de “sobrejornada” em períodos posteriores*, de situações inversas às apontadas acima.

Ocorre que tal exagerada permissão pode levar o trabalhador a se dedicar ao trabalho por até 66 horas semanais (respeitado o descanso de um dia e meio, na Espanha) em certos períodos do ano, *o que é um verdadeiro absurdo*. Por exemplo, pode-se exigir do trabalhador que se ative em 12 horas diárias – em respeito ao descanso mínimo de 12 horas entre jornadas – durante 17 semanas (quatro meses), cuja somatória alcança a impressionante cifra de 1.122 horas; ocorre que se fosse respeitada a jornada semanal de 40 horas, em tal período o trabalhador não haveria trabalhado mais do que 680 horas, o que permite a conclusão de que nesse período de referência o trabalhador pode chegar a trabalhar 65% além da jornada normal, o que é, evidentemente, *algo desumano*. Depois, o empregador promoverá a compensação do excesso absurdo quando melhor lhe aproveite.

Tudo isso viola a Constituição espanhola, mais precisamente seu art. 40.2, que garante aos trabalhadores a limitação da jornada de trabalho, para que tenham o descanso necessário a fim de preservar sua saúde.

4.2 Limite semanal ou anual da jornada de trabalho no Brasil

No *Brasil* há um limite de oito horas diárias de trabalho, limite este que é reduzido para seis horas diárias no trabalho em turnos (art. 7º, incisos XIII e XIV, da CR/88).

Poder-se-ia objetar que o inciso XVI do mesmo dispositivo constitucional autoriza a realização de horas extras sem limites, ao prever apenas que a remuneração do serviço extraordinário deve ser superior,

no mínimo, em 50% à normal. Entretanto, não se deve fazer interpretações de normas de maneira isolada, e sim com a utilização do *método sistemático*, analisando todas as normas que tratam da mesma matéria no sistema jurídico, como um todo, principalmente dentro do mesmo repertório legal – tomada aqui a expressão “lei” em sentido amplo. E esta interpretação leva, sem dúvida, à conclusão de que só existe permissão para o trabalho *extraordinário* se, *ordinariamente*, forem respeitados os limites diário e semanal de duração do trabalho. Não há espaço, assim, para a exigência de horas extraordinárias “habituais” dos trabalhadores brasileiros, prática que implica manifesta afronta à norma constitucional de limitação do tempo de trabalho. A única maneira de prorrogar diariamente a jornada de trabalho, autorizada pela própria Constituição, é a permissão de compensação de horários, mediante acordo ou convênio coletivo de trabalho, facultade esta não estendida para os trabalhadores do regime de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento. É suficiente uma interpretação sistemática dos incisos XIII e XIV do art. 7º da Constituição da República de 1988 (CR/88) para se chegar a esta obviedade²¹.

Ocorre que a compensação de horários, prevista na Consolidação das Leis do Trabalho desde 1943, é apenas e tão-somente a efetuada por meio do módulo semanal. Não obstante, a *flexibilidade* que vem dominando o cenário europeu e, sobretudo, o espanhol, atravessou o Atlântico e veio aportar em terras brasileiras, porquanto o legislador brasileiro gosta muito de trasladar experiências de países europeus ao sistema jurídico nacional, quase sempre sem observar a cultura e as práticas nacionais, o que é, muitas vezes, causa do retumbante fracasso da “transposição” inadequada. Assim é que o art. 6º da Lei n. 9.601/98, em vigor desde 22 de janeiro de 1998, promoveu uma alteração do § 2º do art. 59 da CLT, que passou a permitir a *perversa compensação quadrimestral de horários*, denominada de “banco de horas”. Isso permite que o empregador exija horas suplementares aos trabalhadores, armazenando-as em um banco de dados – sem que haja disposição legal estabelecendo as regras que serão observadas para isso –, para depois compensá-las quando lhe for mais propício,

21 Em sentido contrário, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula n. 423).

visto que as negociações coletivas não têm, salvo raras exceções, fixado limites para essa prática.

Como se não bastasse, finalmente foi adotada pelo Brasil *a ainda mais perversa compensação, a anual* – anualização do tempo de trabalho –, segundo a qual o excesso de horas trabalhadas pode ser objeto de compensação no período máximo de um ano, desde que seja observado o limite máximo de dez horas diárias²². Ficou estabelecido, assim, *o cômputo anual da jornada de trabalho* também no Brasil.

Entretanto, parte da doutrina brasileira, com reflexos na jurisprudência, tem rechaçado tal instituto, porque o denominado “banco de horas”, que passou a ser objeto de negociação coletiva em diversas categorias profissionais e econômicas, se apresenta, em verdade, *como um completo desvirtuamento do instituto da compensação* aqui analisado. Permitir que o empregador exija trabalho suplementar dos empregados durante vários meses do ano, ou a faculdade de compensar a “sobrejornada” com a redução do horário de trabalho em outros dias – quase sempre da maneira que melhor lhe convier –, significa, simplesmente, *a transferência dos riscos da atividade econômica para o trabalhador*, em manifesta violação da norma de ordem pública prevista no caput do art. 2º da Consolidação. A toda evidência, o capitalista exigirá a prestação de horas suplementares nos períodos de “pico” de produção ou de vendas e as compensará nos períodos de baixa produtividade ou de escassez nas vendas.

De tudo isso resulta que o trabalhador terá duplo prejuízo com o chamado “banco de horas”: primeiro, porque prestará inúmeras horas extras ou suplementares sem receber o adicional correspondente; segundo, *porque essa prestação continuada de*

22 Por meio da Medida Provisória n. 1.709, publicada em 7 de agosto de 1998, foi novamente alterado o § 2º do art. 59 da CLT, para que ganhasse a seguinte redação: “Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias”. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 maio de 2011. A última redação deste dispositivo, idêntica à atribuída pela MP n. 1.708, foi dada pela Medida Provisória n. 2.141-41, de 24 de agosto de 2001, que teve sua vigência *indeterminada*, por força do art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 865.

horas extras ou suplementares certamente afetará a sua saúde. Não resta, portanto, alternativa que não seja a de acusar a flagrante *inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 2.164-41*, de 24 de agosto de 2001, a qual deu nova redação ao § 2º do art. 59 da CLT, para permitir o banco de horas no período de um ano. Neste sentido, Souto Maior²³ assevera que, por mais que se queira ver no “banco de horas” uma boa intenção,

[...] é irresistível considerá-lo inconstitucional, por ser um incentivo à utilização do trabalho em jornada extraordinária, contrariando o ideal maior de favorecer o pleno emprego, fixado como princípio da ordem econômica no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal.

A permissão do banco de horas vem se tratar, pois, de uma violação irresponsável da Constituição pelo Governo, tanto à norma particular a respeito da compensação (semanal) como aos princípios que são a base da sociedade brasileira, porque se não há dignidade da pessoa humana trabalhadora, se não há respeito a seus direitos laborais mínimos, tudo está perdido: *não há dignidade, vida ou liberdade que se respeite.*

Em definitivo, há rigorosos limites diários à jornada de trabalho no Brasil, estampados na Constituição, ainda que, na prática, os empresários brasileiros não cumpram a normativa a respeito, com a conivência do Estado, principalmente ao não incrementar o número de auditores fiscais do trabalho, a fim de que haja uma fiscalização rigorosa das condições de labor, no que se refere ao tempo em que o trabalhador permanece no estabelecimento do empregador.

4.3 A limitação das horas extraordinárias

Igualmente, para a proteção da saúde do trabalhador torna-se imprescindível uma limitação das horas extraordinárias.

Isso porque a hora extraordinária, exatamente por sê-lo, jamais poderia ser habitual. Segundo os léxicos, extraordinário é o que

23 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTR, 2000, p. 329.

não é ordinário, ou seja, o que é “fora do comum, excepcional ou anormal”, o que é “raro, singular”, ou ainda o que “só ocorre em dadas circunstâncias, não rotineiras, imprevistas”²⁴. Daí que se verifica que a prestação de serviços em “sobrejornada” jamais poderia ser uma prática comum, que ocorre todos os dias. Muito pelo contrário, as horas extraordinárias somente poderiam ser exigidas do trabalhador na ocorrência de *situações excepcionais* que, portanto, não ocorrem no cotidiano da atividade empresarial.

Assim, *para o trabalhador* há uma motivação puramente econômica em sua realização. Entretanto, a aparente vantagem pode se tornar *muito prejudicial*, pois tal prática resulta em aumento da fadiga e da tensão no trabalho, cujas consequências mais graves podem ser a *perda*, ainda que temporária, *da saúde e da segurança dos trabalhadores*. Isso ocorre quando as horas realmente trabalhadas por semana excedem, por uma ampla margem, às quarenta e oito, havendo, assim, um uso excessivo das horas extras²⁵.

Por todo o exposto, *é imprescindível uma limitação das horas extraordinárias*. Isso porque a regulação das horas normais passa a ter pouco efeito prático quanto ao número real de horas de trabalho se não há um limite razoável para a realização das horas extras. Por certo que algumas horas extras são necessárias. No entanto, se o trabalhador efetua frequentemente muitas horas extras, isso pode virtualmente anular os efeitos das disposições legais ou negociadas sobre as horas normais de trabalho, alcançando “níveis de horas reais excessivos e prejudiciais para a saúde, a seguridade e o bem-estar dos trabalhadores”²⁶.

Na *Espanha*, existe um limite muito estrito à realização das horas extraordinárias, que “não poderá ser superior a oitenta ao ano”, de acordo com o art. 35.2 do ET. Não obstante, o próprio dispositivo citado estabelece que não se computam para estes efeitos nem as horas extraordinárias “que tenham sido compensadas mediante descanso dentro dos quatro meses seguintes à sua realização”, nem o excesso das trabalhadas para “prevenir ou reparar acidentes ou outros danos

24 FERREIRA, A. B. de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed., rev. e aum., 23. impr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 746.

25 CLERC, J.-M. *Introducción a las condiciones y el medio ambiente de trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987, pp. 122-123.

26 *Ibidem*, p. 120.

extraordinários e urgentes”, conforme o § 3º do mesmo dispositivo legal. Contudo, os casos de acidentes e danos extraordinários, bem como a realização de serviços impostergáveis, *são justamente* as hipóteses em que se deve permitir a realização das horas extraordinárias. De modo que permitir a realização de horas extraordinárias mediante sua compensação por descanso, ainda que ao longo dos quatro meses seguintes, é lançar por terra a própria limitação, *que assim não passa de retórica*.

O que ocorre é que *a própria lei retira praticamente todo o efeito da limitação anual das horas extraordinárias*, quando permite sua compensação por descanso nos quatro meses seguintes à sua realização. Por isso, Alarcón Caracuel²⁷ adverte que o limite de 80 horas extraordinárias ao ano pode desaparecer, a se considerar que a retribuição delas pode ser feita mediante compensação com descansos, e que as horas assim compensadas não são computáveis para efeito do máximo autorizado.

Definitivamente, *há mesmo um farisaísmo na legislação espanhola*, eis que estabelece um limite de 80 horas extraordinárias ao ano, mas, por outro lado, permite sua compensação por descanso no período de referência de quatro meses, e estabelece que não se computam para esses efeitos algumas situações (art. 35.5 do ET e art. 20 do RD 1561/1995, por exemplo), admitindo também a contratação de *horas complementares* sem considerá-las horas extraordinárias (art. 12.5 do ET).

Situação pior ainda existe no *Brasil*, onde não há um limite expresso à realização de horas extraordinárias. Pelo contrário, pesquisas demonstram que cerca de 25% dos trabalhadores brasileiros formais realizam horas extras frequentemente²⁸, o que é uma violação de outro direito humano fundamental – o direito ao trabalho. Com base nessa pesquisa nacional, tem-se, portanto, em um cálculo rápido, que em 31

27 ALARCÓN CARACUEL, M. R. *Tiempo de trabajo en la reforma laboral*. Relaciones Laborales, n. 17-18, 1994, p. 64.

28 Realmente impressiona o resultado da pesquisa realizada pela CUT – Central Única dos Trabalhadores –, pois que do universo total de trabalhadores, 77,8% dos entrevistados afirmam trabalhar em horas extras, o que significa afirmar que, de cada 10 trabalhadores, oito se ativam em *sobrejornada*. E desse total 25% afirmam realizar horas extras frequentemente. CUT. *Hora Extra: o que a CUT tem a dizer sobre isto*. Secretaria de Política Sindical de la CUT – Brasil. São Paulo: CUT Brasil, 2006, p. 163.

de dezembro de 2004²⁹ havia cerca de 8.000.000 de trabalhadores brasileiros *formais* trabalhando, *habitualmente*, em horas extras. Admitindo-se que cada um deles realizava uma hora extra por dia, tem-se que 1.000.000 de trabalhadores brasileiros não conseguiram emprego em 2004 porque aproximadamente oito milhões de empregados realizavam, pelo menos, uma hora extra por dia – *a cada oito trabalhadores trabalhando uma hora extra por dia*, tem-se um desempregado. Considerando-se os trabalhadores informais, os quais, *normalmente, não têm qualquer limite de jornada de trabalho*, estes números serão muito superiores.

No *Brasil*, essa violação dos limites de jornada tem sido uma prática diuturna, com o beneplácito dos sindicatos, dos inspetores do trabalho, e, porque não, da própria Justiça do Trabalho. Tanto que esta criou a tese da “sobrejornada” *habitual* para efeito de pagamento de reflexos de horas extras em outras verbas laborais³⁰. Há, então, uma *cultura nacional de horas extras*. No entanto, têm sido propostos limites para referida prática, ainda que não referendados pelo legislador.

Finalmente, se não podem ser terminantemente proibidas as horas extras, elas devem ser *limitadas ao máximo*, pois o efeito danoso que provocam à saúde dos trabalhadores é incontestável.

4.4 Limitação da jornada no trabalho noturno e em turnos de revezamento

De fato, se deve haver um limite às horas extraordinárias, a *fortiori* deve existir proibição ou limitação muito mais rigorosa no que concerne à exigência de horas extras no *período noturno e no trabalho em turnos ininterruptos de revezamento*, nos quais o desgaste físico e psíquico do trabalhador é muito mais intenso, levando a situações de fadiga.

A fadiga decorrente da alteração do *ritmo vigília-sono*

29 Foram considerados os números de 2004 porque a pesquisa da CUT foi realizada em 2005.

30 Súmula n. 347 do Tribunal Superior do Trabalho: “O cálculo do valor das horas extras habituais, para efeito de reflexos em verbas trabalhistas, observará o número de horas efetivamente prestadas e a ele aplica-se o valor do salário-hora da época do pagamento daquelas verbas”. E há inúmeras súmulas e orientações jurisprudenciais do TST que fazem menção a horas extras “habituais”.

ocorre porque os seres humanos, em sua grande maioria, têm atividades durante o período diurno, enquanto durante o período noturno apresentam uma maior disposição para o repouso (sono), inclusive por causa das alterações de sua temperatura corporal. Por isso, nem todos os trabalhadores se adaptam ao trabalho noturno, pois as mudanças no modelo já referido normalmente levam a alterações de comportamento, principalmente em relação ao sono, o que se torna um fator de risco para o aumento de acidentes e para as doenças do trabalho.

Estudos recentes, com avaliações por meio de polissonografia, demonstram que *os trabalhadores em turnos de revezamento têm uma redução de duas horas ou mais por dia no tempo total de sono*³¹.

Na *Espanha*, o art. 36.1 do ET diz que “se considera trabalho noturno o realizado entre as dez da noite e as seis da manhã”, estabelecendo que o empregador que recorra regularmente à realização de trabalho noturno deverá informá-lo à autoridade trabalhista. No entanto, a norma mais importante, no que se refere à saúde dos trabalhadores, é a que disciplina que “a jornada de trabalho dos trabalhadores noturnos não poderá exceder de oito horas diárias, em média, em um período de referência de quinze dias”, e, ainda mais, que “ditos trabalhadores não poderão realizar horas extraordinárias” (segundo parágrafo do art. 36.1 do ET).

Ocorre que as limitações impostas pelo art. 36.1 do ET acabam por perder grande parte do efeito protetivo diante das exceções introduzidas pelo art. 32 do RD 1561/1995. Este dispositivo legal traz *exceções aos limites de jornada dos trabalhadores noturnos*, permitindo a realização de horas extraordinárias ou a ampliação do período de referência de quinze dias previsto no § 1º do art. 36 do ET, nos casos ali previstos, *incluindo o trabalho em turnos de revezamento*, em caso de irregularidades no revezamento dos turnos por causas não imputáveis à empresa. Isso se trata, em verdade, de *uma permissão que desnaturaliza a norma protetiva do art. 36.1 do ET*.

No Brasil é ainda pior, eis que não há limitação de jornada para os trabalhadores noturnos, nem sequer proibição de horas

31DE MELO, M. T.; SANTOS, E. H. R.; TUFICK, S. *Acidentes automobilísticos, direção e sonolência excessiva*. Coletânea de textos técnicos. V. 1. In: Seminário em ergonomia e qualidade de vida no setor de transportes. Brasília: Confederação Nacional dos Transportes, Sistema SEST/SENAT, 2007, pp. 14-15.

extraordinárias para esses trabalhadores.

Com efeito, seria muito mais benéfico aos trabalhadores que o ordenamento jurídico brasileiro contivesse norma como a do art. 36.1 do ET espanhol, fixando um limite de oito horas diárias para os trabalhadores noturnos, bem como a proibição da realização de horas extras por eles, em lugar de ficções legais que somente burocratizam as relações laborais, como as dos §§ 2º e 5º do art. 73 da CLT.

No que se refere ao *trabalho em turnos*, não há, na Espanha, uma normatização suficiente sobre essa matéria, até porque se permite a redução do descanso entre jornadas para até sete horas, quando do revezamento dos turnos (art. 19.2 do citado RD 1561/1995). Ainda que se devam compensar as horas trabalhadas no período de descanso diário de doze horas nos dias imediatamente seguintes, trata-se de outra norma que *põe por terra a norma de proteção excepcionada*. De modo que o empregador deveria ser estimulado a contratar mais equipes de trabalho e não ser autorizado a utilizar o trabalho de seus empregados nos períodos mínimos de descanso ou no momento das trocas de turnos, em manifesta violação ao direito fundamental à saúde no trabalho.

No *Brasil*, como já mencionado, a Constituição de 1988 limitou a jornada de trabalho a *seis horas diárias* para quem trabalha em regime de turnos, de acordo com o art. 7º, inciso XIV. Essa limitação se faz necessária porque a mais importante medida de promoção da saúde para quem trabalha nesse regime é a concernente à redução ou limitação do tempo de trabalho. Não obstante, a jornada de seis horas para o trabalho em turnos de revezamento não foi fixada como limite insuperável, posto que se adicionou a expressão “salvo negociação coletiva”. De modo que a doutrina e a jurisprudência brasileiras, admitindo a flexibilização do tempo de trabalho neste caso, sempre acatou acordos e convenções coletivas que estipulam jornadas superiores a seis horas diárias no trabalho em regime de turnos.

Não obstante, penso que, numa interpretação sistemática dos incisos XIII e XIV do art. 7º da CR/1988, a conclusão é a de que nem sequer se admite compensação de horários mediante negociação coletiva neste sistema de trabalho – também com base numa interpretação teleológica, diante dos malefícios à saúde e à vida familiar e social do trabalhador, como já apontado. Mais recentemente, a jurisprudência tem mitigado aquela interpretação extensiva, para exigir uma contrapartida do empresário para que seja possível o incremento da jornada no trabalho em turnos de revezamento, levando em

consideração os prejuízos à saúde laboral proporcionados por esse sistema de trabalho. E ainda tem admitido a limitação de jornada (seis horas diárias) para os trabalhadores que não trabalham nas 24 horas do dia, mas apenas em dois ou três turnos, de oito ou seis horas, respectivamente.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, tem-se que os *períodos de descanso* diário, semanal e anual, e as pausas intrajornadas, são, ainda, a *retaguarda da defesa da dignidade do trabalhador* na temática da limitação do tempo de trabalho, com vistas à proteção da saúde laboral. Por isso, a OIT advertia, já no final da década de 1980, que é essencial organizar o tempo de trabalho de modo que o trabalhador disponha de períodos suficientes de descanso, a fim de garantir sua segurança, sua saúde e seu bem-estar, propugnando por pausas mais longas para as refeições, bem como por um descanso diário e semanal.

Não obstante, tanto as diretivas comunitárias quanto a legislação espanhola *não têm dado a devida importância às pausas intrajornada*, estabelecendo um período de descanso de duração de apenas quinze minutos, via de regra, e somente para as jornadas superiores a seis horas diárias, tempo absolutamente insuficiente para a finalidade a que se destina o período de descanso referido. Por isso, sustenta-se que *no Brasil há uma condição mais favorável, no que se refere ao descanso intrajornada*, pois que os trabalhadores brasileiros têm direito a uma pausa de quinze minutos nas jornadas superiores a quatro horas, e de uma hora nas jornadas cuja duração exceda de seis horas diárias (art. 71, § 1º, da CLT). No que se refere aos descansos diários e semanais, não há diferença significativa entre os sistemas jurídicos brasileiro e espanhol (arts. 34.3 e 37.1 do ET; arts. 66 e 67 da CLT). Destaca-se, apenas, que o art. 37.1 do ET permite o acúmulo do tempo de descanso semanal por períodos de até quatorze dias, o que se mostra um risco grave à saúde e segurança dos trabalhadores. Finalmente, *as férias anuais remuneradas*, que permitem ao trabalhador eliminar as toxinas acumuladas ao longo do ano de trabalho, também encontram normativa similar na Espanha e no Brasil. Assim é que, em geral, em ambos os países a duração das férias anuais é de trinta dias (art. 38.1 do ET; arts. 129 e 130 da CLT), não sendo possível a compensação econômica de mencionadas férias, ante *sua finalidade*

principal, que é a proteção à saúde do trabalhador.

A conclusão, pois, em modo de síntese, é a de que *a limitação do tempo de trabalho* deve ser vista não somente como uma medida de organização do trabalho, senão também – e principalmente – como uma *forma eficaz de garantir a saúde do trabalhador*, que é um direito humano fundamental e condição necessária para o desfrute de outros direitos fundamentais assegurados pelo positivismo estatal. Para que isto seja de fato realizado, mister que os governos e os empregadores entendam que *a saúde do trabalhador é um bem jurídico imprescindível à propagada dignidade humana*, estando, assim, acima dos direitos fundamentais dos empresários.

Em definitivo, *faz-se necessário implantar uma cultura de solidariedade*, de modo que a liberdade empresarial e a busca de lucro inerente ao capitalismo encontrem freio quando se esteja diante de bens cuja satisfação compreenda o rol das necessidades básicas do ser humano, como é o caso *da saúde dos trabalhadores*. Em suma, se o séc. XIX foi o século do capitalismo e o séc. XX o do socialismo (de certa forma, pelo menos nos Estados de bem-estar social), *é necessário que o séc. XXI seja o século do solidarismo*, o único capaz de propiciar uma nova sociedade, em que os direitos humanos sejam respeitados e se construa uma nova humanidade.

3 MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO. PRINCÍPIOS NORTEADORES DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de
Campinas (15ª Região)
Doutora pela Universidade de São Paulo (USP)

Daniel Gemignani

Auditor Fiscal do Ministério do Trabalho.
Mestre em Direito pela UFPE.

A vida é curta demais para ser pequena
Benjamin Disraeli

*...a vida líquida é uma vida precária, vivida em
condições e incerteza constante, em que há
envelhecimento rápido, obsolescência quase
instantânea e veloz rotatividade.*
Zygmunt Bauman

RESUMO: Num mundo pautado pela *lógica do descarte*, que assim tenta enquadrar o próprio ser humano, surge a questão do meio ambiente de trabalho. Neste contexto é preciso que o binômio dever ser/sanção, que estruturou o sistema jurídico da modernidade, passe a revestir-se de uma nova conotação,

incorporando os princípios da precaução e prevenção como norte de um novo padrão normativo, a fim de manter sua eficácia na contemporaneidade e resguardar a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas postos pela Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Meio ambiente do trabalho. Princípios da precaução e da prevenção. Inversão do ônus da prova.

Sumário:

1. Introdução
2. A lógica do descarte
3. Repristinção da questão social ?
4. As consequencias
5. A função promocional do Direito
6. O princípio da precaução e o princípio da prevenção
7. Da responsabilidade. Teoria da menor desconsideração
8. Do ônus da prova
9. A edificação de um novo padrão normativo trabalhista
10. A importância da perspectiva preventiva
11. A atuação proativa do Poder Judiciário. A experiência de Cuiabá
12. Conclusão
13. Referências Bibliográficas

ABSTRACT: In a world ruled by the logic of disposal, which just tries to reduce the human being's dignity, a new social issue arises, marked by hard controversy regarding the safety, health and physical integrity of the employee in the work environment. In this context it is necessary that the binomial legal obligation/punishments, which structured the legal system of the modernity, shall be used with new meanings, including the principles of precaution and prevention, as the main directions of a new normative standard, in order to maintain its enforcement in contemporary moment and assure the effectiveness of fundamental labour rights, set forth by the 1988 Brazilian Constitution.

KEYWORDS: Fundamental rights. Work environment. Principles of precaution and prevention. Reversal of the burden of proof.

I. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico da modernidade foi edificado sob o binômio dever ser/sanção. As normas de conduta estabelecem determinados comportamentos. Se violados, ensejam a aplicação de certa penalidade. O Estado-juíz atua somente quando provocado, em caso de ameaça concreta ou após a ocorrência de lesão.

A intensificação do conflito social, que marcou as últimas décadas, veio demonstrar que isso não era suficiente para que o Direito pudesse cumprir seu objetivo de dirimir conflitos e obter a pacificação social com justiça.

Nestes tempos de sociedade líquida, como define o sociólogo Zygmunt Bauman, a estratégia de obsolescência programática, que num primeiro momento foi engendrada para estimular a atividade econômica, chegou a um impasse.

Com efeito, o que se convencionou denominar “obsolescência programada” surgiu como alternativa na primeira metade do século passado, visando estimular a atividade industrial para superar a grande depressão causada pelo *crash* de 1929. Consistia na prática de reduzir a vida útil dos equipamentos para poder vender mais e, assim, impulsionar a retomada econômica. Com o tempo, consertar o que estava quebrado ficou tão caro, que era melhor jogar fora e comprar um novo. Jogar fora o *velho* produto e comprar a última novidade tecnológica devia ser estimulado, porque se as pessoas continuassem a comprar, a atividade econômica permaneceria aquecida e todos teriam emprego.

Entretanto, a intensificação deste processo de troca do *velho* (embora ainda passível de conserto) pelo novo, também levou ao desperdício de grandes quantidades de matéria-prima, água e energia, não só das utilizadas na produção dos que estão sendo *jogados fora*, mas também dos que são freneticamente produzidos para durar pouco, o que vem causando sérias preocupações quanto ao esgotamento dos bens da natureza, provocando danos ao ecossistema e ao meio ambiente, e comprometendo as condições de vida das próximas gerações.

Neste sentido o documento intitulado *O futuro que queremos*, recentemente divulgado pela Organização das Nações Unidas (ONU)¹, chama a atenção para a importância de uma governança ambiental, diretriz que serve de referência também para o ambiente onde o trabalhador passa grande parte de sua vida produtiva.

1 www.onu.org.br

Mas não é só.

Esse “*modus operandi*” marcado pela *lógica do descartes*, calcado na ideia matriz de que tudo tem que ser substituído rapidamente, vem gerando uma mentalidade que passou a ser aplicada também em relação à própria pessoa do trabalhador, sua segurança, saúde, integridade física e mental.

Este artigo se propõe a examinar tais questões, focando a análise em seus desdobramentos no meio ambiente de trabalho e os efeitos que provoca na formação de um novo padrão normativo.

2. A LÓGICA DO DESCARTE

O intercâmbio comercial trouxe muitos benefícios para a humanidade. A troca de produtos, serviços e informações sempre se constituiu num importante motor de desenvolvimento.

Entretanto, na contemporaneidade, a *lógica da compra/venda* passou a monitorar os demais atos da nossa vida, aniquilando o conceito de valor e substituindo-o pela ideia de preço. Assim, pouco importa o valor, basta saber qual é o preço.

O mais assustador é que essa mentalidade vem sendo aplicada também ao ser humano, destituindo-o da condição de sujeito e transformando-o num objeto passível de troca, cujo “preço” é aferido pela possibilidade “de uso”.

Nesta toada, pouca importância se dá às condições de segurança e saúde no meio ambiente de trabalho pois, quando um trabalhador fica incapacitado, é mais fácil descartá-lo e substituí-lo por um *novo*.

Se durante todo o século XX lutamos bravamente para impedir que o trabalho fosse reduzido a situação de mercadoria, no início deste novo século nosso desafio é maior ainda: impedir que a própria pessoa do trabalhador seja reduzida à condição de mercadoria, num momento em que a descoberta de novas tecnologias e a exigência de intensificação dos ritmos das tarefas tem precarizado o meio ambiente de trabalho, aumentando os acidentes e provocando o surgimento de novas doenças.²

2 *Exempli gratia*, os riscos ergonômicos - hoje tratados pela Norma Regulamentadora nº 17 e seus anexos, com redação dada pela Portaria MTPS n.º 3.751, de 23 de novembro de 1990 - e as doenças ocupacionais, cuja constatação vem recebendo maior atenção, principalmente após a implantação do Nexo Técnico Epidemiológico - NTEP, pela Previdência Social. Esses temas serão tratados ao longo de todo o texto.

Neste contexto, se revelam cada vez mais insuficientes as singelas respostas até hoje oferecidas, seja a consistente no pagamento de um adicional pela prestação laboral em condições de insalubridade e periculosidade, seguida de um rápido “descarte” do ser humano quando perde seu “uso”, seja a sedimentação da que se pode denominar “cultura do Equipamento de Proteção Individual (EPI)”, que a transfere ao empregado do ônus de se proteger dos riscos ambientais como algo natural, ao invés da adoção de equipamentos de proteção coletivo, os denominados EPC, ou de modificações na organização do trabalho, de modo que o meio ambiente de trabalho seja adequado ao ser humano, que despende lá importante parte de seu tempo de vida³

3. REPRISTINAÇÃO DA QUESTÃO SOCIAL?

A chamada *questão social* começou a aflorar com maior intensidade em meados do século XIX, em decorrência das penosas e adversas condições de trabalho, que provocavam lesões cuja reparação não encontrava resposta no direito comum.

A necessidade de construir um novo direito que olhasse além das teóricas categorias jurídicas codificadas, prestasse mais atenção à realidade da vida e dos fatos cotidianos, teve que percorrer um longo caminho até conseguir a edificação de uma nova base axiológica, que lhe desse suporte para a autonomia, tarefa para a qual, na América do Sul, tanto Cesarino Junior⁴ quanto Américo Plá Rodriguez⁵ contribuíram de forma significativa para a consolidação do Direito do Trabalho como ramo autônomo, regido por conceitos próprios, assim passando a regular o mundo peculiar das relações trabalhistas.

3 A crítica à sedimentação da mencionada “cultura do EPI” é tema dos mais interessantes em matéria de meio ambiente do trabalho. Imagina-se que capacetes, máscaras e macacões sejam métodos de proteção do trabalhador. Nada mais equivocado. A questão da proteção do trabalhador deve ser guiada, precipuamente, pela eliminação dos fatores de risco de forma coletiva - seja por meio de EPC ou por modificações na organização do trabalho -, sem empurrar a quem labora, além dos seus afazeres, os riscos e a responsabilidade de inevitáveis lesões. Trata-se, logicamente, da imputação dos riscos da atividade produtiva a quem dela se beneficia, sem transferi-los para o trabalhador.

4 Cesarino Junior, Antonio Ferreira. Direito Social Brasileiro, 1ª edição, 1940.

5 Plá Rodriguez, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora LTr, 3ª edição, 2004 .

Entretanto, as décadas finais do século XX registraram mudanças significativas, inclusive na maneira de trabalhar e na organização dos núcleos produtivos. A grande fábrica fordista deu lugar a conglomerados autônomos, marcados por atuação interrelacionada e pela intensificação do ritmo de trabalho.

A utilização do telefone celular e do computador transformaram as ferramentas de trabalho, aumentando as horas à disposição do empregador e invadindo os tempos da vida privada, criando de maneira camuflada e sub-reptícia novas formas de servidão.

O estímulo à atividade econômica, mediante a generosa concessão de financiamentos por longo prazo, veio formatar aquilo que o sociólogo Zygmunt Bauman⁶ define como vida à crédito. Explica que antes, na sociedade dos produtores, o “adiamento da satisfação costumava assegurar a durabilidade do esforço do trabalho”, por isso era preciso sacrificar o presente para poder gozar no futuro. Hoje, na sociedade dos consumidores, é preciso garantir a “durabilidade do desejo”, gozar acelerada e exaustivamente o presente, vivendo “de crédito”, cuja amortização se dará posteriormente, obrigando o ser humano a trabalhar intensamente para poder pagar o extenso rol dos débitos que assumiu, na pretensa satisfação de desejos que nunca terminam, gerando novas situações de servidão, que vão formar o caldo de cultura para o ressurgimento da questão social.

Embora se apresente com nova roupagem, na verdade o que ocorre é uma reprimatização da questão social do século passado, que volta com força ante a dimensão da lesão que se avizinha, exigindo novas formas de proteção jurídica para evitar que o estado de constante servidão transforme o ser humano num objeto descartável.

Ao lado de um movimento de ascensão do individualismo, marcado pelo mote nietzschiano⁷ “devo completar-me de mim mesmo”, e de rejeição do solidarismo, que tem reduzido a participação dos trabalhadores na vida sindical, observa-se uma preocupante intensificação das macro lesões, notadamente no meio ambiente de trabalho, trazendo para o foco da discussão a questão dos direitos difusos,

6 Bauman, Zygmunt. Modernidade líquida - tradução Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, páginas 183 e seguintes, 2001.

7 Nietzsche, Friedrich Wilhelm. Assim falava Zaratustra - tradução Ciro Mioranza- São Paulo: Editora Escal, pag.147.

coletivos e individuais homogêneos, colocando em cheque o modelo de acesso à Justiça pela categorização de interesses e direitos.

Por isso Cássio Scarpinella Bueno⁸ chama atenção para a necessidade de aprimorar, ampliar e otimizar a eficiência do acesso coletivo à Justiça, superando a baliza da categorização. Ressalta que:

“[...] os direitos e interesses difusos, tanto quanto os coletivos e os individuais homogêneos, não são classes ou tipos de direitos preconcebidos ou estanques, não interpenetráveis ou relacionáveis entre si. São - é esta a única forma de entender, para aplicar escorreitamente a classificação feita pela lei brasileira - formas preconcebidas, verdadeiros modelos apriorísticos, que justificam, na visão abstrata do legislador, a necessidade da tutela jurisdicional coletiva. Não devem ser interpretados, contudo, como realidades excludentes umas das outras, mas, bem diferentemente, como complementares.”

O meio ambiente de trabalho, pela dimensão e importância que apresenta, congrega direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja análise deve ser feita sob a perspectiva constitucional.

Com efeito, a constitucionalização dos direitos trabalhistas é a resposta que vem sendo apresentada pelo sistema normativo à nova questão social surgida na contemporaneidade, apontando para a edificação de um novo padrão axiológico, que a doutrina vem sedimentando na aplicação dos direitos fundamentais também às relações entre particulares, superando o antigo modelo que os restringia às relações do cidadão com o Estado.

Conforme já ressaltamos em outro artigo⁹, uma “das

8 Bueno, Cássio Scarpinella. *Tutela Coletiva em Juízo: uma reflexão sobre a alteração proposta para o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC* in Revista do Advogado n.114 - dezembro de 2011 - págs 18 a 30

9 Sobre o tema conferir GEMIGNANI, Daniel e GEMIGNANI, Tereza A. A. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n.º. 35, julho/dezembro. Campinas. 2009- pag 70

características mais expressivas da pós-modernidade, que marca a época contemporânea, é a intensificação das relações de poder entre os particulares”. Num momento de fragilidade das instituições, o sistemático descumprimento da lei causado pelo descrédito em sua atuação coercitiva, tem acirrado as disputas de poder nas relações privadas, entre as quais as trabalhistas”. Quando se trata de meio ambiente de trabalho, essa relação entre particulares se reveste de especial importância, porque gera efeitos ainda mais amplos, em decorrência das consequências que pode provocar em seu entorno social.

4. AS CONSEQUÊNCIAS

O direito de trabalhar num ambiente saudável e seguro, disposto no inciso XXII do artigo 7º da Constituição Federal ao garantir a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, alberga direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Além disso se reveste de inequívoca **socialidade**, por ser evidente o predomínio do interesse social sobre o meramente individual, assim ensejando a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, função social da empresa e função social da propriedade, pois os efeitos provocados não atingem apenas as pessoas dos contratantes, de modo que se revela insuficiente a alternativa de apenas pagar um adicional (de insalubridade ou periculosidade) ao invés de melhorar, de forma efetiva, as condições do meio ambiente do trabalho.

O trabalhador acidentado, “descartado do processo produtivo”, vai engrossar a legião dos excluídos, passando a ser sustentado pela previdência, num momento em que o modelo conhecido como *Estado do bem estar social* se desintegra a olhos vistos.

Neste contexto, qual a função do Direito?

5- A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO

Como bem ressaltou Norberto Bobbio¹⁰

10 Bobbio, Norberto. A era dos direitos - Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, pág. 25, 1992.

“[...] não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para **garanti-los**, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”

Assim sendo, em relação ao meio ambiente de trabalho, o direito contemporâneo não pode esgotar sua capacidade de atuação apenas na apresentação de resposta às situações de ameaça concreta, ou na função reparatória da lesão já ocorrida. A intensificação da função promocional do Direito e o estímulo à atuação preventiva mais abrangente se tornam cada vez mais importantes.

Em relação ao trabalhador, assegurar meio ambiente de trabalho seguro e saudável evita lesões incapacitantes ainda na idade produtiva, diminuindo os custos da previdência social com afastamentos por doenças e aposentadorias precoces.

Também evita inegável dano à sociedade, pois um trabalhador acidentado ou doente, que é “encostado”, leva para a exclusão social toda sua família. A queda da renda prejudica os filhos, que têm sua formação profissional comprometida, porque precisam entrar mais cedo no mercado de trabalho, a fim de contribuir para o próprio sustento.

A intensificação do ritmo das obras de construção civil, *exempli gratia* as premidas pelos curtos prazos de entrega e conclusão em virtude da Copa do Mundo, a ser realizada no Brasil em 2014, vem delinear um quadro preocupante, pois leva à inequívoca precarização das regras de segurança, o que pode aumentar, e muito, o número de acidentados e doenças profissionais.

Portanto, é chegado o momento de ponderar que, para garantir meio ambiente saudável e equilibrado no local de trabalho não basta efetuar pagamentos por danos já ocorridos, cujos efeitos via de regra são irreversíveis e a *restitutio in integrum* impossível. É preciso **agir antes**. Nesta perspectiva, as ideias de precaução e prevenção entram no ordenamento como princípios reitores da edificação de um novo modelo de normatividade, pois tem o escopo de **evitar que o dano ocorra**.

Apesar de já ter adotado uma Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), o Brasil ainda não ratificou a

Convenção nº 187 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê a adoção de medidas mais efetivas para preservação da segurança e saúde, por constatar que a maioria dos danos ambientais de grande proporção está relacionada ao desempenho de uma atividade econômica e exercício de um trabalho.

No entanto a Convenção 155 da OIT, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, foi aprovada pelo Brasil (Decreto-Legislativo n. 2/1992 e Decreto n. 1.254/1994). O disposto em seu artigo 3º, alínea “e”, estabelece que a saúde não pode ser definida apenas como “ausência de doenças”, abrangendo também os “elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e higiene no trabalho”. Em seu artigo 4º, item 2, determina que a política estatal deve ser direcionada para

“[...] **prevenir** os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, **reduzindo** ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as **causas dos riscos** inerentes ao meio ambiente de trabalho. (g.n.)

A Convenção 161 da OIT, também aprovada pelo Brasil (Decreto-Legislativo 86/1989 e Decreto n. 127/1991), caminha neste mesmo sentido, ao priorizar em seu artigo 1º, I e II as **funções essencialmente preventivas** dos serviços de saúde no trabalho, que devem orientar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa sobre os

“I. requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho”;

“II. a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental”

Assim, o antigo critério de limitar a atuação da norma à exigibilidade do pagamento de um adicional pela precarização das condições de saúde e segurança, provocada pela prestação laboral em condições adversas de insalubridade e periculosidade, a execrada *monetização do risco*, não pode mais subsistir.

Desde o julgamento do RE 466.343-SP, o STF vem adotando as razões de decidir exaradas no voto do Ministro Gilmar Mendes, apontando para uma nova hermenêutica no sentido de que, em conformidade com o disposto no parágrafo 2º, do artigo 5º, da CF/88, os preceitos internacionais ratificados pelo Brasil antes da EC 45 entram no ordenamento jurídico nacional como norma supralegal.

Portanto, a alusão à “lesão ou ameaça de direito”, constante do inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, no que se refere ao meio ambiente de trabalho, deve ser interpretada sob a ótica de uma nova mentalidade. Ao invés da atuação restritiva, como resposta a ameaça concreta ou lesão já consumada, deve prioritariamente evitar a ocorrência da lesão, diretriz calcada nos princípios da precaução e da prevenção, que passam a ser aplicados e ter efeitos irradiantes também no direito trabalhista.

Neste sentido a reflexão de Norma Sueli Padilha¹¹, ao ressaltar que

“[...] quando a Constituição Federal, em seu art. 225, fala em *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, está mencionando todos os aspectos do meio ambiente. E, ao dispor, ainda, que o homem para encontrar uma *sadia qualidade de vida* necessita viver neste ambiente ecologicamente equilibrado, tornou obrigatória também a proteção do ambiente no qual o homem, normalmente, passa a maior parte de sua vida produtiva, qual seja, o do trabalho.”

A leitura da matriz constitucional deve atentar para os novos tempos vividos neste início de século, em que a “economia capitalista produz uma enorme instabilidade, que ela é incapaz de dominar e

11 Padilha, Norma Sueli. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. São Paulo: Editora LTR, pág. 32, 2002.

controlar... e muito menos de evitar, assim como é incapaz de corrigir os danos perpetrados por essas catástrofes”, como alerta Zygmunt Bauman¹², o que gera efeitos relevantes quando se trata de saúde e segurança no trabalho.

6. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO.

Tanto o princípio da precaução, como o da prevenção, atuaram decisivamente na formação do direito ambiental. Com o tempo a doutrina, que os reputava sinônimos, evoluiu no sentido de constatar e demonstrar que se tratavam de conceitos distintos.

Explica Germana Parente Neiva Belchior¹³ que o princípio da prevenção exsurge expressamente do constante dos incisos II, III, IV e V do parágrafo 1º do artigo 225 da CF/88. Consiste na adoção antecipada de medidas definidas que possam evitar a ocorrência de um dano provável, numa determinada situação, reduzindo ou eliminando suas causas, quando se tem conhecimento de um risco concreto.

Já o princípio da precaução consiste na adoção antecipada de medidas amplas, que possam evitar a ocorrência de possível ameaça à saúde e segurança. Aponta para a necessidade de comportamento cuidadoso, marcado pelo bom senso, de abrangência ampla, direcionado para a redução ou eliminação das situações adversas à saúde e segurança.

Assim, enquanto o princípio da prevenção tem o escopo de evitar determinados riscos, o princípio da precaução aponta para a adoção de condutas acautelatórias gerais, considerando o risco abstrato e potencial como esclarece Paulo Affonso Leme Machado¹⁴

Cristiane Derani¹⁵ ressalta que a aplicação do princípio da

¹² Bauman, Zygmunt. Vida à crédito - conversas com Citlali Rovirosa Madrazo - Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010.

¹³ Neiva Belchior, Germana Parente. Hermenêutica Jurídica Ambiental. São Paulo: Editora Saraiva, páginas 208 e seguintes, 2011.

¹⁴ Leme Machado, Paulo Affonso. Direito Ambiental Brasileiro. Malheiros Editores, páginas 65 e seguintes, 2006.

¹⁵ Derani, Cristiane. Direito Ambiental Econômico. Editora Saraiva, 3ª edição, págs. 149 a 152, 2008.

precaução objetiva “garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo” e, por isso, antecede a sua manifestação. É um comportamento de cautela, que visa precaver-se para evitar um possível risco, ainda que indefinido, procurando reduzir o “potencial danoso oriundo do conjunto de atividade”. Precaução é atitude de cuidado, *in dubio pro securitate*, que assim surgiu como linha mestra do direito ambiental, cuja aplicação passa a ter importância cada vez maior, inclusive em se tratando de meio ambiente do trabalho, notadamente após a promulgação do Código Civil de 2002, que no parágrafo único do artigo 927 agasalhou a teoria do risco na fixação da responsabilidade objetiva.

Marcelo Abelha Rodrigues¹⁶ esclarece que, enquanto “a prevenção relaciona-se com a adoção de medidas que corrijam ou evitem danos previsíveis, a precaução também age prevenindo, mas antes disso, evita-se o próprio risco ainda imprevisito”.

Neste contexto se torna imprescindível proceder à leitura constitucional dos preceitos, como enfatiza José Afonso da Silva¹⁷, de modo que tais princípios encontram fértil campo de aplicação também no meio ambiente de trabalho. O empregador que deixa de garanti-lo em condições equilibradas de saúde e segurança viola também o princípio da boa fé objetiva e desatende à função social do contrato de trabalho, cujos efeitos vão muito além da pessoa dos contratantes, atingindo o entorno social em que estão envolvidos.

Em escala mundial, o desafio de se criar uma “economia verde”, eleito pela ONU como tema central da Rio + 20, está imbricado com o meio ambiente de trabalho, por implicar na adoção de um novo tipo de sistema produtivo, marcado pela eficiência no uso dos recursos naturais e garantia de inclusão social pelo solidarismo, a fim de construir um modelo de desenvolvimento sustentável para todos.

O tema é abordado pelo Programa das Nações Unidas para o meio ambiente (Pnuma) desde 2008, quando foi lançada a iniciativa para uma economia verde, questão que notoriamente espraia seus efeitos para as relações trabalhistas.

Isto porque a preservação do meio ambiente, incluído o do

16 Rodrigues, Marcelo Abelha. Elementos de Direito Ambiental - parte geral. Editora Revista dos Tribunais, pág. 207, 2005.

17 Afonso da Silva, José. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 6ª edição, pág. 22, 2007.

trabalho, exerce forte influência na quantificação do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano), cuja aferição considera, além da média de desenvolvimento, as diferenças nos indicadores de renda, educação e saúde entre a população. O relatório divulgado em novembro de 2011 pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) mostra o Brasil em 84º entre 187 nações¹⁸, marca que não se revela aceitável.

7. DA RESPONSABILIDADE. TEORIA DA MENOR DESCONSIDERAÇÃO

No que se refere à responsabilidade é necessário tecer algumas reflexões.

O artigo 50 do Código Civil de 2002 adotou a *teoria da maior desconsideração*, que admite a desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso, assim considerado quando há desvio de finalidade ou confusão patrimonial, imputando à pessoa física dos sócios a responsabilidade pelos débitos inadimplidos da pessoa jurídica.

Nestes casos haverá desvio de finalidade quando a personalidade jurídica for utilizada com fins diversos daqueles para os quais foi constituída. A confusão patrimonial ocorrerá quando houver dificuldade para saber de quem é determinado patrimônio, se do sócio ou da empresa, quando aquele se utiliza reiteradamente do patrimônio desta, sem haver qualquer tipo de controle.

Importante registrar que critério inverso vem sendo adotado em situações contrárias. Há decisões recentes aplicando a teoria inversa de desconsideração¹⁹, também com fundamento no artigo 50 do Código Civil, atribuindo à pessoa jurídica a responsabilidade pela quitação dos débitos contraídos pela pessoa física, a fim de impedir o desvirtuamento de bens em prejuízo do credor.

O direito ambiental também aplica a desconsideração da personalidade jurídica, inclusive quanto ao critério inverso, mas vem trilhando outra vertente, para tanto aplicando a *teoria da menor*

18 www.pnud.org.br

19 A tese foi levantada, primeiramente, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 33.453/01 de relatoria do desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP).

desconsideração explicitada no artigo 4º da Lei 9.605/1998, estabelecendo que poderá “ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”, ou seja, independentemente de ter ocorrido abuso, conceito que encontra guarida nas questões afetas ao meio ambiente de trabalho. Destarte, a imputação de responsabilidade ocorre de forma mais ampla, tendo em vista a importância do bem jurídico tutelado.

8. DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova pode decorrer de lei (*ope legis*), ou de determinação judicial (*ope judicis*). A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando seu comportamento processual conforme o ônus atribuído a cada uma delas (aspecto subjetivo).

A diretriz, até então adotada de forma majoritária, no sentido de que a inversão *ope judicis* ocorreria por ocasião do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo Tribunal (acórdão), vem sendo cada vez mais questionada, pois o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), que assim atuam na fase de instrução

Previsão neste sentido consta do art. 358 parágrafo 1º do novo Projeto de Código de Processo Civil - PL 166/2010

Em julgamento proferido no Resp 802832/MG- Recurso Especial 2005/0203865-3 -STJ 2ª Seção- 13/04/2011- publicado DJE 21/09/2011, o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino- ressaltou ser preciso estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova:

Quando *ope legis*, a própria lei, atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica, excepciona a regra geral de distribuição do ônus da prova estabelecido nos artigos 818 da CLT e 333 do CPC. Nessas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador e, naturalmente, as

partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.

Quando *ope judicis*, ou seja, a inversão decorre da determinação do magistrado, a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução nas questões afetas ao meio ambiente de trabalho respalda a inversão do ônus e sua imputação ao empregador, não só porque é ele quem tem maior aptidão para produzir a prova, mas também porque cabe a ele a adoção e a efetiva implementação das condutas de prevenção e precaução.

Nestes casos, qual o momento processual mais adequado para que o juiz, verificando a presença dos pressupostos legais, determine e inversão da distribuição do ônus probatório?

Não se desconhece que as normas relativas ao ônus da prova constituem, também, regra de julgamento, a fim de evitar o *non liquet*, pois as consequências da falta de comprovação de fato ou circunstância relevante para o julgamento da causa devem, quando da decisão, ser atribuídas à parte a quem incumbia o ônus da sua prova. Trata-se do aspecto **objetivo** do ônus da prova, que é dirigido ao juiz.

No entanto o aspecto **subjetivo** da distribuição do ônus da prova mostra-se igualmente relevante norteando, como uma verdadeira bússola, o comportamento processual das partes. Com efeito, participará da instrução probatória com maior empenho a parte sobre a qual recai o encargo probatório de determinado fato controvertido no processo. Portanto, como a distribuição do encargo probatório influi decisivamente na conduta processual das partes, elas devem ter exata ciência do ônus atribuído a cada uma delas para que possam, com vigor e intensidade, produzir oportunamente as provas que entenderem necessárias. Portanto, como o empregador é o responsável por adotar condutas de precaução e prevenção para garantir meio ambiente de trabalho seguro, detém melhor aptidão para a produção da prova, de modo que quando a inversão se opera *ope judicis*, assim deve ser explicitado pelo juiz na fase de instrução, a fim de conferir maior certeza às partes acerca dos seus encargos processuais, preservando o devido processo legal e evitando a insegurança jurídica.

9.A EDIFICAÇÃO DE UM NOVO PADRÃO NORMATIVO TRABALHISTA.

Além do artigo 5º já ter incluído no sistema as convenções internacionais que tratam do meio ambiente do trabalho, os artigos 6º e 7º, inciso XXII, considerarem a saúde e a redução dos riscos inerentes ao trabalho como direito fundamental, a Constituição Federal do Brasil estabeleceu no inciso VIII, do artigo 200, que ao sistema único de saúde compete colaborar na proteção do meio ambiente “nele compreendido o do trabalho”, enquanto o artigo 225 atribui a todos o direito ao meio ambiente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, assim incluindo o meio ambiente do trabalho.

As novas formas de trabalhar e os diferentes modos de organização produtiva provocaram o surgimento de uma nova questão social. Em conhecido filme, que foi sucesso de público²⁰ por retratar a complexidade dos novos desafios contemporâneos, ao se deparar com uma situação em que o personagem interpretado por Edward Norton é tratado como objeto descartável, igual “aos sachês de adoçante servidos com o café”, além de suportar constante pressão no trabalho para entregar inúmeros relatórios com rapidez, apresentando dificuldades para dormir, o ator Brad Pitt manifesta veemente inconformismo com estilo de vida que obriga a trabalhar em situações adversas, com o objetivo de ter dinheiro e poder trocar incessante e desnecessariamente carros, móveis e utensílios da casa, além de comprar objetos que não precisa, para garantir um espaço de inclusão e evitar ser descartado da vida em sociedade.

No século XXI a questão social surge imbricada com a conscientização de ser preciso evitar, que a disseminação da perversa *lógica do descarté* seja aplicada ao próprio ser humano no ambiente de trabalho, de sorte que a precaução e a prevenção, princípios que inicialmente atuaram na formação do direito ambiental, passam a permear também a edificação de um novo padrão normativo trabalhista, pois é impossível dissociar o envolvimento e comprometimento da pessoa do trabalhador com a prestação do trabalho, submetido a certas condições, num determinado local.

A intensificação da violência na sociedade e seus reflexos no ambiente de trabalho, onde pessoas tem que conviver por longos

20 Clube da Luta (Fight Club), dirigido por David Fincher, 1999.

períodos num local em que via de regra há elevado nível de estresse, vem desencadeando novas doenças e lesões, que comprometem a integridade física e mental, levam ao absenteísmo elevado e decréscimo de produtividade, causando prejuízo a todos os envolvidos. Neste contexto, pautar normas de conduta pelos princípios da precaução e prevenção fortalece a efetividade e confere ao Direito do Trabalho musculatura mais vigorosa para lidar com os novos desafios, fazendo valer o princípio da *não reversibilidade dos direitos fundamentais*. Como destaca Cristina Queiroz²¹, os direitos fundamentais “devem ser compreendidos e inteligidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva. Proclamam uma *cultura jurídica e política* determinada, numa palavra, um concreto e objetivo *sistema de valores*”

Esta interpretação encontra amparo em nossa Carta Política, que fixa diretriz assentada em um tripé formado pela interrelação entre o crescimento econômico, a proteção ambiental dos recursos naturais do planeta e a garantia de ambiente seguro, saudável e equilibrado no local da prestação laboral, a fim de preservar a saúde física e mental do trabalhador, padrão axiológico que imputa ao direito de propriedade e ao contrato de trabalho uma função social, além de exigir a observância da boa fé objetiva.

Importante registrar que na seara trabalhista já há um arcabouço infraconstitucional para sustentação deste modelo. Com efeito, o inciso I, do artigo 157 da CLT, imputa às empresas a obrigação de “cumprir e fazer cumprir” as regras de segurança, enquanto o item II, do mesmo artigo, a de “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto **às precauções** a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais”, e o artigo 158 atribui aos empregados o encargo de “observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções” acima referidas.

A instituição da CIPA – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho (NR 5), do SESMT - Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (NR 4), do PPR - Programa de Prevenção de riscos ambientais (NR 9) e do PCMSO Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional (NR 7) foram iniciativas pioneiras que demonstraram a importância da conduta de prevenção e precaução para evitar lesão à saúde do trabalhador, abrindo

21 Queiroz, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais - princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Editora limitada, pág. 119, 2006.

uma nova senda quanto a edificação do padrão normativo destinado a disciplinar o meio ambiente de trabalho.

Também os institutos do *embargo* e da *interdição*, colocados à disposição da Inspeção do Trabalho pelo art. 161 da CLT, voltam-se para a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Nos termos do item 1º da Norma Regulamentadora n. 3, com redação dada pela Portaria SIT n. 199/2011, são o “embargo e [a] interdição (...) medidas de urgência, adotadas a partir da constatação de situação de trabalho que caracterize risco grave e iminente ao trabalhador”. Por risco grave e iminente entende-se, com fulcro no artigo 2º, §1º da mesma Portaria MTE n. 40/2011, tratar-se de “toda condição ou situação de trabalho que possa causar acidente ou doença relacionada ao trabalho com lesão grave à integridade física do trabalhador.”

Após longo embate acerca da natureza dos institutos do embargo e da interdição, o Ministério do Trabalho fixou o entendimento, sedimentado no art. 21 da Portaria MTE n. 40/2011, de que não se tratam de medidas sancionatórias, mas sim, acautelatórias, adotadas em caso de grave e iminente risco ao trabalhador. Tanto assim é que o referido artigo não impede sejam lavradas autuações por infrações constatadas, inocorrendo, portanto, qualquer forma de *bis in idem*, bem como não há qualquer necessidade de ao embargo ou à interdição corresponder, necessariamente, uma infração a legislação trabalhista. O critério é, assim, o grave e iminente risco, o fundamento, a imprescindível prevenção/precaução de acidentes ou doenças do trabalho e, o mote, a saúde e segurança do trabalhador.²²

O Decreto n. 7.602 de 7 de novembro de 2011, que dispõe sobre Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho – PNSST, prioriza as ações de promoção, proteção e prevenção sobre as de assistência, reabilitação e reparação, apontando para a necessidade de eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho.

Estabelece a inserção de tais disposições num Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, estruturado sobre as seguintes diretrizes:

22 Ademais, cumpre consignar que, nos termos do item 3.5 da Norma Regulamentadora n. 3, com redação dada pela Portaria SIT n. 199/2011, “durante a paralisação decorrente da imposição de interdição ou embargo, os empregados devem receber os salários como se estivessem em efetivo exercício.” Ou seja, ao deve a adoção, pela Inspeção do Trabalho, de medidas acautelatórias significar prejuízos aos empregados, na medida em que não são desses, como é óbvio, os riscos da atividade econômica exercida pelo empregador.

- a) inclusão de todos trabalhadores brasileiros no sistema nacional de promoção e proteção da saúde;
- b) harmonização da legislação e articulação das ações de promoção, proteção, prevenção, assistência, reabilitação e reparação da saúde do trabalhador;
- c) adoção de medidas especiais para atividades laborais de alto risco;
- d) estruturação de rede integrada de informações em saúde do trabalhador;
- e) promoção da implantação de sistemas e programas de gestão da segurança e saúde nos locais de trabalho;
- f) reestruturação da formação em saúde do trabalhador e em segurança no trabalho e o estímulo à capacitação e à educação continuada de trabalhadores; e
- g) promoção de agenda integrada de estudos e pesquisas em segurança e saúde no trabalho.

Ademais, além da imputação de responsabilidade subjetiva ao empregador “quando incorrer em dolo ou culpa” como prevê o inciso XXVIII do art. 7º da CF/1988, o art. 927 do Código Civil trouxe à baila a questão da responsabilidade objetiva “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A configuração do que é atividade de risco tem gerado muita controvérsia, não só doutrinária mas também jurisprudencial. A Convenção 155 da OIT em seu artigo 11, inciso b, imputa às autoridades competentes o dever de controlar “as operações e processos que serão proibidos, limitados ou sujeitos à autorização”, assim como “a determinação das substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho”, devendo “ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exploração simultâneas a diversas substâncias ou agentes”, o que demonstra a importância de adotar no ambiente de trabalho condutas e procedimentos em conformidade com os princípios da precaução e prevenção.

O artigo 21 A da lei 8.213/91 prevê a caracterização da natureza acidentária da incapacidade apresentada quando constatado nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e a lesão, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID. Para afastá-lo, conforme preceituado nos parágrafos 1º e 2º, cabe

ao empregador o ônus de demonstrar a inexistência donexo, o que inclui a comprovação de que tomou todas as providências necessárias para a precaução e a prevenção da ocorrência da lesão.

Em relação aos trabalhadores expostos à agentes nocivos à saúde, desde 2004 o empregador é obrigado a entregar na rescisão contratual o documento denominado perfil profissiográfico previdenciário (em lugar do anterior DIRBEN- 8030), que deve conter as informações referentes a atividade exercida e ao meio ambiente de trabalho, conforme prevê o artigo 58 da Lei 8213/91 e a IN INSS/DC 96/2003. O parágrafo 2º do artigo anteriormente referido consigna que deste documento deve constar se é adotada no local de trabalho “tecnologia de proteção coletiva ou individual, que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre sua adoção pelo estabelecimento respectivo”, o que denota a importância dos princípios da precaução e da prevenção.

Conforme dados apresentados pelo TST²³ há mais de 700 mil acidentes de trabalho por ano no Brasil e a média de sete mortes por dia, sendo que a Previdência Social gasta R\$ 10,4 bilhões por ano com acidentes de trabalho

Investir na melhoria das condições de trabalho, para que o ambiente seja saudável e seguro, cria um círculo virtuoso em benefício de todos os envolvidos. Traz vantagens para o empregador, que não perde o tempo e dinheiro investidos no treinamento e pode contar com um empregado sadio e bem treinado. Reduz o número de acidentes e doenças profissionais, diminuindo os gastos previdenciários com auxílio-doença e aposentadorias precoces, evita o comprometimento da empregabilidade futura do trabalhador, a desagregação familiar e os casos recorrentes de alcoolismo e violência doméstica.

Além disso, há outra consequência importante. O artigo 120 da Lei 8213/91 prevê o ajuizamento, pela previdência, de ação regressiva contra os responsáveis, quando constatada “negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva”. Em observância a tal diretriz, a Recomendação 21/2011 expedida pela CGJT, estabelece que Desembargadores e Juízes do Trabalho encaminhem à Procuradoria da Fazenda Nacional cópias de sentenças/acórdãos que reconheçam a

23 www.tst.jus.br

conduta culposa do empregador em acidente de trabalho, assim possibilitando o ajuizamento dessas ações regressivas.

Por causa do alto número de acidentes no Brasil, responder a tais ações regressivas implicará no gasto de valores expressivos pelo empregador, que deverá incluir o pagamento de despesas médicas, previdenciárias e indenização aos dependentes das pessoas vitimadas ou mortas.

10. A IMPORTÂNCIA DA PERSPECTIVA PREVENTIVA

No início do século passado o médico Oswaldo Cruz atuou intensamente para vencer resistências e propagar a ideia de que era melhor prevenir doenças, do que tentar curar as que podiam ser evitadas. A conhecida *guerra da vacina* lhe trouxe muitos dissabores, mas deixou seu nome ligado a importante mudança de paradigma, que conferiu um salto de qualidade na vida do brasileiro.

Este desafio está sendo apresentado ao Direito um século depois.

As obras afetas à Copa do Mundo de 2014, Olimpíadas de 2016, exploração do petróleo em águas profundas com o trabalho a ser desenvolvido em plataformas e unidades de perfuração, num modelo que atribui a Petrobrás a situação de operadora de todas as reservas do pré-sal, suscita questionamentos importantes quanto a segurança e condições de saúde no meio ambiente de trabalho, por ser inevitável o enfrentamento de problemas provocados por novas tecnologias, que certamente advirão.

Neste contexto, ante a evidente insuficiência da regulação jurídica meramente reparatória da lesão já ocorrida, chega com força a ideia de ser necessário atuar com precaução e bom senso na prevenção dos conflitos, mediante a formatação de um novo padrão de normatividade em relação às questões que tratam do meio ambiente de trabalho.²⁴

Esta nova perspectiva demonstra que, enquanto a reparação do dano já ocorrido é prejuízo, como um número

24 O tema foi abordado por nós em trabalho inicial apresentado no 7ª ILERA - *Regional Congress of the Americas and 5ª - IBRET - Instituto Brasileiro de Relações do Emprego e Trabalho - Conference*, com trabalho cujo título é: *Fair play on the negotiate table: heading to a self-regulated model*, realizado em São Paulo, em 2011. O texto completo apresenta-se sobre o título: *Fair play nas negociações coletivas: rumo a um sistema normativo mais republicano*, e pode ser acessado em <http://www.ibret.org.br/ui/evento/anais/cdirca/trabalhos/2919.pdf>.

expressivo de acidente de trabalho é evitável, o que se gasta na prevenção é investimento e não custo, pois traz mais segurança para o exercício da atividade econômica e melhor qualidade de vida ao trabalhador. Ademais, garantir condições de trabalho decente confere seriedade ao marco institucional do país e conseqüente *up grade* no cenário internacional, além de propiciar inestimáveis benefícios à sociedade brasileira como um todo, ao reduzir a conflitualidade e aumentar os níveis de bem estar dos atores sociais.

Como ressalta o constitucionalista peruano Omar Cairo Roldán²⁵

“[...] a conduta dos órgãos públicos e dos cidadãos deve ser coerente com os fins colimados pelo Estado Democrático. Dentro deste esquema, a economia deve orientar-se pelo desenvolvimento, garantindo sempre a dignidade e a liberdade das pessoas, para que o desenvolvimento econômico ocorra em conjunto com o bem-estar geral”

II. A ATUAÇÃO PROATIVA DO PODER JUDICIÁRIO. A EXPERIÊNCIA DE CUIABÁ.

Esta mudança de eixo torna insustentável a antiga configuração de um Judiciário inerte, que só age quando provocado, exigindo que assuma postura proativa, como um dos agentes de transformação do marco normativo.

Nesta senda, o TST organizou nos dias 20 e 21/10/2011 um Seminário sobre Prevenção de Acidentes de Trabalho, atento aos sinais que demonstram a possibilidade de intensificação da ocorrência dos acidentes nesta fase de aceleração das obras de construção civil para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016. A taxa atual de trabalhadores acidentados na construção civil

25 Roldán, Omar Cairo. Escritos Constitucionales - Communitas - Cuadernos Jurídicos. Lima: Editorial Cordillera S.A.C, vol 1, pág. 142.

é de 17,8% por 100 mil habitantes, enquanto a taxa geral é de 6,1% por 100 mil habitantes²⁶, o que vem demonstrar a importância da implementação dos princípios da prevenção e precaução em relação ao meio ambiente de trabalho neste setor de atividade.

Consciente disso, Osmair Couto, então presidente do Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso, organizou uma audiência pública em novembro de 2011, em que proferi palestra de abertura na condição de desembargadora, ressaltando a necessidade de adotar e divulgar boas práticas, prevenir litígios, reduzir os acidentes de trabalho e estimular o trabalho decente, destacando a importância da atuação proativa do Direito na obtenção da pacificação com justiça e diminuição dos níveis de conflito, através do estímulo à prevenção e à precaução.

O evento contou com a participação de representantes da Secretaria Regional de Trabalho e Emprego (SRTE) do Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho²⁷, sindicatos, Prefeituras de Cuiabá e Várzea Grande, Assembleia Legislativa de Mato Grosso, OAB-MT, Associação dos Advogados Trabalhistas (Aatramat) e Associação dos Magistrados do Trabalho de Mato Grosso (Amatra 23).

Durante as discussões, os participantes ressaltaram a necessidade de se adotar medidas para evitar que, ao fim das obras realizadas para a Copa de 2014, não fique para trás um contingente de trabalhadores acidentados ou mesmo sem receber direitos trabalhistas básicos.

Representantes das entidades envolvidas na realização e fiscalização das obras da Copa do Mundo de 2014 na região assinaram a Carta de Compromisso de Cuiabá.

Entre os onze compromissos firmados, os subscritores destacaram a importância da observância dos deveres pertinentes à higidez do meio ambiente do trabalho, a responsabilização solidária do empregador e do tomador dos serviços pela observância das normas atinentes ao meio ambiente do trabalho. Ressaltaram que eventual alegação de necessidade de cumprimento de prazos na realização de

26 www.tst.jus.br

27 No âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), cumpre destacar a criação do Grupo Móvel de Fiscalização de Grandes Obras, cujo fim principal é o destacamento de Auditores Fiscais do Trabalho dedicados à fiscalizar o andamento de grandes obras Brasil afora, dedicando atenção especializada a empreendimentos de vulto.

grandes obras, inclusive em relação à Copa do Mundo de 2014, não poderá ser aceita como justificativa para o descumprimento das normas de proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Destacaram que apesar das controvérsias jurídicas a respeito da responsabilidade trabalhista do dono da obra, todos os que atuam na execução de empreendimentos na construção civil (donos da obra, empreiteiras e empresas especializadas subcontratadas) devem envidar esforços para o cumprimento de todos os deveres referentes à segurança dos trabalhadores, considerando que todos são responsáveis pelo meio ambiente de trabalho saudável.

Por fim, comprometeram-se em manter aberto um canal permanente de interlocução com os diferentes atores sociais, visando estimular a adoção concreta de boas práticas para prevenir litígios, reduzir acidentes de trabalho e construir uma cultura de precaução e prevenção, a fim de garantir a prestação de trabalho decente.

12. CONCLUSÃO

Ao constatar a mutabilidade que a caracteriza, processada num ritmo cada vez mais intenso, o conceituado sociólogo Zygmunt Bauman esclarece que vivemos numa sociedade líquida, assim classificada porque os líquidos mudam de forma rapidamente, sem qualquer pressão, e por sua natureza não tem condições de se solidificarem.

Na sociedade instável e invertebrada, a questão social ressurgiu com a mesma força de séculos atrás, porém com maior poder de destruição, por tentar transformar o trabalhador num dado líquido, incutindo nas relações laborais a lógica do descarte, que corrói de forma insidiosa os pilares de sustentação do direito trabalhista.

Neste cenário cresce de importância a atuação dos sindicatos, que conhecem mais de perto os locais de trabalho e os riscos existentes. Também se revela significativa a atuação do Ministério Público do Trabalho, seja na celebração dos Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) que detém força executiva conforme dispõe o artigo 876 da CLT, seja no ajuizamento de Ação Civil Pública nos termos do artigo 83 III da LC 75/93. Por derradeiro, indiscutível a importância da atuação assertiva e efetiva da Inspeção do Trabalho, através de seus Auditores Fiscais, na implementação da legislação protetiva, bem como na adoção de medidas acautelatórias de efeito imediato, como o embargo e interdição. Em suma, a atuação conjunta e sinérgica dos atores sociais e instituições estatais

envolvidas.

O padrão normativo da Era Moderna foi edificado com base no pensamento do filósofo Parmênides, mas os novos tempos da pós-modernidade contemporânea são de Heráclito, que apostou na constante mutação.

Neste contexto, a função promocional do Direito indica a necessidade de intensificar a atuação preventiva, formando uma nova mentalidade com o escopo de evitar a ocorrência da lesão, por considerar que assegurar meio ambiente equilibrado no local de trabalho constitui direito fundamental, albergado pela Constituição de 1988.

Por isso é preciso que o binômio dever ser/sanção, que previa a adoção de medidas meramente reparatórias, adote uma nova perspectiva, incorporando os princípios da precaução e prevenção, que vão atuar como marcos de resistência, preservando o núcleo inalienável que garante ao trabalhador a condição de sujeito, impedindo a precarização provocada pela lógica que o reduz a objeto de descarte, assim atuando como norte de um novo padrão normativo, a fim de preservar a funcionalidade do sistema jurídico e manter a eficácia do Direito na contemporaneidade.

13. Referencias Bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito: conversas com Citlali Roviroso Madrazo**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <www.tst.jus.br>.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BUENO, Cássio Scarpinella. Tutela coletiva em juízo: uma reflexão sobre a alteração proposta para o artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 31, n.114, p. 18-30, dez. 2011.

CAIRO ROLDÁN, Omar. **Escritos Constitucionales**. *Cuadernos Jurídicos*. Lima: Communitas, 2008. v. 1

CESARINO JUNIOR. **Direito Social Brasileiro**, São

Paulo: Martins, 1940.

CLUBE da Luta = Fight Club. Filme dirigido por David Fincher. 1999.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 35, jul./dez. Campinas. 2009.

GEMIGNANI, Daniel; GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. *Fair play on the negotiate table: heading to a self-regulated model.* Trabalho apresentado no 7ª ILERA - *Regional Congress of the Americas and 5ª - IBRET - Instituto Brasileiro de Relações do Emprego e Trabalho - Conference*, realizado em São Paulo, em 2011. O texto completo apresenta-se sobre o título: *Fair play* nas negociações coletivas: rumo a um sistema normativo mais republicano, e está disponível em <http://www.ibret.org.br/ui/evento/anais/cdirca/trabalhos/2919.pdf>

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falava Zarathustra.** Tradução Ciro Mioranza. São Paulo: Escala, 2006.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/com-campanha-o-futuro-que-queremos-onu-convida-sociedade-civil-a-participar-da-rio20/>>.

PADILHA, Norma Sueli. **Do meio ambiente do trabalho equilibrado.** São Paulo: LTR, 2002.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais:** princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Ed. Ltda, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental:** parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROLDAN, Omar Cairo- **Escritos Constitucionales-Communitas-** Cuadernos Jurídicos- vol 1-Editorial Cordillera S.A.C- Lima- Peru-

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

4 FLUÊNCIA DE JUROS DE MORA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO DO SALÁRIO

Érico Vinícius Prado Casagrande

Advogado. Mestre em Direito Processual pela Faculdade Mineira de Direito da Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

Sumário:

Quando se trata de contrato de trabalho subordinado, uma das principais obrigações do empregador para com o empregado é, certamente, a obrigação de pagar salário. Todavia, havendo inadimplemento dessa obrigação, a lei trabalhista brasileira revela uma contradição em termos de proteção ao salário, sendo relevante salientar que a proteção do salário representa um dos traços característicos desse tipo de contrato. Da mora salarial não fluem juros como efeito jurídico de pleno direito, isto é, de forma automática, ao contrário do que pode ocorrer com as obrigações decorrentes de contratos civis e comerciais. Diante disso é que se propõe uma reflexão no sentido de demonstrar que a obrigação de pagar salário consiste em uma obrigação positiva, líquida e a termo, motivo pelo qual a fluência de juros de mora seria, ou deveria ser, automática com o simples advento do vencimento da obrigação de pagar salário. Propõe-se, portanto, uma revisão do tema, como também uma revisão legislativa nesse ponto.

ÍNDICE:

1. Introdução
2. Obrigação de pagar salário como obrigação positiva e líquida
3. Pagamento do salário e mora salarial
4. Juros de mora como efeito do atraso no pagamento de salário e sua aplicação de pleno direito
5. Considerações finais
6. Referências bibliográfica

INTRODUÇÃO¹

O presente estudo tem como objetivo analisar tema que, de certa forma, ainda não mereceu tantas críticas por parte de estudiosos do Direito do Trabalho. Trata-se de fluência de juros de mora em caso de atraso do empregador em relação a uma de suas principais obrigações contratuais, a saber, o pagamento do salário ao empregado.

A Consolidação das Leis do Trabalho² (Decreto-Lei nº 5.452, publicado em 09 de agosto de 1943 e vigente desde 10 de novembro de 1943), principal ato normativo do Direito do Trabalho brasileiro, estabelece em seu art. 883 que a fluência de juros de mora, em caso de condenação do empregador, é devida somente a partir da data em que for ajuizada reclamação pelo empregado. Tal dispositivo assim permanece desde 1954.

Pretende-se, aqui, demonstrar que a obrigação de pagar salário ao empregado implica existir outra obrigação para com o empregador, a saber, a obrigação de liquidar o salário antes de realizar seu pagamento em favor do empregado.

Nesse sentido, pretende-se também demonstrar que a obrigação de pagar salário constitui uma obrigação positiva e líquida,

1 Para mais profundidade sobre o tema, o autor também recomenda a monografia que apresentou em programa de pós-graduação: CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado Casagrande. Juros de mora no Direito do Trabalho: considerações acerca da fluência de juros de mora decorrente do atraso no pagamento de salários. 2011. 39f. Monografia (Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho) – Faculdade Pitágoras, Núcleo de Pós-Graduação em Direito.

2 A menção à Consolidação das Leis do Trabalho deste ponto em diante será feita pela sigla CLT.

de modo que, em havendo atraso no pagamento do salário, o devedor (no caso, o empregador) haveria de ser responsabilizado de pleno direito (isto é, automaticamente) por juros de mora desde o termo da obrigação de pagar salário.

Esse termo, como é consabido, está previsto na CLT cujo art. 459 e seu § 1º preveem que o período máximo para pagamento do salário não deve ser superior a 1 (um) mês (salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações), e que esse pagamento deve ser realizado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao da prestação do serviço³.

Ao fim, pretende-se demonstrar que existe falha na legislação trabalhista brasileira e que, por coerência às normas de proteção ao salário, mostra-se necessária revisão legal deste tema.

Para melhor exame, faz-se importante e necessário que o presente estudo contenha uma abordagem interdisciplinar, sobretudo entre Direito do Trabalho e Direito Civil; afinal, o Direito do Trabalho originou-se do Direito Civil.

2. OBRIGAÇÃO DE PAGAR SALÁRIO COMO OBRIGAÇÃO POSITIVA E LÍQUIDA

Obrigação é uma das “*figuras do direito civil desenvolvidas e adaptadas pelo direito do trabalho*”⁴ e se origina de duas fontes⁵: “*uma,*

3 Conforme dispõe o art. 459 da CLT: “o pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a um mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações”. O § 1º deste mesmo artigo também dispõe que, “quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido”.

4 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 106.

5 Sobre esse assunto, Caio Mário da Silva Pereira também expõe, de maneira acertada, que “remotamente, é verdade, todas as obrigações nascem da lei, pois que é esta a fonte primária dos direitos; mesmo no campo contratual, não haveria a força jurígena da manifestação volitiva se não fosse o poder obrigatório que a lei lhe reconhece” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 25). Dessa maneira, ainda que uma obrigação decorra de declaração de vontade, é imprescindível que a existência dessa obrigação como tal esteja conforme prevê a lei.

em que a força geratriz imediata é a vontade; outra, em que é a lei”⁶.

Em sentido estrito⁷, a obrigação pode ser definida como “vínculo jurídico, pelo qual devedor fica adstrito a cumprir prestação de caráter patrimonial em favor de credor, o qual poderá exigir judicialmente seu cumprimento”⁸.

A criação de obrigações representa um dos efeitos jurídicos dos negócios jurídicos, dentre os quais se incluem os contratos. Logo, a celebração de um contrato de trabalho redundará na criação de obrigações tanto para o empregador, quanto para o empregado.

Toda obrigação tem, como objeto, uma prestação a qual “sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem”⁹. Essa atividade pode consistir em dar, fazer ou não fazer alguma coisa¹⁰.

Com base nessas considerações, pode-se afirmar que a obrigação de pagar salário se insere nas obrigações de dar. Isso porque o empregador

6 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 25

7 O termo obrigação também pode ser utilizado em sentido amplo, correspondendo, assim, a dever jurídico. “Há obrigações que decorrem exclusivamente da lei, como são os deveres políticos (ser eleitor), ou as determinadas para com o Estado (pagar tributos), ou ainda as pecuniárias na órbita familiar (alimentar os filhos). Mas todas elas [sic] não podem inscrever-se como obrigações em sentido técnico estrito, aqui considerado. São, antes, deveres jurídicos” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 25).

8 FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo. 4. ed. rev., atual., ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 139.

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 11.

10 Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, a obrigação de dar consiste na entrega de uma coisa, em decorrência de transferência de propriedade de um bem do devedor que passa a ser de domínio do credor; em decorrência da restituição de determinada coisa ao seu proprietário; ou em decorrência de cumprimento de decisão judicial (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 34). Já a obrigação de fazer corresponde a “prestação fato que pode consistir em: a) trabalho físico ou intelectual, determinado pelo tempo e gênero; b) trabalho determinado pelo produto; c) fato determinado pela vantagem que traz ao credor como, por exemplo, guardar coisa” (FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo. 4. ed. rev., atual., ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 158). Por fim, a obrigação de não fazer impõe ao devedor “a abstenção de ato que lhe seria lícito praticar, se não se houvesse obrigado a abstenção. Será sempre pessoal e só pode ser cumprida pelo próprio devedor” (FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo. 4. ed. rev., atual., ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 160).

transfere uma vantagem de caráter patrimonial ao empregado por causa do contrato de trabalho, isto é, ocorre “*destaque de bem do patrimônio do devedor [o empregador] para se agregar ao do credor [o empregado]*”¹¹.

Juntamente com as obrigações de fazer, as obrigações de dar se incluem no conjunto das obrigações positivas, que “*têm como objeto uma prestação, um agir*”¹²; ao contrário das obrigações de não fazer que estão inseridas no conjunto das obrigações negativas, pois que o devedor deve abster-se de praticar algo. Por conseguinte, pode-se afirmar que a obrigação de pagar salário consiste em uma obrigação positiva.

Prosseguindo o raciocínio, pode-se afirmar também que a obrigação de pagar salário se insere no conjunto das obrigações líquidas¹³. Estas consistem em obrigações cujo “*objeto é certo e individualizado; logo, sua prestação é relativa a coisa determinada quanto à espécie, quantidade e qualidade. É expressa por um algarismo, que se traduz por uma cifra*”¹⁴. “*Nelas acham-se presentes os requisitos que permitem a imediata identificação do objeto da obrigação, sua qualidade, quantidade e natureza*”¹⁵.

No caso, por vários fundamentos jurídicos, observa-se que a lei brasileira faz supor que a obrigação de pagar salário seja líquida e que, portanto, caberia ao empregador a obrigação de efetuar sua liquidação¹⁶. O resultado desta obrigação, por sua vez, seriam a certeza e a individualização do salário, bem como a determinação quanto à espécie, quantidade e

11 FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo. 4. ed. rev., atual., ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 151.

12 FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo. 4. ed. rev., atual., ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 151.

13 Em sentido oposto, as obrigações ilíquidas são aquelas que dependem “de prévia apuração para a verificação de seu exato objeto” o qual “poderá ser de outro objeto que não dinheiro” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 150).

14 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. II, p. 96.

15 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 150.

16 Na presente pesquisa, o termo “liquidação” será utilizado no significado de “exprimir a operação que tem por objetivo reduzir a quantias certos valores que não o eram. É, assim, a apuração de um líquido em virtude dos que os valores se mostram certos e exatos” (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico – edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. III, p. 95).

qualidade da vantagem econômica a ser dada ao empregado.

A certeza e a individualização do salário decorrem da existência do próprio contrato de trabalho, negócio jurídico que fundamenta seu pagamento ao empregado. Já a determinação quanto à espécie, à quantidade e à qualidade decorre do art. 460 da CLT que impõe que todo salário seja estipulado. O empregador, principalmente, deve ser prudente e previdente para estipular salários, pois, caso não ocorra essa estipulação, ao empregado será garantido o direito de perceber salário igual ao de outro que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.

Partindo desta perspectiva, é importante salientar que várias obrigações são impostas ao empregador pela lei brasileira as quais se relacionam à liquidação do salário. Geralmente, os estudiosos do Direito do Trabalho não costumam aventurar-se¹⁷ por essas outras obrigações que dizem respeito, basicamente, a obrigações de escrituração¹⁸ as quais, por sua vez, relacionam-se principalmente às obrigações tributárias do empregador.

Cabe esclarecer que não se pretende aqui esgotar as questões relativas a escrituração ou a obrigações tributárias do empregador, mas sim demonstrar de que maneira elas acabam por levar à conclusão de que o empregador é sim obrigado a efetuar a liquidação do salário e, por corolário, à conclusão de que a obrigação de pagá-lo se insere no conjunto das obrigações líquidas.

Feito esse esclarecimento, cumpre mencionar, inicialmente,

17 É comum encontrar obras que tratam dessas obrigações de escrituração sob o título de “rotinas trabalhistas” ou “práticas de departamento de pessoal”. Tais obras trazem aspectos do funcionamento cotidiano e prático do contrato de trabalho, com o objetivo de orientar empregadores sobre como proceder em caso de admissão ou de desligamento de empregados; como controlar a jornada de trabalho; como fazer a folha de pagamento, entre outras orientações. Dentre essas obras práticas, cite-se, como exemplo, a de José Serson (SERSON, José. Curso de rotinas trabalhistas. Coordenação Anníbal Fernandes. 37. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997).

18 O termo “escrituração” “derivado de escrever, quer significar o processo pelo qual se promove o registro sistemático e metódico de todos os fatos ocorridos em uma organização, a fim de que se fixem permanente-mente, e possam, a qualquer momento, fornecer os dados que se tornem necessários para qualquer verificação a respeito deles. Desse modo, a escrituração quer dizer a execução de uma escrita ou significar a soma de atos praticados no sentido de registrar todos os fatos e atos ocorridos em um estabelecimento ou em uma repartição. Quando se trata de estabelecimento comercial, particularmente, diz-se escrituração mercantil (SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico – edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. II, p. 191).

que a CLT aborda a liquidação de salário em uma passagem, a saber, no § 1º do art. 466 da CLT cuja norma dispõe sobre liquidação para pagamento de comissões e percentagens decorrentes de transações realizadas pelo empregado em favor da empresa. No caso, este dispositivo legal determina que, caso a transação se realize por prestações sucessivas, o pagamento das percentagens e comissões somente será devido, proporcionalmente, após a “*respectiva liquidação*” de cada prestação.

Vale mencionar também a previsão do art. 41 da CLT que obriga, expressamente, o empregador a ter “*o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho*”. O parágrafo único do art. 41 da CLT, a seu turno, também obriga que sejam anotados todos os dados de empregados relativos “*à sua admissão no emprego, duração e efetividade do trabalho, a férias, acidentes e demais circunstâncias que interessem à proteção do trabalhador*”.

Tratando das atribuições de órgãos de fiscalização do trabalho, o art. 343, alínea “c” da CLT prevê que “*livros de escrituração*” e “*folhas de pagamento*” podem ser examinados por autoridade fiscalizadora. O parágrafo único art. 354 da CLT, por sua vez, faz menção a “*folha de salários*”.

O art. 545 da CLT também menciona a expressão folha de pagamento ao prever que o empregador pode descontar contribuições devidas a sindicato “*na folha de pagamento dos seus empregados*”. E, por fim, o art. 582 da CLT obriga o empregador a descontar a contribuição sindical “*da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano*”.

Além da CLT, outros atos normativos também regulam a questão. É o caso do Decreto nº 3.048, publicado em 07 de maio de 1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social, regulamentando obrigações tributárias do empregador relativas às contribuições sociais.

Dispõe o inciso I do art. 225 desse Decreto que a empresa – o empregador, no caso – é obrigada a “*preparar folha de pagamento da remuneração paga, devida ou creditada a todos os segurados a seu serviço, devendo manter, em cada estabelecimento, uma via da respectiva folha e recibos de pagamentos*”.

A preparação da folha de pagamento é de tal forma importante que constitui crime de sonegação de contribuição

previdenciária¹⁹ a omissão – da folha de pagamento ou de documento exigido pela legislação previdenciária – de informações relativas a empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que prestem serviços ao empregador, visando à suprimir ou à reduzir a quantia devida de contribuições sociais.

Sendo assim, tomando como base as normas da CLT, do Regulamento da Previdência Social e do Código Penal referidas neste tópico, observa-se que a lei brasileira determina que o empregador tenha e mantenha controle e organização de informações relativas ao empregado, dentre as quais se incluem as informações relativas ao pagamento de salários.

A CLT não contém normas expressas sobre a liquidação de salário no sentido de indicar, claramente, que o empregador está obrigado a fazê-lo ou sobre o método de se liquidar o salário. A CLT, no entanto, traz uma série de normas que apontam a existência de liquidação de comissões e percentagens, de folha de pagamento ou folha de salários.

Tudo isso, somado à obrigação expressa do art. 225, inciso I do Decreto nº 3.049/1999, leva à conclusão de que o empregador deve, efetivamente, liquidar os salários, isto é, fazê-los certos, individualizados e determinados quantos à espécie, à quantidade e à qualidade, apurando seu valor monetário.

Por conseguinte, pode-se afirmar que a obrigação de pagar o salário consiste em uma obrigação positiva, na medida em que implica um agir do devedor; no caso, transferir uma vantagem de caráter patrimonial ao empregado. Além disto, consiste em uma obrigação líquida, na medida em que a lei brasileira estabelece, em diferentes atos normativos, a obrigação do empregador de promover a liquidação de salários.

3. PAGAMENTO DO SALÁRIO E MORA SALARIAL

O pagamento consiste no cumprimento ou adimplemento da prestação objeto de uma obrigação. Em se tratando da obrigação de

19 Esse crime está previsto no art. 337-A Código Penal (Decreto-Lei no 2.848, de 07 de dezembro de 1940): “Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços. [...]”.

pagar salário, estando este liquidado, a CLT prevê, em diversas normas, como o empregador deve fazê-lo, estabelecendo tempo, lugar, modo e meio devidos; e, ainda, como comprovar o cumprimento dessa obrigação.

Dessa maneira, caso o empregador não efetue o pagamento do salário em local, tempo, meio e modo determinados por lei, deve ser considerado em mora²⁰. Neste estudo, será dado enfoque ao aspecto temporal da mora, isto é, nos casos em que houver atraso no pagamento do salário.

Tomando-se como base o aspecto temporal da mora, é válido citar a exposição de Maria Helena Diniz que bem ensina que a mora pode manifestar-se de duas maneiras:

1.º) *Mora ex re*, se decorrer de lei, resultando do próprio fato do descumprimento da obrigação, independentemente, portanto, de provocação do credor. A mora do devedor ocorrerá *pleno iure*, não sendo necessário qualquer ato ou iniciativa do credor se houver vencimento determinado para o adimplemento da obrigação.

[...]

2.º) *Mora ex persona*, se não houver estipulação de termo certo para a execução da relação obrigacional; nesse caso, será imprescindível que o credor tome certas providências necessárias para constituir o devedor em mora, tais como: interpeleção [...], protesto judicial ou extrajudicial [...], ou citação feita na própria causa principal, pelo credor ajuizado para discutir a relação jurídica.²¹

Como visto na introdução deste estudo, a CLT

20 Cumpre esclarecer que, quando se examina mora em Direito Civil, “há que existir culpa” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 339). Diferentemente, em Direito do Trabalho, não se perquire sobre a existência ou não de culpa do empregador quando se trata de mora salarial. Isso porque é o empregador quem deve assumir os riscos da atividade econômica que executa, estando isento de pagar salário em excepcionalíssimas situações (como exemplo, o *factum principis*, previsto no art. 486 da CLT).

21 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. II, p. 316

estabelece o termo para cumprimento da obrigação de pagar salário, isto é, estabelece “o momento em que há de começar ou há de cessar a produção de seus efeitos”²². Portanto, considerando a existência de termo legal para cumprimento da obrigação de pagar salário, pode-se afirmar que a mora se manifesta, de forma automática, em caso de atraso no pagamento de salário, ou seja, independeria de provocação do empregador pelo empregado.

Sobre a existência de termo estabelecido por lei para cumprimento das obrigações, Caio Mário da Silva Pereira destaca o quão importante se mostra esse aspecto para que o devedor seja constituído em mora automaticamente:

A oposição de termo tem enorme importância na apuração das consequências da inexecução da obrigação, pois que o nosso direito [...] adotou quanto às obrigações a termo a regra romana da constituição automática do devedor em *mora – dies interpellat pro homine*, regra esta que não tem cabida na falta de prazo assinado.²³

Todas as normas relativas ao pagamento do salário são claros exemplos de que o Direito do Trabalho “tem o objetivo fundamental de impedir os atos do empregador destinados a dificultar o recebimento do salário, obrigando o trabalhador a efetuar despesas ou a manter-se por mais tempo no local de trabalho com a redução de seu tempo livre”²⁴.

Nesse sentido, se e enquanto o empregador não cumpre a obrigação de pagar salário, pode sujeitar-se a diferentes efeitos²⁵

22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 76.

23 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 76.

24 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso Elementar de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1963, p. 229.

25 Em geral, ao tratarem do assunto, muitos estudiosos do Direito do Trabalho chamam a atenção para um dos efeitos jurídicos decorrentes do atraso no pagamento dos salários, a saber, a possibilidade de rescisão do contrato de trabalho pelo empregado por falta grave do empregador, a saber, “não cumprir o empregador as obrigações do contrato”, consoante previsto no art. 483, alínea “d” da CLT (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso Elementar de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1963, p. 230; NASCIMENTO, Amauri Mascaro.

(consequências) legais, como, por exemplo:

Enquanto não paga, o devedor [no caso, o empregador] está sujeito às consequências da obrigação e, vencida a dívida sem solução, às do inadimplemento, sejam estas limitadas aos juros moratórios, sejam estendidas às perdas e danos mais completas, sejam geradoras da resolução do contrato. Daí a necessidade de *provar* o cumprimento da obrigação [...].²⁶

A partir dessas considerações, pode-se afirmar que a legislação trabalhista objetiva coibir abusos por parte do empregador em relação ao pagamento dos salários. Verifica-se que essa legislação não visa a gerar incertezas ou indeterminações a respeito do tempo, modo e local de pagamento do salário, o qual, na maioria das vezes, “*é o único meio de subsistência do trabalhador*”²⁷. Pode-se afirmar também que, quando se trata de atraso no pagamento do salário, o empregador deve ser considerado em mora automaticamente, tendo em vista a existência de termo legal para cumprimento da obrigação de pagar salário.

Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 444; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Curso de direito do trabalho. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 272; BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 824). Outro efeito jurídico possível de ocorrer diante de atraso no pagamento dos salários, e que também é abordado por muitos estudiosos do Direito do Trabalho, é a sujeição do empregador às sanções previstas no Decreto-Lei nº 368, de 19 de dezembro de 1968 (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso Elementar de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1963, p. 251; MARANHÃO, Délio. Direito do Trabalho. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1988, p.185; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (participação). Instituições de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991, v. 1, p. 454; CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 387; BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009, p. 824).

26 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 121.

27 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (participação). Instituições de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991, v. 1, p. 322..

4. JUROS DE MORA COMO EFEITO DO ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIO E SUA APLICAÇÃO DE PLENO DIREITO

Dentre os efeitos jurídicos decorrentes do atraso no pagamento do salário, a lei brasileira prevê a incidência de juros de mora²⁸. Sendo assim, se o empregador não paga o salário no tempo devido, incorrerá em mora e deverá sujeitar-se também, por força de lei, “ao pagamento de juros moratórios”²⁹.

Sendo assim, em caso de mora do empregador no pagamento do salário, aplica-se a taxa de “juros simples de 1% ao mês”³¹, vigente desde a publicação da Lei nº 8.177, de 01 de março de 1991 (art. 39, § 1º dessa lei).

Tais juros de mora, certamente, constituem uma “*pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação, atuando como se fosse uma indenização*”³⁰. Trata-se de indenização, pois que o atraso no pagamento do salário causa dano diante da “*efetiva diminuição do patrimônio do credor [o empregado, neste caso] ao tempo em que ocorreu o inadimplemento da obrigação, consistindo na diferença entre o valor atual desse patrimônio e aquele que teria se a relação obrigacional fosse exatamente cumprida*”³².

No Direito Civil, a fluência de juros de mora suscita dúvidas entre os estudiosos. Isso porque, segundo Caio Mário da Silva Pereira,

28 Refere-se aqui ao art. 389 do Código Civil que dispõe que: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. E também ao art. 883 da CLT: “Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial”.

29 GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Elson. Curso Elementar de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1963, p. 230.

30 CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 749.

31 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. II, p. 323.

32 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. II, p. 331.

não há “uniformidade”³³ das normas que dela tratam, enquanto que, para Sílvio de Salvo Venosa, falta “clareza”³⁴ a essas normas.

Buscando elucidar o assunto, ambos estudiosos se valem da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes, renomado civilista, com o intuito de elucidar o assunto. Transcreva-se aqui a citação de Sílvio de Salvo Venosa:

Para a obrigação líquida e certa, os juros serão certamente devidos desde o advento do termo, quando tem início a mora do devedor.

Para a obrigação líquida e certa, mas sem prazo, a mora só poderá iniciar-se a partir da interpelação ou notificação de que trata o art. 397 (art. 960, segunda parte).

Para a obrigação negativa, serão devidos os juros desde o momento em que o obrigado praticou o ato do qual deveria abster-se. É a partir desse momento que o devedor encontra-se em mora (art. 390; antigo, art. 961).

Para as obrigações decorrentes de ato ilícito, o art. 398 (antigo, art. 962) diz: “*Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar.*” Aqui, a lei quer que, mesmo em se tratando de valor ilícido, os juros fluam a contar da perpetração do delito. Na lei de 1916, a palavra *delito* era usada como sinônimo de crime.

Para as obrigações que originariamente não eram em dinheiro, mas que nele se transformam, só é possível a contagem de juros quando fixado o valor, por sentença ou acordo. Nas obrigações ilícidas, a contagem é a partir da citação inicial.³⁵

33 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 82.

34 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 164.

35 LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil: fontes das obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3 *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 164..

Com base nesta citação e nas considerações dos tópicos anteriores, pode-se afirmar que os juros de mora fluiriam, ou deveriam fluir, desde o advento do seu termo da obrigação de pagar salário (quinto dia útil do mês subsequente ao mês da prestação de serviço), visto que essa consiste em uma obrigação positiva, líquida e a termo.

Além de implicar a constituição do empregador em mora “*pelo simples advento do vencimento*”³⁶, o atraso no pagamento do salário implicaria a criação automática da obrigação de o empregador pagar juros de mora em favor do empregado, na taxa prevista em lei.

Quando foi publicada, a CLT nada dispôs a respeito da fluência de juros de mora. Posteriormente, por meio do Decreto-Lei nº 8.737, de 19 de janeiro de 1946, a redação do art. 883 da CLT foi alterada para determinar que os juros de mora deveriam ser “*contados da data da notificação inicial*”. Apesar de várias polêmicas³⁷ existentes à época, certo é que desde a Lei nº 2.244, de 23 de junho de 1954, que alterou novamente a redação do mesmo artigo, os juros de mora são “*devidos a partir da data em que fôr ajuizada a reclamação inicial*”.

Entende-se aqui que o Direito do Trabalho e, mais especificamente, a CLT não protege o empregado nesse aspecto, qual seja, a fluência de juros desde a constituição em mora do empregador, incluindo-se a mora decorrente de atraso no pagamento do salário.

A previsão no art. 883 da CLT – de que os juros de mora apenas devem fluir a partir da data em que o empregado ajuíze uma reclamação trabalhista – desconsidera conceitos tradicionais e de há muito já construídos no Direito Civil os quais poderiam ser perfeitamente aplicados ao Direito do Trabalho.

Desconsidera-se também que Direito Civil e Direito Comercial passaram a ser disciplinados em uma mesma lei e a observar normas comuns desde a vigência do novo Código Civil brasileiro

36 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. II, p. 324.

37 As polêmicas giravam em torno do momento a que a expressão “da notificação judicial” teria referido-se, a saber, a notificação da petição inicial da reclamatória trabalhista ou a notificação inicial da fase de execução, visto que a execução foi tida como nova ação até a vigência da Lei nº que estabeleceu que a execução passaria a ser a fase de cumprimento de sentença e não uma nova ação judicial. Tais polêmicas foram solvidas pelo Supremo Tribunal Federal com a edição da súmula 224, de 13 de dezembro de 1963, determinado que a expressão se refere à notificação da petição inicial: “os juros da mora, nas reclamações trabalhistas, são contados desde a notificação inicial”.

(iniciada em 11 de janeiro de 2003), motivo pelo qual os estudiosos vem entendendo que não haveria “razão ontológica para diferenciação [...] entre obrigações civis e obrigações comerciais”³⁸

. Nesse compasso, pode-se afirmar que não haveria também, a rigor, razão ontológica para se diferenciar obrigações trabalhistas das civis e comerciais. Consoante se almejou demonstrar, há vários conceitos de Direito Civil de que o Direito do Trabalho precisa se valer. Dentre eles, o de obrigação.

Ademais, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro cria e mantém uma contradição, tendo em vista que possibilita que os credores exijam dos devedores o pagamento de juros decorrentes da mora relativa a obrigações positivas, líquidas e a termo nos contratos civis e comerciais, enquanto que, nos contratos de trabalho, isso não se faz possível ao empregado (como credor da obrigação de pagar salário), não obstante a autonomia do Direito do Trabalho tenha como alicerce a proteção ao trabalhador, sobretudo no aspecto relativo ao pagamento do salário.

Além disto, o art. 883 da CLT faz que os juros se tornem uma obrigação subordinada a condição³⁹ em caso de mora do empregador, isto é, os juros somente passariam a existir (como efeitos jurídicos decorrentes da mora) caso ocorresse o ajuizamento de reclamação trabalhista.

Diferentemente, como visto, em Direito Civil, os juros têm aplicação automática pelo simples advento do vencimento das obrigações positivas, líquidas e a termo, dentre as quais, como antes se defendeu, está inserida a obrigação de pagar salário.

Condicionando a existência de juros ao ajuizamento de reclamação trabalhista, o art. 883 da CLT retira-lhes, ainda, o caráter

38 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 34.

39 Caio Mário da Silva Pereira explica que “condição é a cláusula acessória que subordina a eficácia da obrigação a um acontecimento futuro e incerto. Pode, como toda outra, ser potestativa (quando depende o evento da vontade humana) ou casual (independente dela), ou ainda mista, simbiose da casualidade e da voluntariedade”. O mesmo autor também expõe que a condição também se divide em suspensiva ou resolutiva. Naquela, ocorre “seu implemento, na mesma data deve ser cumprida a obrigação. Sendo resolutiva a condição, a obrigação produz desde logo os seus efeitos, mas perde a eficácia, com o seu implemento, e voltam as partes ao estado anterior” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 75).

indenizatório pelo tempo em que o empregado esteve privado de seu meio de subsistência, muitas vezes, seu único meio. Logo, o empregado deixa de ser indenizado, devidamente, em caso de atraso de pagamento de salário.

O artigo em questão também não inibe ou constrange o empregador em caso de atraso no pagamento de salário. Por norma constitucional (art. 7º, inciso XIX da Constituição de 1988 – que trata da prescrição quinquenal de verbas trabalhistas), o empregado pode pleitear, judicialmente, o pagamento de salários apenas dos últimos cinco anos trabalhados. Supondo-se que um empregado pretendesse exigir, judicialmente, salário vencido há cinco anos. Neste caso, o empregado não seria indenizado com a taxa de juros de 1% ao mês de salários desses últimos cinco anos, muito embora se trate de obrigação positiva, líquida e a termo.

Em desfecho: sendo a mora salarial uma “*das mais graves*”⁴⁰, defende-se aqui a revisão do mencionado tema, bem como a revisão da própria CLT. A redação original se afigura como uma solução apropriada, na medida em que a ausência de previsão na CLT implicaria a aplicação subsidiária do Direito Civil. Entende-se aqui que, ao não atribuir caráter indenizatório e fluência de pleno direito (isto é, automática) dos juros de mora, o Direito do Trabalho deixa de proteger o empregado em caso de atraso no pagamento do salário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações apresentadas ao longo de desde trabalho científico, pode-se concluir que:

Em relação ao empregador, uma de suas principais obrigações, certamente, é a de pagar o salário, a qual não deixa de existir, mesmo quando de sua atividade econômica resultar prejuízos, os quais devem ser por ele assumidos. Somente em raríssimas exceções, como a de *factum principis*, esta obrigação deixa de existir em relação ao empregador.

Tendo em vista a importância da obrigação de o empregador pagar salário, o Direito do Trabalho prevê, em diversas normas, proteção

40CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 387.

especial ao empregado, a fim de impedir atos do empregador destinados a dificultar o recebimento do salário e de assegurar a satisfação do crédito pelo empregado. Por tais razões, a CLT estabeleceu normas que disciplinam tempo, lugar, modo e meio devidos para o regular adimplemento e comprovação daquela obrigação.

A obrigação de pagar o salário consiste em uma obrigação positiva, na medida em que implica um agir do devedor; no caso, trata-se de uma obrigação de dar que consiste na transferência por parte do empregador de uma vantagem de caráter patrimonial ao empregado.

A obrigação de pagar o salário também consiste em uma obrigação líquida, na medida em que a lei brasileira estabelece, em diferentes atos normativos, a obrigação do empregador de promover a liquidação de salários.

Se o empregador não cumpre tal obrigação, pode sujeitar-se aos efeitos do inadimplemento, dentre eles a sua constituição em mora. No presente trabalho, deu-se enfoque ao aspecto temporal da mora.

Por se tratar de uma obrigação positiva, líquida e a termo, pode-se afirmar, conforme prevê o Direito Civil, que os juros de mora deveriam fluir desde o advento do termo da obrigação de pagar salário (quinto dia útil do mês subsequente ao mês da prestação de serviço).

No entanto, levando-se em consideração a disposição do art. 883 da CLT, o atraso no pagamento de salário não implica a fluência automática de juros. Nesse sentido, verifica-se que a disposição do art. 883 da CLT, vigente desde 1954, condiciona a existência de juros de mora ao ajuizamento de reclamação trabalhista, retirando-lhes o caráter indenizatório pelo tempo em que o empregado esteve privado de seu salário.

Ao não atribuir caráter indenizatório e fluência de pleno direito (isto é, automática) aos juros de mora, o Direito do Trabalho deixa de proteger o empregado em caso de atraso no pagamento do salário.

Sendo a mora salarial uma das mais graves faltas que podem ser cometidas pelo empregador, defende-se aqui a revisão do tema fluência de juros de mora em caso de atraso no pagamento do salário, bem como a revisão da própria CLT. Neste caso, entende-se, aqui, que a redação original se afigura como uma solução apropriada, na medida em que a ausência de previsão de juros de mora na CLT implicaria a aplicação subsidiária do Direito Civil.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Curso de direito do trabalho. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1992, 353 p.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009, 1392 p.

CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007, 1420 p.

CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado Casagrande. Juros de mora no Direito do Trabalho: considerações acerca da fluência de juros de mora decorrente do atraso no pagamento de salários. 2011. 39f. Monografia (Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho) – Faculdade Pitágoras, Programa de Pós-Graduação em Direito.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988b, v. II, 375 p.

FIÚZA, César. Direito Civil: curso completo. 4. ed. rev., atual., ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 704 p.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso Elementar de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1963, 390 p.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil: fontes das obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3.

MARANHÃO, Délio. Direito do Trabalho. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1988, 476 p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989, 684 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001a, v. II, 282 p.

SERSON, José. Curso de rotinas trabalhistas. Coordenação Anníbal Fernandes. 37. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 589 p.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico – edição

universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989a, v. II, 526 p.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico – edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989b, v. III, 507 p.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (participação). Instituições de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991, v. 1, 651 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, 656 p.

5 SALÁRIO-MATERNIDADE: A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO NA DISPENSA EM CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

João Paulo Rodvalho de Oliveira

Advogado. Pós-graduado em Direito e Processo Previdenciário pela Faculdade Leão Sampaio em Juazeiro do Norte – CE.

Sumário:

1. Introdução.
2. Histórico do benefício no Brasil.
3. Principais características.
4. Responsabilidade pelo pagamento do benefício.
5. A relação da prestação previdenciária com o Direito do trabalho.
6. A estabilidade da gestante e contrato de experiência.
7. O conflito no pagamento do benefício à segurada gestante dispensada durante o contrato de experiência.
8. A aplicação do princípio da proteção previdenciária como forma de resolução da problemática.
9. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Decorrente da proteção à maternidade, bem como do direito à previdência social, ambos consagrados no ordenamento jurídico pátrio, pela Constituição Federal de 1988, como direitos sociais fundamentais, surge o benefício previdenciário que garante à trabalhadora, no final da gestação e no pós-parto, um sustento mínimo durante o necessário período

de afastamento do trabalho. Apesar de ter nomenclaturas e características diferentes nos diversos regimes previdenciários existentes no país, é no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que o salário-maternidade encontra sua maior abrangência. Não poderia ser diferente, já que esse é o regime que assegura o maior número de trabalhadores brasileiros nas contingências sociais.

O benefício repercute diretamente nas relações trabalhistas e previdenciárias do trabalhador, sendo necessária uma adequação das normas respectivas a cada caso.

O Direito Previdenciário está intimamente ligado ao Direito do Trabalho. E, apesar de o primeiro ser um subespécie do Direito Público e o segundo ser derivado do Direito Privado, a aplicação conjunta dos dois garante um eficaz sistema de proteção à figura da trabalhadora segurada.

Ocorre que nem sempre essas duas esferas do Direito são congruentes. Em algumas situações acontece um conflito de normas, sendo necessária a intervenção do Judiciário para a resolução da problemática.

Objetivando abordar, de maneira não exaustiva, uma dessas problemáticas, trazendo considerações sobre o benefício e sua relação com o Direito Laboral, o presente trabalho faz uma análise sucinta sobre a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade à empregada dispensada sem justa causa durante o contrato de experiência.

Aspectos históricos, doutrinários, normativos e jurisprudenciais serão tratados com o objetivo de traçar uma possibilidade de resolução do conflito entre os divergentes posicionamentos existentes.

2. HISTÓRICO DO BENEFÍCIO NO BRASIL.

Antes suportada pela empresa empregadora, restringindo-se assim à trabalhadora empregada, a remuneração paga durante o período da chamada licença-maternidade não tinha qualquer relação com a esfera previdenciária. Na verdade se tratava de licença remunerada, garantida pela legislação trabalhista, com total ônus para o patrão. A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, dentre outras disposições dispunha que, no período da licença, a mulher tinha direito ao salário integral, obviamente, pago pelo seu empregador.

Somente com o surgimento da Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974, a responsabilidade pela manutenção da obreira durante a licença em comento passou a ser da Previdência Social, com a inclusão do benefício

do salário-maternidade entre as prestações previdenciárias. Todavia, o benefício continuou sendo pago somente às seguradas empregadas, excluindo-se, ainda, as demais trabalhadoras.

Atendendo às determinações da Constituição Federal de 1988, que dispôs no seu artigo 201, inciso II, que a Previdência Social atenderá, nos termos da lei, a proteção à maternidade, especialmente à gestante, entrou em vigor a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que estendeu o salário-maternidade às seguradas trabalhadoras avulsas, empregadas rurais e empregadas domésticas.

Contudo, ainda estavam excluídas do benefício as seguradas especiais, facultativas e contribuintes individuais.

A Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994, solucionou o problema quanto à segurada especial, garantindo o pagamento do benefício, no valor de um salário mínimo, à trabalhadora que preenchesse os requisitos exigidos.

Todavia, apenas com a edição da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, todas as seguradas da Previdência social, passaram a ser beneficiárias do salário-maternidade.

A evolução histórica do benefício, ainda encontra outro importante momento com o surgimento da Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002, que ampliou a sua abrangência para as mães adotantes e para aquelas seguradas que obtivessem a guarda para fins de adoção.

Atualmente, o benefício do salário-maternidade tem sua aplicação regulada pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e suas posteriores alterações, regulamentada pelo Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999, também conhecido com Regulamento da Previdência Social.

3. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS.

O salário-maternidade é um dos benefícios mais complexos do Regime Geral de Previdência Social. Possui diferentes critérios, tais como fato gerador, carência e valor do benefício, para os variados tipos de seguradas. Seus principais requisitos são, além da inafastável qualidade de segurada, o cumprimento da carência mínima e a óbvia existência gestação ou adoção.

O fato gerador do benefício pode ser o parto, o aborto não criminoso ou a adoção.

Para fins de concessão de salário-maternidade, considera-se parto o evento ocorrido a partir da vigésima terceira semana (sexto mês) de gestação, inclusive em caso de natimorto.

No que concerne à carência para a concessão do salário-maternidade, o inciso III, do artigo 29 do Decreto 3.048 de, 06 de maio de 1999 especifica que será dez contribuições mensais, para as seguradas facultativas e contribuintes individuais. Para as demais seguradas, o requisito é dispensado¹.

A prestação previdenciária é devida desde o início da gestação, sendo paga por um período que pode ser de duas semanas até cento e vinte dias. Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas. No caso de parto normal ou antecipado, ainda que ocorra parto de natimorto, o benefício é devido durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dias depois do parto.

Em se tratando de adoção, o pagamento do benefício é feito de forma inversamente proporcional à idade da criança adotada, na forma do *caput* do artigo 93-A do Decreto 3.048/1999. Note-se:

Art. 93-A. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança com idade:

- I - até um ano completo, por cento e vinte dias;
- II - a partir de um ano até quatro anos completos, por sessenta dias; ou
- III - a partir de quatro anos até completar oito anos, por trinta dias.

Existe ainda a possibilidade de prorrogação do período do benefício. Em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico.

¹ Para a segurada especial, é exigida a comprovação de exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos dez meses imediatamente anteriores ao parto, por força do § 2º, artigo 93, do Decreto 3.048 de, 06 de maio de 1999.

Adilson Sanchez e Victor Hugo Xavier² falando sobre o aumento da duração do benefício explicam:

A prorrogação dos períodos de repouso anteriores e posteriores ao parto consiste em exceção, compreendendo as situações em que exista algum risco para a vida do feto ou criança ou da mãe, devendo o atestado médico ser apreciado pela Perícia Médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, exceto nos casos de segurada empregada, que é pago diretamente pela empresa.

Outro ponto importante é o valor do benefício. Para a empregada doméstica, é correspondente ao valor do seu último salário-de-contribuição³. Para as seguradas facultativas e contribuintes

2 SANCHEZ, Adilson; XAVIER, Victor Hugo. **Advocacia previdenciária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 221.

3 Decreto 3.048 de, 06 de maio de 1999. Art.214. Entende-se por salário-de-contribuição: I - para o empregado e o trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados 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; II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observados os limites mínimo e máximo previstos nos §§ 3º e 5º; III-para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observados os limites a que se referem os §§ 3º e 5º; IV - para o dirigente sindical na qualidade de empregado: a remuneração paga, devida ou creditada pela entidade sindical, pela empresa ou por ambas; e V - para o dirigente sindical na qualidade de trabalhador avulso: a remuneração paga, devida ou creditada pela entidade sindical. VI-para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observados os limites a que se referem os §§ 3º e 5º;

[...]

§3º O limite mínimo do salário-de-contribuição corresponde: I- para os segurados contribuinte individual e facultativo, ao salário mínimo; e II- para os segurados empregado, inclusive o doméstico, e trabalhador avulso, ao piso salarial legal ou normativo da categoria ou, inexistindo este, ao salário mínimo, tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo durante o mês.

[...]

§ 5º O valor do limite máximo do salário-de-contribuição será publicado mediante portaria do Ministério da Previdência e Assistência Social, sempre que ocorrer alteração do valor dos benefícios.

individuais corresponderá à média dos 12 últimos salários-de-contribuição, apurados em período não superior a 15 meses. Já para a segurada especial, o benefício será pago no valor de um salário mínimo.

Quanto à segurada empregada que tenha salário fixo, o valor a ser recebido corresponderá à remuneração devida no mês do seu afastamento, enquanto aquela que tenha salário variável receberá o equivalente à média salarial dos seis meses anteriores, podendo inclusive, nas duas situações, extrapolar o teto dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social, respeitando-se contudo, o teto salarial dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a Resolução nº 236/02 do Supremo Tribunal Federal, de 19 de julho de 2002. Para as demais seguradas o teto do RGPS deve ser obedecido.

4. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO.

O responsável pelo pagamento do salário-maternidade difere de acordo com o tipo de segurada e a situação em que se encontre, podendo ser o próprio Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o empregador e até mesmo o sindicato profissional ou entidade de aposentados devidamente legalizada.

Na maioria das situações a responsabilidade pelo pagamento é do Instituto Previdenciário. As seguradas facultativas, trabalhadoras avulsas, contribuintes individuais, empregadas domésticas e as seguradas especiais, recebem diretamente da Autarquia Federal o pagamento referente à prestação previdenciária. Cabe destaque a possibilidade de o salário-maternidade ser pago diretamente por sindicato ou entidade de aposentados devidamente legalizada, mediante convênio, na forma do art. 311⁴ do Regulamento da Previdência Social.

4 Art. 311. A empresa, o sindicato ou entidade de aposentados devidamente legalizada poderá, mediante convênio, encarregar-se, relativamente a seu empregado ou associado e respectivos dependentes, de processar requerimento de benefício, preparando-o e instruindo-o de maneira a ser despachado pela previdência social.

Parágrafo único. Somente poderá optar pelo encargo de pagamento, as convenientes que fazem a complementação de benefícios, observada a conveniência administrativa do INSS.

O pagamento feito à segurada empregada, dependerá da condição em que ela se encontre. No caso de trabalhadora com vínculo empregatício vigente, o pagamento deverá ser efetuado pela empresa empregadora. Luciano Dalvi⁵ leciona:

Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Se a segurada encontra-se desempregada, nos casos de demissão antes da gravidez ou, caso a gravidez tenha ocorrido enquanto ainda estava empregada, desde que a dispensa tenha sido por justa causa ou a pedido, o benefício será pago pelo INSS.

A Lei nº 12.470, de 2011, de 31 de agosto de 2011, trouxe inovação quanto à responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade. Quando se tratar de empregada de um microempreendedor individual, ante a simplicidade dessa figura empresarial, cabe ao Instituto Previdenciário o pagamento do benefício.

5. A RELAÇÃO DA PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA COM O DIREITO DO TRABALHO.

Muitas vezes confundido com a licença-maternidade, o benefício previdenciário alvo deste trabalho tem estreita ligação com o Direito Trabalhista. Tanto que alguns doutrinadores chegam a classificar a licença à gestante como sendo um benefício previdenciário⁶, o que se ousa discordar.

5 DALVI, Luciano. **Previdência Social Comentada e Aplicada ao Processo**. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2012. p. 233.

6 Valentin Carrion em sua consagrada obra *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho* (2009, p. 264) afirma que a licença-maternidade passou a ser benefício previdenciário que é custeado pelas contribuições patronais calculadas sobre a folha de pagamento.

É importante então diferenciar os dois institutos.

A licença-maternidade constitui-se em um período de repouso garantido à gestante pelas normas de Direito do Trabalho, enquanto o salário-maternidade corresponde a uma prestação pecuniária paga em forma de benefício previdenciário regido pela legislação previdenciária.

Diante de tamanha proximidade entre os dois direitos da trabalhadora, é plausível dizer que um depende do outro. Ora, seria extremamente incoerente conceder licença à empregada gestante, para que se preparasse para um momento tão importante da sua vida, sem que se lhe garantisse uma fonte de renda para o seu mantimento durante o afastamento do trabalho.

Outro ponto interessante da relação entre o benefício previdenciário e o Direito do Trabalho está na sua forma de pagamento. A Constituição Federal de 1988 estabelece, dentre os direitos dos trabalhadores, a garantia de licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. Ocorre que desde a edição da Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974, o empregador não suporta mais o ônus de remunerar a empregada durante o período de licença.

Na verdade, embora seja o responsável pelo pagamento do benefício à empregada, conforme já explicado no tópico anterior, cumpre destacar que o patrão age apenas como um intermediário entre a trabalhadora e a Previdência Social, pagando e compensando, posteriormente, os valores pagos, quando do recolhimento da sua contribuição patronal. Logo, ao final, é da Previdência o ônus financeiro decorrente do pagamento.

6. A ESTABILIDADE DA GESTANTE E CONTRATO DE EXPERIÊNCIA.

A estabilidade da gestante está prevista no inciso II, alínea b, do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que dispõe que até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição⁷, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

7 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...]

Essa norma veio proteger a mulher da histórica discriminação sofrida no ambiente de trabalho em consequência da maternidade. Muitos empregadores, vislumbrando uma considerável queda na produtividade das empregadas gestantes, dispensavam as trabalhadoras tão logo tomavam conhecimento da gravidez.

Com o advento da citada norma, o simples fato de estar grávida, passou a garantir à empregada o direito à estabilidade provisória.

Todavia, tal segurança no emprego não é garantida a todas as empregadas gestantes.

Com o surgimento da súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁸, restou consolidado em seu inciso III, o entendimento da Justiça Obreira de que as empregadas em contrato de experiência não têm direito à estabilidade. Disciplina o enunciado que não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Na lição de Renato Saraiva⁹ é ensinado que “nos contratos por prazo determinado, dentre eles o contrato de experiência, não há que se falar em estabilidade à gestante, uma vez que as partes já sabiam o termo final do pacto.”

Com efeito, a regra do enunciado do TST deve ser aplicada de forma mais ampla, qual seja, a todos os contratos de trabalho por prazo determinado, e não somente ao contrato de experiência, que é apenas uma das suas subespécies.

8 Súmula nº 244 do TST - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

9 SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**: versão universitária. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. p. 398.

7. O CONFLITO NO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO À SEGURADA GESTANTE DISPENSADA DURANTE O CONTRATO DE EXPERIÊNCIA.

Como visto, a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade à segurada que se encontre desempregada é da Previdência Social, nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, por força do parágrafo único, do artigo 97 do Regulamento da Previdência Social.

Ainda sobre o tema, o Enunciado nº 31 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), de 07 de maio de 2007, disciplina que durante o período de graça, de que trata o artigo 15 da Lei nº 8.213/91¹⁰, é devido salário-maternidade à segurada desempregada que não tenha recebido indenização por demissão sem justa causa, durante a estabilidade gestacional, vedando-se o pagamento em duplicidade.

Não restam dúvidas de que a segurada receberá o seu

10 Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício; II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração; III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória; IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso; V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar; VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.

§ 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.

§ 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

§ 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

§ 4º A perda da qualidade de segurado ocorrerá no dia seguinte ao do término do prazo fixado no Plano de Custeio da Seguridade Social para recolhimento da contribuição referente ao mês imediatamente posterior ao do final dos prazos fixados neste artigo e seus parágrafos.

benefício, seja da empresa, seja da Previdência Social, conforme as disposições normativas mencionadas.

Acontece que uma situação merece especial atenção. É o caso da segurada que fica desempregada durante a vigência do contrato de experiência.

Foi relatado alhures que o entendimento da Justiça do Trabalho é de que a gravidez ocorrida durante o contrato de experiência não garante à trabalhadora a estabilidade provisória. Todavia, esse posicionamento, que obedece normas de Direito Privado, não é recepcionado pela Previdência Social, que é regida por normas de Direito Público.

Para a Previdência Social, em casos como esse, é dever da empresa pagar o salário-maternidade, realizando posteriormente a compensação já mencionada. O INSS baseia seu posicionamento, principalmente no ADCT, que, como visto, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, atribuindo ao empregador a responsabilidade pelo pagamento do benefício. Em consequência, a Autarquia Federal tem negado, reiteradamente, o benefício às trabalhadoras que se enquadrem nessa situação.

Por outro lado, lastreadas no entendimento sumulado da Justiça do Trabalho, as empresas têm se recusado a pagar o salário-maternidade às empregadas grávidas que são dispensadas durante o contrato de experiência, visto que, não teriam, em tese, direito à estabilidade provisória.

Diante desse choque de entendimentos, em que, de um lado ficam a Previdência Social e o Direito Público e do outro os empregadores e do Direito Privado, essas seguradas sofrem por não conseguirem receber o seu benefício.

A problemática fere princípios constitucionais básicos, como a dignidade da pessoa humana, a proteção à maternidade e o acesso à previdência social. As trabalhadoras não têm a quem recorrer, já que, se ingressam com requerimentos administrativos do benefício junto ao INSS, têm indeferidos seus pleitos. Do mesmo modo, se buscam a Justiça do Trabalho para reclamar o benefício não pago por seus ex-empregadores, vêem suas demandas serem julgadas improcedentes.

8.A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA.

O Princípio da proteção previdenciária, também denominado pelos doutrinadores como princípio da proteção ao hipossuficiente e ainda não aceito por boa parte deles, tem como ideia a interpretação das normas dos sistemas de proteção social sempre a favor dos menos favorecidos.

Como forma de solução da controvérsia, surge a possibilidade de aplicação desse princípio nas situações onde as empregadas gestantes são dispensadas durante o contrato de experiência. Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari¹¹ ensinam:

O princípio da proteção ao hipossuficiente, ainda que não aceito de modo uniforme pela doutrina previdenciária, vem sendo admitido com cada vez mais frequência o postulado de que as normas dos sistemas de proteção social devem ser fundadas na idéia de proteção ao menos favorecido.

Corroborando essa ideia, Adilson Sanchez e Victor Hugo Xavier¹² afirmam que “essa é a ótica que se espera do hermenêuta, se na relação de consumo é o cidadão rotulado de mais fraco, muito mais será na relação com o Estado opressor.”

Se não é possível satisfazer a necessidade da trabalhadora gestante através da esfera privada, então, que se faça funcionar o sistema de proteção social de responsabilidade do Estado. O princípio em comento decorre dessa proteção e deve ser aplicado sempre que o segurado encontrar-se desamparado, principalmente pelas normas que deveriam protegê-lo.

O que não se pode admitir é que as seguradas, que se enquadram nessa desagradável situação, permaneçam sem receber os

11 LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. **Manual de Direito Previdenciário**. 8. ed. Florianópolis: Conceito, 2007. p. 49.

12 SANCHEZ, Adilson; XAVIER, Victor Hugo, Op. Cit., p. 103.

seus benefícios pela maternidade.

Nesse diapasão, caberia à Previdência Social resolver a controvérsia, afastando as normas que a impedem de pagar o salário-maternidade e realizando o pagamento do benefício, acabando de vez com a injustiça recorrente e consagrando a proteção previdenciária.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Não se pode negar que a proteção constitucional à maternidade vem sendo, de forma muito ampla, satisfeita. A existência de estabilidade provisória no emprego, de licença do trabalho e de benefício previdenciário específicos destinados à gestante, consagra essa proteção e rechaça as discriminações socioculturais suportadas pelas mulheres em outros tempos.

A problemática tratada reflete uma fragilidade nem sempre aparente na aplicação conjunta de normas de Direito Público e Direito Privado. Diante disso, cabe ao Estado intervir, fazendo uso do seu sistema de proteção social e evitando assim a perpetuação de injustiças, o que não se admite, principalmente num Estado Democrático de Direito.

Assim como é feito nos Direitos do Trabalho e do Consumidor, deve-se ser feito no Direito Previdenciário. A proteção estatal independe da esfera do direito, seja ela pública ou privada, o que se busca é extinção de injustiças e a segurança dos mais fracos.

Independentemente de quem seja a responsabilidade pelo pagamento do salário-maternidade, não é tolerável que milhares de trabalhadoras sejam prejudicadas num momento tão ímpar de suas vidas pela fragilidade das normas vigentes. Desse modo, cabe ao Estado, enquanto não se edita uma norma que resolve a celeuma, proteger as seguradas gestantes prejudicadas, concedendo e pagando os benefícios previdenciários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALVI, Luciano. **Previdência Social Comentada e Aplicada ao Processo**. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2012.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. **Manual de Direito Previdenciário**. 8. ed. Florianópolis: Conceito, 2007.

SANCHEZ, Adilson; XAVIER, Victor Hugo. **Advocacia previdenciária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**: versão universitária. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011. Somente poderá optar pelo encargo de pagamento, as convenientes que fazem a complementação de benefícios, observada a conveniência administrativa do INSS.

6

AS LACUNAS COMO PARÂMETRO NA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA NORMA PROCESSUAL COMUM NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Lítiane Cipriano Barbosa Lins

Mestre em Direito pela PUC-RS.

Assessora da Vice-Presidência no TJRS

*“Quem combate monstruosidades deve cuidar
para que não se torne um monstro.
E se você olhar longamente para um abismo, o abismo
também olha para dentro de você”.*
Friedrich Nietzsche

INTRODUÇÃO

Em artigo intitulado “As Lacunas no Direito do Trabalho”, Luciano Athayde Chaves¹ nos informa que inexiste na ciência do Direito análise profunda, ampla e satisfatória sobre o problema das lacunas do sistema positivo processual. Os processualistas pouco têm debatido o tema e, quando o fazem, é na perspectiva da realização do

1 CHAVES, Luciano Athayde. *As Lacunas no Direito Processual do Trabalho*. In: *Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007. Pp. 52-95. 52..

direito material, de acordo com o enunciado do art. 126 do Código de Processo Civil², que determina ao juiz a aplicação da analogia, costumes e princípios gerais do direito quando houver lacuna ou obscuridade na lei.

O referido texto que embasa o nosso estudo propõe a reflexão sobre diversas questões interessantes, dentre as quais cabe destacar: a) a tarefa de integrar o subsistema processual trabalhista apenas teria lugar em caso de omissão, esta entendida como ausência de regramento específico para determinada situação?; b) a evolução científica e tecnológica ensejaria omissão no ordenamento jurídico processual?; c) a omissão de que trata o art. 769 da CLT comporta outras espécies de vazios normativos ou jurídicos passíveis de integração pelo aplicador da lei?

I. DA INCOMPLETUDE DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Luciano Athayde Chaves refere que no campo do Direito Processual do Trabalho somente seria possível falar em completude se considerássemos a cláusula de subsidiariedade no art. 769 da CLT, como elemento integrativo formal do sistema. Por esta regra se reconhece expressamente a incompletude do ordenamento jurídico-processual do trabalho ao permitir que o intérprete lance mão do processo comum nos casos omissos.³

Nesse sentido o autor traz exemplos do Direito comparado que permitem a aplicação subsidiária de normas do processo comum, como Portugal, Espanha e Argentina que parecem adotar sistemática de aplicação subsidiária bem mais flexível que o Brasil, afirmando, ainda, que essa incompletude é plenamente justificável, pois o processo do trabalho é subsistema criado para imprimir especialidade à jurisdição social⁴, razão pela qual não existe razão

2 Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 09.04.2010.

3 CHAVES, Op Cit., Pp. 62-63.

4 Sobre essa característica especialíssima da justiça do trabalho, consultar a evolução histórica dos direitos sociais amplamente debatida na obra de LEDUR, José Felipe. Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

para a regulamentação de todas as dimensões do panorama processual quando se tem uma teoria geral do processo, tronco comum de onde ramificam-se os demais subsistemas processuais.

1.1.A Autonomia do Direito Processual do Trabalho

Muitos autores discorrem sobre a autonomia do Direito Processual do Trabalho. Dentre eles, destaco a contribuição de Mario Pasco⁵ que nos informa a existência de diversas correntes sobre o tema. A primeira, defendendo a unidade do direito processual, ou seja, um único capaz de abarcar os ramos do processo civil, penal e trabalhista⁶. A segunda, por sua vez, negando o elo entre o processo do trabalho e quaisquer outras disciplinas processuais, o que, por si só, denega a aplicação subsidiária na norma do processo comum na esfera trabalhista. Já a terceira vertente consiste em posicionamento moderado em que se reconhece a existência comum de distintos ramos processuais, o que não impediria a existência de uma teoria geral abrangendo a coexistência de princípios comuns.

A importância do exame das diversas correntes se dá na medida em que a adoção de uma delas gera consequências até mesmo na interpretação do art. 769 da CLT, no conceito de omissão e de lacunas que veremos mais adiante.

De acordo com o entendimento de Francisco Antonio de Oliveira, a interdependência orgânica do ordenamento processual trabalhista é visível, porquanto nenhuma ciência poderá subsistir de forma isolada e ao defender o envolvimento subsidiário, afirma que este é necessário para o avanço científico. “O Direito do Trabalho, como partícipe, necessita desse alento subsidiário e desse envolvimento para que possa bem servir e desenvolver o seu fim social.”⁷

5 PASCO, Mario. Fundamentos do Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997, P. 22.

6 Vide sistema adotado no Uruguai.

7 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Manual do Processo do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.. P. 128.

2.A SUBSIDIARIEDADE DAS NORMAS PROCESSUAIS COMUNS E AS TEORIAS DAS LACUNAS

A atividade de integração do ordenamento jurídico, segundo Luciano Athayde Chaves, ocorrerá quando observada a incompletude deste ordenamento, respeitando-se a compatibilidade do instituto importado à esfera trabalhista de modo que se preserve a coerência do seu sistema processual, a teor do que dispõe o art. 769 da CLT.

Contudo a leitura do dispositivo supra citado enseja o questionamento sobre o que seria compreendido por “casos omissos”. Frequentemente a expressão é reconduzida a sinônimo de lacuna, uma ausência de disposição legal específica que se faz necessária diante do caso em apreço. Todavia, o conceito de lacuna não se apresenta unívoco e a partir do pensamento de alguns clássicos pensadores é possível perceber a complexidade que permeia o tema⁸.

3. TEORIAS DAS LACUNAS

3.1. Norberto Bobbio

Um dos clássicos pensadores do nosso tempo, Norberto Bobbio, em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico discorre sobre o problema das lacunas e assevera ser um ordenamento completo aquele em que “o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema”.⁹ E segue afirmando que é completo o ordenamento quando “jamais se verifica o caso de que a ele não se podem demonstrar pertencentes nem

8 Para classificações de lacunas além daquelas expressamente referidas neste estudo consultar: DINIZ, Maria Helena. As Lacunas no Direito, São Paulo: Saraiva, 2000; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, São Paulo: Atlas, 2008; ZITELMANN, “Las lagunas del derecho”, in Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Espanha, 1922, p. 541; ASCARELLI, Tulio. Il Problema delle lacune. Archivio Giuridico, 94, 1925;

9 BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. P. 115.

uma certa norma nem a norma contraditória”.¹⁰

As classificações que propôs consistem em: reais, ideológicas, objetivas e subjetivas, estas últimas subdivididas em voluntárias e involuntárias.

As reais, completáveis pelo intérprete, decorreriam da falta de critérios válidos para decidir qual norma deve ser aplicada. As ideológicas, por sua vez, originam-se da falta de uma solução satisfatória para o caso, da ausência de uma norma justa, de uma norma que se desejaria que existisse, mas não existe, sendo completáveis pelo legislador. Assim a lacuna seria entendida não como a ausência “de uma solução, qualquer que seja ela, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não já a falta de uma norma, mas a falta de uma *norma justa*, isto é, de uma norma que se desejaria que existisse, mas que não existe”.¹¹

De modo que Bobbio inicialmente apresenta uma diferenciação com base nas regras que já existem e que podem ensejar uma lacuna real e normas que não existem, mas deveriam existir e que ensejam uma lacuna ideológica.

Outra classificação em seguida proposta consiste em lacunas subjetivas e objetivas. “Subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador”¹², subdividindo-se em voluntárias e involuntárias. As involuntárias têm origem em um descuido do legislador. O caso parece estar regulamentado, mas não está em sua especificidade, provavelmente por ser considerado pouco frequente. As lacunas voluntárias são aquelas deixadas propositalmente pelo legislador por tratar-se de situação muito complexa, ao que se deixa a encargo do juiz uma interpretação passível de solver o caso concreto. Já as lacunas objetivas são independentes da vontade do legislador e têm origem na própria evolução social, no desenvolvimento das relações sociais, culminando no envelhecimento dos textos legislativos.¹³ Eis o argumento reiteradamente utilizado em prol de uma aplicação subsidiária de normas do processo comum cada vez mais abrangente

10 BOBBIO, Op. Cit., P. 115.

11 BOBBIO, Idem., P. 140.

12 BOBBIO, Ibidem., P. 144.

13 BOBBIO, Ibidem., P. 144.

na justiça do trabalho. Dada a maciça atualização das técnicas e mecanismos na seara da processualística civil, há quem defenda a importação daqueles institutos pela esfera trabalhista, pois o processo comum estaria melhor aparelhado no atendimento da complexificação das demandas, enquanto a CLT apresentaria muitos mecanismos desgastados pelo tempo.

Com efeito, o regramento processual não está imune ao tempo e se os valores, a tecnologia, a cultura de um modo geral se transformam, caberá ao processo também uma transformação com o fito de alcançar o seu fim que é a instrumentalização para o alcance da concretização dos direitos materiais.¹⁴

3.2. Karl Engisch

Karl Engisch na Introdução ao pensamento jurídico sustenta que as lacunas consistem em deficiência do ordenamento jurídico, também podendo se manifestar como incorreções neste ordenamento. Nas palavras do autor, consistem em faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica. “Aplicado ao Direito, o conceito de lacuna significa que se trata de uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico”.¹⁵ A deficiência do ordenamento jurídico, segundo o autor, poderá ser suprida com a integração jurídica, já as incorreções poderão ser afastadas pela correção da lei.

O pensamento de Engisch se aproxima bastante da classificação de Bobbio, na medida em que ambos acreditam na existência de lacunas que derivam de uma regulamentação já existente e de uma regulamentação que ainda não existe¹⁶. Contudo, Engisch alerta para importância de, no caso das lacunas reais de Bobbio – as que ensejam a ação do intérprete – que se faça uma interpretação harmoniosa com a evolução da sociedade. Nestes casos não deverá o intérprete ficar preso à vontade do legislador, mas deverá desenvolver um sistema de interpretação que acompanhe o desenvolvimento das relações sociais.

14 CHAVES, Op. Cit., Pp. 65-66.

15 ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 276.

16Referência às lacunas reais e ideológicas de Bobbio.

Sérgio Pinto Martins ao tratar de umas das diversas formas de aplicação das normas de direito processual do trabalho, afirma que integrar corresponde a completar e neste sentido, o “intérprete fica autorizado a suprir as lacunas existentes na norma jurídica por meio da utilização de técnicas jurídicas”.¹⁷ Ademais, seriam, de acordo com Martins, técnicas jurídicas a analogia, a equidade, bem como a utilização de princípios gerais do Direito, além do direito comparado, de acordo com o que dispõe o art. 8º da CLT.¹⁸ Segue o doutrinador afirmando que a “a analogia não é um meio de interpretação da norma jurídica, mas de preencher os claros deixados pelo legislador”, consistindo mais especificamente na “utilização de uma regra semelhante para o caso em exame”¹⁹.

Neste contexto Luciano Athayde Chaves alerta para a importância de se pensar na expressão “casos omissos” trazida pelo art. 769 da CLT. Estaria o dispositivo referindo-se apenas a uma lacuna normativa? Ao que se posiciona no sentido de que a aplicação subsidiária da norma comum não deveria ser feita tão-somente quando ausente norma específica na CLT, mas quando uma norma do processo civil se apresentasse mais ajustada à realidade e à evolução social, condicionada é claro à preservação dos princípios trabalhistas, o que vai resultar em um maior benefício ao cidadão. O autor exemplifica com o caso da súmula 303 do TST sobre a remessa de ofício, quando se reconheceu maior sintonia das regras de processo comum com os valores constitucionais de duração razoável do processo, reconhecendo-se, por consequência uma mudança nas relações sociais, o que autorizou a aplicação da regra de processo comum, já que preservava a harmonia do processo trabalhista.

Como bem referiu Cândido Rangel Dinamarco, os textos

17 MARTINS, *Idem.*, P. 34.

18 Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 05/04/2010.

19 MARTINS, *Op. Cit.*, P. 35.

legislativos são portadores da norma, mas não são a norma. “As normas vivem no plano ideal do direito e integram um sistema harmônico do qual a lei constitui apenas uma forma de expressão”²⁰.

Na esteira de Eduardo Gabriel Saad, José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castelo Branco, “uma lei não é velha nem nova; ela é boa enquanto refletir a realidade que se propõe a regular. Se o mundo fático se modifica, tem a lei de ser alterada”.²¹ E seguem os autores atestando a necessidade de uma atualização da CLT com vistas ao melhor atendimento das exigências impostas pela evolução da sociedade e conseqüentemente, das demandas.

3.3. Karl Larenz

Para Larenz nenhuma lei por mais bem pensada que seja, poderá conter solução para todas as situações que aparecerem. Toda lei, portanto, contará, inevitavelmente, com lacunas que serão colmatadas pelo Poder Judiciário. Assim, o autor classifica as lacunas em normativas e de regulação. As primeiras decorrem da conclusão de que não será possível solucionar o caso sem acrescentar nova disposição normativa, as últimas não se referem exatamente a uma ausência de regra, mas o fato é que a atuação jurisdicional acabaria por ensejar a própria “denegação da justiça”.

Sérgio Pinto Martins tem uma passagem que ilustra essa classificação quando afirma que *o juiz pode até praticar injustiça num caso concreto quando segue rigorosamente o mandamento legal, razão pela qual haveria também a necessidade de se temperar a lei para aplicá-la ao caso concreto e fazer justiça. Pela CLT, contudo, o juiz só poderá decidir por equidade havendo lacuna na lei*.²²

Ele ainda classifica as lacunas em patentes, quando a lei não contém regras para determinados grupos de casos, e ocultas, quando a lei possui regramento para determinado grupo de casos, mas não se ajusta ao caso concreto dada a sua especificidade.

20 DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2005. Tomo I.

21 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. São Paulo: Atlas, 2006. P. 34.

22 NASCIMENTO, Idem., P. 30.

As iniciais seriam aquelas deixadas propositalmente pelo legislador como as lacunas subjetivas voluntárias de Bobbio. As subseqüentes são originadas da evolução tecnológica, científica e econômica da sociedade.

Amauri Mascaro do Nascimento alerta que “o juiz do trabalho não pode deixar de acompanhar a evolução do seu tempo, atuando em consonância com as exigências que os avanços tecnológicos, econômicos e a problemática social apresentam, com o que não pode ser escravo da lei, nos moldes da exegética da Escola de Napoleão”.²³ Segue Nascimento:

*“A lei é evidentemente o quadro dentro do qual o juiz deve movimentar-se; a equidade é o respaldo no qual busca fundamento para criar a norma inexistente no caso concreto, atuando como se legislador fosse; a analogia é a técnica que usa para a solução de questões semelhantes; e a razoabilidade é a atitude subjetiva que deve pautar o exercício da jurisdição, sem os exageros da Escola do Direito Livre, observando as disposições da lei, mas atento aos fins a que se destina a norma jurídica, mantendo postura teleológica e prospectiva capaz de dar sentido e efetividade às suas decisões”.*²⁴

Nesta quadra é possível o seguinte questionamento: o que poderia ser considerado como evolução no campo processual, a ponto de produzir lacuna? Segundo Chaves, o desenvolvimento de técnica e mecanismos capazes de alcançar com mais celeridade e efetividade a concretização dos direitos materiais, poderiam considerados evolução no campo processual capaz de originar lacunas, razão pela qual não haveria motivo para o repúdio de uma técnica nova e mais efetiva só porque provém de outro sistema processual.²⁵

23 NASCIMENTO, Op. Cit., P. 30.

24 NASCIMENTO, Op. Cit., P. 30.

25 CHAVES, Op. Cit., P. 81.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abertura do sistema jurídico a partir da Constituição, como bem definiu Chaves, não permite apenas uma forma de interpretação, mas encoraja o câmbio e os ajustes entre subsistemas com o condão de preservar a efetividade dos direitos²⁶. Entretanto, repiso, não se deve sacrificar a efetividade de uma justiça especializada pela duvidosa celeridade advinda da desmedida aplicação subsidiária da norma de processo comum.

Encerra-se esta singela pesquisa com a lição de Eduardo Couture²⁷ sobre as chamadas lacunas da lei, desenvolvida na obra *Interpretação das Leis Processuais*. Segundo o autor, no plano positivo do direito o problema da lacuna se apresenta da seguinte forma: se não existe uma norma para decidir o assunto, impera o preceito do tudo que não é proibido é permitido, se essa outra norma implícita não é suficiente para resolver o caso, onde buscarei o preceito necessário?

Contudo, assevera, em função de uma série de características próprias da juridicidade, o direito poderá conter casos não previstos, mas não contém vazios. Já se disse que o direito é completamente hermético porque existem juízes que integram necessariamente a ordem jurídica e possuem a função de completar as supostas lacunas do direito. É essa uma construção apta para a interpretação judicial, mas ela atribui uma significação excessiva à atividade jurisdicional. Não é possível falar em um lacuna da lei ou do direito porque não há, dentro da finalidade lógica do direito uma situação que não possa ser resolvida pelos métodos próprios de sua aplicação. Não pode haver um problema virtualmente jurídico que seja insuscetível de solução.²⁸

O direito é completo, assegura Couture, mas não impenetrável. Muitos dos seus elementos são abertos à vida e o direito está constantemente submetido a um intercâmbio com a vida como também propôs Luciano Athayde Chaves. Não é prudente por motivo de rigor científico, recorrer ao uso de uma metáfora como a das lacunas

26 CHAVES, Op. Cit., P. 93.

27 COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução da Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Pp. 29-33.

28 COUTURE, Op. Cit., P. 32.

do direito, para nos referirmos aos casos concretos que tenham escapado do legislador. A atividade do intérprete diante de uma situação não prevista é apontada pelo próprio direito, mediante a aplicação da analogia, das doutrinas, dos princípios gerais do direito.²⁹

O fato é que a lei contém em si mesma toda a ordem jurídica, em sua integridade. Quando o seu texto o reflete, sem margem para dúvidas, o caso será resolvido por ele; quando não tiver sido prevista uma forma expressa, todo o ordenamento jurídico estará presente para decidir a questão. Desse modo, finaliza o jurista uruguaio, apontando não existir lacunas no direito, mas no máximo omissões de previsão expressa. E são as omissões em si mesmas a força motriz para a constante reflexão sobre o desenvolvimento no campo das leis processuais.

Após a singela pesquisa cabe a lembrança de que a justiça do trabalho como jurisdição especializada na tutela de direitos que transcendem os interesses patrimoniais é a responsável pela efetividade de direitos fundamentais que influenciam diretamente na ordem social brasileira. O Direito do Trabalho, nascido da evolução histórica do país, a custa de relevante esforço de todos aqueles que lutaram bravamente pela regulamentação destes interesses, jamais poderá perder de vista a sua índole protecionista. A esta justiça especializada incumbe a missão de igualar aqueles que se encontram absurdamente desnivelados nas relações de trabalho, zelando para que a mão-de-obra que movimenta o país não seja solapada pela busca desenfreada de um crescimento econômico a qualquer preço. Não há porque lançar mão da aplicação subsidiária da norma de processo comum sempre que esta apresentar mera celeridade em comparação com a norma trabalhista, até mesmo porque inexistente qualquer garantia no sentido de que a norma do processo comum terá o mesmo efeito na Justiça do Trabalho, haja vista indiscutível distinção sistemática entre as jurisdições. Inconcebível o sacrifício da efetividade para o alcance da celeridade – esta última, convenhamos, sempre foi característica da justiça trabalhista e somente após árduo esforço na busca por uma constitucionalização do processo civil, este passou a promover reformas, criando mecanismos que pudessem auferir celeridade a uma processualística que encontrava-se estagnada pela influência de séculos de rigor formal. Ironicamente, hoje é atribuída ao processo civil toda a gama de técnicas verdadeiramente capazes de imprimir celeridade à jurisdição como se

29 COUTURE, Op Cit., P. 32.

fosse este subsistema o pioneiro da rapidez processual no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, lembrando que é necessário cautela quando da aplicação subsidiária com o fito preservar-se as características inerentes à justiça trabalhista, vale a menção de trecho da obra *Além do Bem e do Mal* em que Friedrich Nietzsche alerta: “Quem combate monstruosidades deve cuidar para que não se torne um monstro. E se você olhar longamente para um abismo, o abismo também olha para dentro de você”.³⁰

BIBLIOGRAFIA

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BUENO, J. Hamilton. *Da Introdução ao Estudo do Direito Processual do Trabalho*. In: Curso de Direito Processual do Trabalho. J. Hamilton Bueno (coord). São Paulo: Ltr, 2008. Pp. 17-27.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CHAVES, Luciano Athayde. *As Lacunas no Direito Processual do Trabalho*. In: Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007. Pp. 52-95. 52.

COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Tradução da Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005. Tomo I.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*, São Paulo: Saraiva, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, São Paulo: Atlas, 2008;

GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais*:

30 Nietzsche, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Manual do Processo do Trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASCO, Mario. Fundamentos do Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad Catello. Direito Processual do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Alessandro da; FAVA, Marcos Neves. *Crítérios para aferição da incidência da reforma do Processo Civil ao Processo do Trabalho*. In: Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade. São Paulo: LTr, 2007. Pp. 125-150.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Reflexos das alterações do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho*. In: Revista LTr, São Paulo, v. 7, n. 8.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta 2007.

7 A LIDE SIMULADA NA JUSTIÇA DO TRABALHO E PROPOSITURA DA AÇÃO RECISÓRIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Ana Carla Pereira Alves

Bacharel em Direito pela
Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP

RESUMO: A lide em matéria processual é reconhecida como interesses resistidos, ensejando conflitos interpessoais motivadores de demandas judiciais. Ressalte-se que a conciliação é mecanismo jurídico célere para solucionar contendas levadas ao conhecimento do Poder Judiciário. É uma intrigante realidade na Justiça do Trabalho, a lide simulada, por desprezar normas trabalhistas concernentes à devida extinção do contrato empregatício. A colusão das partes que visam fraudar a lei é hipótese de cabimento da ação rescisória pelo Ministério Público do Trabalho para a desconstituição da coisa julgada material para defender os direitos individuais e coletivos da sociedade, a dignidade da Justiça, a ordem jurídica, o interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Lide simulada. Conciliação judicial. Justiça do Trabalho. Ministério Público do Trabalho. Ação Rescisória.

SUMÁRIO

1. Lide
2. Conciliação na Justiça do Trabalho
3. Reclamação trabalhista simulada
4. Espécies de lide simulada
 - 4.1 Lide simulada em detrimento do empregado
 - 4.2 Lide simulada em detrimento de terceiros
 - 4.3 Lide simulada em casos de patrocínio infiel
5. Enfrentamento da lide simulada pelo Ministério Público do Trabalho
6. Ação rescisória no caso de colusão das partes
7. Referências bibliográficas

I. LIDE

Os conflitos de interesse retratam uma realidade inegável à existência humana. Independentemente de que sejam individuais ou coletivos, os quais devem ser resolvidos para a convivência harmônica em sociedade, ainda assim, a necessidade de se proporcionar proteção às prerrogativas naturais, origina-se e se perfaz com os seres humanos alcançando-os em suas relações, o fato é que sempre foi inerente à vida social e o escopo do Estado, o dever de solucionar as divergências interindividuais tem que ser cumprido de maneira satisfatória para não constituir lesão aos direitos resguardados pelas normas jurídicas.

A existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz da atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que podem surgir entre elas. Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não podendo obtê-lo – seja porque (a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex., a pretensão punitiva do Estado não pode ser satisfeita

mediante um ato de submissão do indigitado criminoso). Nessas duas situações caracteriza-se a insatisfação de uma pessoa¹.

Caracteriza-se a lide por ser uma pretensão resistida, um conflito de interesses que afronta as vontades, os desejos de partes antagônicas que não chegam a um consenso, nem ao bom senso capaz de diluir, solucionar suas contrariedades, controvérsias e estas serão levadas para apreciação do Poder Judiciário que decidirá o caso concreto de acordo com seu convencimento a partir das situações fáticas que foram apresentadas.

Convém registrar as palavras de J. E. Carreira Alvim:

Como os bens são limitados, ao contrário das necessidades humanas, que são ilimitadas, surge entre os homens, relativamente a determinados bens, choques de forças que caracterizam o conflito de interesses, e os conflitos são inevitáveis no meio social.²

No ensejo, por ser pertinente, vale mencionar as considerações de Francisco Wildo Lacerda Dantas:

O homem é um ser pleno de necessidades, as quais podem ser classificadas em primárias – aquelas que dizem respeito mais de perto à própria condição humana (alimentação, vestuário, residência) – até aquelas outras em que o próprio homem as inventa, como a televisão e outros equipamentos de lazer, consideradas secundárias³.

Segundo a concepção do filósofo Aristóteles o homem é um

1 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008. p. 26.

3ALVIM, J. E. Carreira. Teoria Geral do Processo. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 6.

3 DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Teoria Geral do Processo (Jurisdição - Ação (Defesa) – Processo). 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 41.

animal político, que nasce com a tendência de viver em sociedade.⁴ Assim, indubitável é que o ser humano nasceu para viver na coletividade e para completar-se com outro ser da mesma espécie, visando, dessa forma, concretizar seus ideais e aspirações vitais.

Ademais, é inegável que o Direito e a sociedade nasceram e caminham lado a lado, segundo palavras conjuntamente elaboradas por Ada Pellegrini, Antônio Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que, no atual estágio do conhecimento científico sobre o direito, é predominante o entendimento de que não há sociedade sem direito: *ubi societas ibi jus*.⁵

Sendo irrefutável que as normas jurídicas são imprescindíveis ao bem estar social, na medida em que estabelecem a ordem, os preceitos, atendem a ânsia dos sujeitos de direitos e deveres, cabendo ao Estado Democrático de Direito promover a tutela das situações fáticas que são levadas ao seu conhecimento para a devida apreciação com o fito de garantir, assegurar a realização da justiça no cumprimento de uma de suas funções típicas, a de julgar.

As palavras de José de Albuquerque Rocha expressam de forma salutar a premência do convívio em sociedade:

A necessidade de viver em sociedade reúne os indivíduos e força-os a coordenar suas atividades particulares de maneira que cumpram uma função social no sentido de que devem servir à realização de um processo social determinado. No entanto, no seio da sociedade os fatores de união não são os únicos a agir, havendo, igualmente, os fatores de desunião⁶.

A saber, a lide pressupõe vontades contrapostas que devem ser

4ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 1.

5 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008. p. 25.

6 ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007. p. 11.

levadas a alcançar um desfecho justo, haja vista que diante de injustiças a paz social não será alcançada, porque houve uma perturbação à ordem que rege a sociedade, nem será concretizado o bem comum.

Em relação ao estudo da lide, Humberto Theodoro Júnior, filiando-se à concepção de Carnelutti, ressaltou a distinção entre tal instituto e o conflito, *in verbis*:

É bom de ver, todavia, que não são todos os conflitos de interesses que se compõem por meio da jurisdição, mas apenas aqueles que configuram a lide ou litígio. O conceito de lide, portanto, é fundamental para compreensão da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, do processo e da ação.

Em primeiro lugar é preciso esclarecer que lide e litígio são vocábulos sinônimos e correspondem a um evento anterior ao processo. Mas sua existência constitui *conditio sine qua non* do processo (...) para que haja, outrossim, a lide ou litígio é necessário que ocorra “ um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”, conforme a clássica lição de Carnelutti⁷.

A conceituação de conflito tem feito surgir interpretações díspares na doutrina, o que ocasiona conclusões e concepções inúteis, uma vez que o direito disciplina situações que indiquem pretensões de valores que superam as vontades e necessidades individuais, como bem demonstra a citação a seguir:

Muitos juriconsultos, doutrinadores, aplicadores do Direito discutem a necessidade e a importância de se analisar o conflito, estudá-lo empiricamente⁸.

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, volume I. 41ª ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2004. p. 32.

8 VIEIRA, Eugênio de Castro. Os meios alternativos de solução de conflitos como instrumento de pacificação social e acesso à Justiça. Fortaleza: Revista Pensar, 2004, v. 9, p. 53.

Como manifestação processual, a lide apresenta-se quando a pretensão é levada ao conhecimento do Poder Judiciário pelo pedido da prestação jurisdicional em decorrência de direitos cerceados fazendo surgir o processo. De nada adiantaria que as vontades contrapostas ficassem, apenas, nas relações intersubjetivas sem que o Estado fosse provocado para manifestar-se a respeito de tal conflito. Afinal, a jurisdição é provocada pelas partes.

2. CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A conciliação na Justiça do Trabalho corrobora a necessidade da duração razoável do processo, como bem está preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII e no princípio da celeridade, em face da importância prestada ao valor social das ações trabalhistas, uma vez que o trabalhador reclamante é considerado parte hipossuficiente da relação processual. Ao provocar o Poder Judiciário, tem como fito ver seus direitos assegurados de forma precisa e ágil. Para Valentin Carrion, a conciliação é a declaração da paz no litígio.⁹

É um instrumento, mecanismo jurídico que remonta ao período colonial, como bem apontado nas palavras a seguir transcritas:

Da conciliação já falava a Constituição Imperial brasileira, exigindo que fosse tentada antes de todo processo, como requisito para sua realização e julgamento da causa. O procedimento das reclamações trabalhistas inclui duas tentativas de conciliação (CLT, arts. 847 e 850).¹⁰

Urge ressaltar os ensinamentos de Carrion em relação à

9 CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 577.

10 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008. p. 33.

conciliação e sua importância para a Justiça do Trabalho:

A homologação judicial do que as partes acordam nos litígios cabe a todos os órgãos jurisdicionais nos feitos em que funcionam; entretanto, é na Justiça do Trabalho que o constituinte dá relevo a essa atividade, referindo-se expressamente à sua competência judiciária para conciliar e julgar. O instituto da conciliação judicial não é inovação trabalhista, nem sequer no Brasil: a Constituição do Império não permitia iniciar-se processo sem a tentativa e, para tal missão, foram criados os juízes de paz; mas foi o êxito alcançado aqui que poderá ter levado o legislador de 1973 a torná-lo obrigatório no novo CPC, retirando da redação do anteprojeto o parágrafo que permitia a escusa de comparecer, declarando a parte não pretender fazer acordo. No direito espanhol a tentativa de conciliação deve anteceder à propositura da ação perante órgão estatal próprio. É a via pré-processual.¹¹

A conciliação, vista como um princípio no deslinde dos processos trabalhistas, configura uma obrigatoriedade a ser utilizada pelo magistrado na abertura da audiência e após a apresentação das razões finais como está normatizado na CLT. Não se trata de mera faculdade sendo um dever do mesmo. Para Carlos Henrique Bezerra Leite, a proposta de conciliação no processo trabalhista é matéria de ordem pública.¹² Desta afirmação, verifica-se a peculiaridade e a salutar importância que é atribuída ao instituto da conciliação, pois o objetivo é chegar a uma solução rápida do processo sendo desnecessário percorrer o longo e, por vezes, tortuoso e demorado caminho da demanda processual.

11 CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 34ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 577-578.

12 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: Editora Ltr, 2010. p. 500.

Em face da obrigatoriedade da conciliação no processo do trabalho, no início da audiência inicial e após as razões finais, em cumprimento aos artigos 846 e 850 da Consolidação das Leis do Trabalho, é inegável a sua importância para a solução dos conflitos intentados na Justiça do Trabalho. Ressalte-se que, antes da edição da Lei nº 9.022/95, a proposta de conciliação era suscitada pelo juiz após a defesa do reclamado. Tal inovação trazida pela mencionada lei deu nova redação ao artigo 846 da CLT.

Quando as partes optam pelo acordo judicial, lavrar-se-á o termo de conciliação que deverá ser homologado pelo magistrado, sendo considerado como uma sentença homologatória. Depois de transitado em julgado, só poderá ser desconstituída por ação rescisória, em cumprimento ao entendimento pacificado pela Súmula 259 do TST a seguir transcrita:

259. Termo de conciliação. Ação rescisória
Só por ação rescisória é impugnável o termo de conciliação previsto no parágrafo único do art. 831 da CLT.

Assim, o termo conciliação não é imutável, desde que respeitados os requisitos para a propositura da ação rescisória para desconstituição da coisa julgada. Ademais, acrescente-se que, previstas duas oportunidades de conciliação no processo do trabalho, não há impedimentos que a ação seja transacionada em qualquer fase processual encerrando a lide, pois o objetivo da Justiça do Trabalho é buscar a paz social e alcançar a segurança jurídica através da satisfação da efetiva prestação jurisdicional com a finalidade de permitir o acesso à justiça.

3. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA SIMULADA

Há diversos casos que evidenciam a lide simulada, reclamatória simulada na Justiça do Trabalho, sendo tal fato nocivo, lesivo à devida prestação jurisdicional pelo Estado, bem como à dignidade da Justiça. Imperioso destacar que esta prática mancha a própria credibilidade do Poder Judiciário, sem dúvida atingindo toda a sociedade.

De certa forma, é uma violação ao acesso à justiça, pois se leva à apreciação do magistrado um conflito suposto, falso, despendendo

recursos e tempo, que deveriam ser aplicados para solucionar e pacificar conflitos determinados por pretensões resistidas. Verifica-se que a imagem da Justiça Obreira é colocada em dúvida e maculada perante a população que aspira à concretização de seus direitos diante de situações fáticas que são a ela apresentadas através de pedidos formulados em ações trabalhistas.

A respeito do assunto, é oportuno transcrever as palavras de José Roberto Freire Pimenta:

As lides simuladas, mecanismo paralelo que cada vez mais frequentemente vem sendo utilizado, no mundo do trabalho formal, para limitar ainda mais o alcance real das normas tutelares trabalhistas na prática econômica e social brasileira, fazendo uso da Justiça do Trabalho, involuntariamente instrumentalizada para tanto.¹³

O Poder Judiciário representa a necessidade de garantir a atividade estatal da jurisdição respeitando as normas estabelecidas, mas também visa assegurar que os direitos reconhecidos pela lei sejam satisfeitos, realizados, porém, uma vez que o mesmo venha a ser provocado de forma indevida, sendo uma violação ao ordenamento jurídico, é perceptível que inúmeros direitos resguardados aos trabalhadores serão mitigados, suprimidos.

Observa-se que a configuração de violação dos direitos laborais em decorrência de acordos, transações feitas mesmo antes da propositura da ação trabalhista e, posteriormente, homologadas no Juízo com a finalidade de burlar e frustrar a aplicação da norma jurídica em benefício do empregador, prejudicando terceiros, o Estado e, inclusive, em certas situações o próprio empregado, é uma maneira de legitimação do ilícito.

No tocante ao acordo, salienta Christovão Piragibe Tostes Malta:

Com frequência as partes em conflito ajustam

13 PIMENTA, José Roberto Freire. Lides simuladas na Justiça do Trabalho: O uso abusivo das reclamações trabalhistas para descumprir a lei. *Consulex: revista jurídica*, Brasília, v. 8, n. 175, abr. 2004. p. 34.

suas pretensões antes da intervenção do juiz. Nessa hipótese o tribunal do trabalho limita-se a homologar o acordo, depois de conferir sua legalidade. Nada impede, porém, é claro, que, em qualquer caso, mesmo já tendo as partes acordado, procure o julgador orientá-las propondo solução que lhe pareça mais conveniente.

O acordo pretendido pelas partes deve ser indeferido pelo Juiz quando atenta contra preceito de ordem pública ou é nitidamente lesivo aos interesses do empregado ou de terceiros que, por um título legítimo, não possam ser prejudicados.¹⁴

É de se ver que a disseminação da má intenção em lograr êxito na simulação de ações trabalhistas não representa uma vontade real, mas sim uma vontade dissimulada que busca os efeitos jurídicos do ato, sendo inexistente a verdadeira lide caracterizada pela pretensão resistida, pelo inconformismo de uma das partes. De tal modo, o comprometimento da efetividade da ordem jurídica laboral é afetado.

Afirma Ronaldo Dias que:

Há processo simulado quando as partes, sem a vontade de aproveitar-se do resultado da demanda e sem interesse em obter os efeitos jurídicos advindos da prestação jurisdicional, simulam a existência de lide entre elas, com o fim de prejudicar terceiros ou mesmo de desviar o processo de sua finalidade constitucional e ontológica de servir de instrumento à paz social. No processo simulado objetiva-se resultado ilícito, sendo, em essência, fraudulento.¹⁵

Cabe aqui destacar Gecivaldo Vasconcelos Ferreira em relação à importância do estudo da lide simulada:

14 MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do Processo Trabalhista*. 32ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 372.

15 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude no Processo Civil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.67.

Não dá para fechar os olhos à realidade, todavia, pensando que dentre todas as ações propostas na Justiça Obreira não há aquelas em que as partes, mesmo antes do ajuizamento já acertaram os termos de um futuro acordo, comparecendo à audiência apenas para reafirmarem aquilo que já pactuaram extrajudicialmente; o que, via de regra, será chancelado pelo magistrado presidente do ato.

Dessa forma, merece ser debatido o tema, pois trata-se de assunto extremamente relevante, apesar da maioria da doutrina não enfrentá-lo a contento.

Existe, pois, uma realidade que ao que parece não está sendo levada em consideração pelos jurisdicionados, juízes e pelo próprio legislador.

Sabemos que não pode alguém ajuizar ação trabalhista quando inexistente lide a ser solucionada; muito menos pode o juiz ser condescendente com tal prática; porém quando se tem uma Justiça abarrotada de processos, e que busca na conciliação uma alternativa para imprimir celeridade nos feitos que lá tramitam, dificilmente algum magistrado deixará de homologar um acordo razoável para ambas as partes (e que não tenha o claro intuito de agredir o Erário) simplesmente por desconfiar que está diante de uma lide simulada.¹⁶

Ante as palavras supracitadas de Gecivaldo, observa-se que a lide simulada é uma praxe corriqueira na Justiça do Trabalho, porém é uma temática pouco abordada pela doutrina pátria que tem demonstrado ínfimo interesse para tratar tal matéria. Ainda assim, é notável que não haja a preocupação de juristas, doutrinadores e legisladores em sua rejeição do ordenamento jurídico. No entanto, o

16 FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 610, 10 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6409>>. Acesso em: 25 fev. 2012.

magistrado não deve homologar um acordo, mesmo que seja plausível para as partes, quando estiver pautado na simulação. Exige-se dele uma postura proativa quanto ao julgamento do processo, por mais que a conciliação seja uma maneira para difundir celeridade nas ações ajuizadas, desafogando o Poder Judiciário.

A prática da lide simulada não se confunde com a admissão da jurisdição voluntária no âmbito da Justiça do Trabalho. Esta tem o fito de autorizar a homologação pelo juiz de um acordo realizado extrajudicialmente, com a minoração da incidência reiterada de ações simuladas que objetivem prejudicar, lesar direitos do trabalhador. É evidente que se trata de uma aparência de litúgio para mascarar a realidade, sendo conflito simulado fictício, que busca acobertar ato ilícito em face da intencional nocividade do processo, sendo que as partes atuam em conluio, colusão pautando-se na litigância de má-fé.

Conforme Sérgio Pinto Martins:

A colusão pode ser entendida como um acordo secreto entre as partes litigantes, a fim de fraudar a lei ou conseguir fim proibido por lei, inclusive prejudicando terceiros. Deve haver um ato de autoria do autor e réu, tendo por objetivo fraudar a lei. Exemplo seria a hipótese de acordo entre as partes para liberar FGTS fora das hipóteses previstas no art. 20 da Lei nº 8.036.¹⁷

Em relação à colusão Christovão Piragibe Tostes Malta expressou-se, *in verbis*:

A colusão é o acordo entre duas ou mais pessoas, mediante o qual iludem o juiz, prejudicam terceiro e obtêm benefício. Ex.: para furtrar-se ao pagamento de dívida e antes do vencimento desta, o empregador combina com uma pessoa que não é seu empregado, mas que invoca essa condição, que ajuíze contra a empresa reclamação pedindo vultosa indenização. Os bens

17 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 32ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. p. 504.

do empreendimento são penhorados e posteriormente adjudicados pelo falso empregado, que mais tarde os aliena, entregando parte substancial da importância arrecadada ao empregador.

O terceiro prejudicado poderia ingressar com uma rescisória visando a anular a decisão que julgou a reclamação procedente.¹⁸

Imprescindível salientar que a Justiça do Trabalho intenciona reconhecer e ver garantidos os direitos tutelados ao empregado. No caso de ação simulada, lide induzida, sendo pactuado e homologado o acordo apresentado à deliberação do magistrado, poderá ocorrer uma contradição, pois certamente o Órgão que pretende assegurar, resguardar e fiscalizar o devido ajuste do término do contrato de trabalho, de forma involuntária e eventual, estará corroborando com a lapidação de tais direitos laborais.

Como bem acentua José Roberto Freire Pimenta:

A principal consequência negativa dessa prática social cada vez mais difundida é, nada mais nada menos, o esvaziamento real do Direito do Trabalho em vigor – por seu intermédio, obtém-se a não aplicação, a um número crescente de empregados, das normas tutelares trabalhistas que, por princípio, constituem o patamar mínimo inafastável dos direitos e garantias sociais constitucionalmente assegurado a todos os trabalhadores brasileiros pela Constituição da República (conforme seu artigo 7º, caput). Isto, por sua vez, reforça ainda mais o processo de crescente desnaturação e enfraquecimento do Direito Laboral em nosso país, já ensejado pela denominada “flexibilização” de seu caráter tutelar e impositivo e pelo debilitamento das entidades representativas dos trabalhadores

18 MALTA, Christovão Piragibe Tostes. Prática do Processo Trabalhista. 32ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 703.

(pelo aumento do desemprego e da economia informal e pela crescente adoção da terceirização pelos agentes econômicos, atomizando e desagregando as categorias profissionais). Em síntese, a aplicação real e efetiva das normas trabalhistas encontra um campo de atuação cada vez menor, pela possibilidade de os empregadores obterem, a posteriori e com a paradoxal e involuntária chancela do Judiciário trabalhista, sua completa liberação de qualquer responsabilidade por seu descumprimento no curso dos contratos de trabalho (em genuína concorrência desleal com os empregadores corretos, que, cumprindo a lei, não buscam diminuir desse modo seus custos de produção e seus preços).¹⁹

Nítida se mostra a vontade do empregador em conseguir se escusar do pagamento das verbas rescisórias ao empregado, pois, agindo de tal maneira, é menos oneroso para o mesmo, haja vista que os acordos são acertados com valores inferiores - irrisórios em relação ao pagamento que seria devido ao trabalhador, contando este com mais de 1 (um) ano de serviço, caso a homologação da rescisão do contrato de trabalho fosse feita pelo sindicato ou no Ministério do Trabalho e Emprego.

Com relação ao obreiro que tem menos de 1 (um) ano de trabalho exercido, a lide simulada o alcança em face do pagamento das verbas rescisórias que deve ser feito diretamente, através de recibo, sendo proposta a ação trabalhista com o finalidade de buscar a chancela do Poder Judiciário para a quitação do extinto contrato de trabalho.

Ainda, acrescentem-se as palavras dos procuradores do Trabalho da 5ª Região Janine Milbratz Fiorot e Italvar Medina a respeito da lide simulada na Justiça do Trabalho:

A lide simulada ocorre quando o patrão, no

19 PIMENTA, José Roberto Freire. Lides simuladas: a justiça do trabalho como órgão homologador. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, Jul./Dez. 99, p.121.

momento da extinção do contrato de trabalho, propõe uma ação contra o trabalhador a propor uma ação contra ele, apenas para que ambos, na presença do juiz, façam um acordo com relação ao pagamento de verbas rescisórias, com quitação do extinto contrato de trabalho²⁰.

É um litígio induzido, que, apresentado ao Poder Judiciário, gera a violação ao direito constitucional público e subjetivo de qualquer cidadão. Constitui-se na desvalorização da prestação jurisdicional, servindo para acobertar irregularidades que atingem frontalmente a ordem jurídica.

4. ESPÉCIES DE LIDE SIMULADA

Finda a relação de emprego existente entre empregado e empregador, com a extinção do contrato de trabalho, é necessário que as normas laborais disciplinadas no ordenamento jurídico tenham certas providências que devem ser tomadas para que o trabalhador não seja prejudicado em face da inobservância e descumprimento de seus direitos indisponíveis por parte do patrão, que visa lograr fim ilícito em detrimento de tal obreiro. Verifica-se que as ações trabalhistas são intentadas, em sua grande maioria, após a extinção do respectivo contrato de trabalho, diversos são os motivos para o malferimento desta realidade brasileira.

Acentua José Roberto Freire Pimenta que:

Na medida em que, até a presente data, o trabalhador brasileiro em geral não conta com a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa prevista no inciso I, do artigo 7º, da Constituição de 1988, quase todas as ações hoje em curso na Justiça do Trabalho têm por objeto relações de emprego

20 FIOROT, Janine Milbratz; MEDINA, Italvar. Combate a Lide Simulada: Como agir legalmente no momento da extinção do contrato de trabalho. In: **Cartilha da Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região**, 2001.

que já chegaram a seu término (já que a prática demonstra que o empregado que, com ou sem razão, resolver postular direitos trabalhistas no curso da prestação de serviços estará, na melhor das hipóteses, sujeitando-se a uma quase certa e imediata dispensa sem justa causa). Isto significa que o direito material do trabalho, no Brasil de hoje, muitas vezes só é aplicado de forma retroativa e, nos casos de lesões continuadas sujeitas à prescrição, limitada – e somente se o trabalhador prejudicado tomar a iniciativa de pleitear, na incerta e por seu descumprimento espontâneo pelo empregador (o que nem sempre acontece).

Paralelamente, outro mecanismo utilizado de forma cada vez mais frequente tem limitado ainda mais o alcance real das normas tutelares trabalhistas na prática econômica e social brasileira, sem que ainda tenha recebido a atenção devida dos operadores do Direito. Como sabem todos aqueles que militam na primeira instância da Justiça do Trabalho, as conciliações celebradas no âmbito das reclamações trabalhistas trazem, como praxe, a cláusula de “plena e geral quitação pelo objeto do pedido e pelo extinto contrato de trabalho”, outorgada pelo reclamante em contrapartida pelo cumprimento do acordo pelo empregador, com a clara finalidade de impedir o ajuizamento futuro de qualquer outra reclamação trabalhista versando sobre aquela mesma relação de emprego, seja qual for o pedido inicial que constitua o seu objeto.

Embora a ocasional instrumentalização da Justiça do Trabalho por partes mal intencionadas nunca tenha sido desconhecida dos operadores do Direito, temos assistido nos

últimos anos a um aumento assustador das denominadas “lides simuladas”.²¹

Diante deste cenário apresentado, depreende-se que as relações contratuais trabalhistas pactuadas no Brasil podem vir a ser permeadas pela insegurança jurídica, em face do descumprimento das normas, havendo também desrespeito no que concerne aos princípios norteadores da relação processual, configurando-se nitidamente a litigância de má-fé.

4.1 Lide simulada em detrimento do empregado

A ação trabalhista intentada pelo trabalhador contra o seu ex-empregador quando surge a figura da demissão com ou sem justa causa, sendo o empregado, na grande maioria dos casos, ignorante em relação aos seus direitos e compelido a praticar este ato para receber suas verbas rescisórias devidas em decorrência da extinção do contrato de trabalho e garantir que o pagamento das mesmas seja efetuado, ainda que a menor, em face de um acordo feito e formalizado em Juízo, que fora ajustado previamente pelas partes, é uma realidade que assola a Justiça do Trabalho no Brasil, evidenciando os descumprimentos das leis laborais.

Existe a alegação do empregador que o ex-empregado recusou-se a receber as verbas rescisórias, dessa forma imputando a este a inverídica justa causa ou alegando, falsamente, o pedido de demissão com o fito de levar para o Poder Judiciário a propositura de uma ação de consignação em pagamento e, posteriormente, apresentar como proposta de conciliação o valor depositado em Juízo.

Verifica-se que o intuito desta prática é não somente a banalização das normas trabalhistas, mas também assegurar ao reclamado que, cumpridas as determinações do termo de conciliação homologado pelo magistrado, concretize-se a coisa julgada material, conforme parágrafo único do artigo 831 da Consolidação das Leis do Trabalho, a seguir transcrito:

Art. 831. A decisão será proferida depois de rejeitada pelas partes a proposta de conciliação.

21 PIMENTA, José Roberto Freire. Lides simuladas: A Justiça do Trabalho como órgão homologador. In: Revista do Trabalhador do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, Jul./Dez. 99, p. 119

PARÁGRAFO ÚNICO. 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.

Haja vista a natureza jurídica de o acordo judicial ser de sentença homologatória, então, o empregado não poderá mais ajuizar uma nova e futura ação que verse sobre os direitos que foram transacionados, eis que é parte integrante da conciliação a cláusula da quitação plena e geral pelo objeto do pedido e pelo extinto contrato de trabalho que será obtida pelo empregador.

Por vezes, o empregado submete-se a esta espécie de lide simulada por ter interesse em receber de forma imediata, mesmo que precária, seus haveres trabalhistas até porque ele é a parte hipossuficiente da relação jurídica contratual e processual. Todavia é notável que mencionada atitude configura o uso indevido e abusivo do direito de ação, portanto há de convir que ambas as partes, empregador e empregado, estarão burlando preceitos normativos do ordenamento jurídico.

A conduta de má-fé das partes pode resultar na extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 129 do Código de Processo Civil, quando esta espécie de lide simulada é descoberta pelo magistrado, que deve conduzir o processo com as cautelas plausíveis, principalmente, se verificada na audiência inicial a vontade incontida dos litigantes em transacionarem o suposto litígio e em certos casos o reclamante revela que a reclamação é calcada na mácula da intenção do mesmo, sendo o processo utilizado como meio ardil pelo reclamado, desvirtuando a legalidade e atentando contra a ordem jurídica.

Acrescente-se que o patrão alcança com o acordo na Justiça do Trabalho postergar a realização do pagamento das verbas rescisórias devidas e incontroversas a que o trabalhador tem direito, pois deixa de efetuar-lo no prazo legal. Fazendo-o, parceladamente, segundo o termo de conciliação e com valores irrisórios o que, sem dúvida, é uma afronta aos direitos trabalhistas do reclamante.

4.2 Lide simulada em detrimento de terceiros

A espécie de lide simulada em prejuízo de terceiros configura-se ora contra o Estado, sendo assim, em detrimento da

sociedade que é lesada, ora contra credores do empregador. Nesta situação há a colusão do empregado com o patrão sendo evidente a finalidade de esquivar-se da aplicação da lei. Prolonga-se a lide até a fase de execução, existindo uma falsa pretensão e resistência. O que existe nestes casos é a fraude contra credores e a intenção inconveniente de indisponibilidade dos bens da empresa.

Discorre José Roberto Freire Pimenta sobre a lide simulada em detrimento de terceiros:

(Casos de verdadeira colusão do empregador para lesar terceiros) – aqui o reclamante também age de má-fé, em verdadeira colusão com seu antigo empregador, para: 1) lesar o interesse geral da sociedade (quando deseja demitir-se do emprego mas pretende, contra a lei, a liberação imediata de seus depósitos de FGTS e receber as prestações de seguro-desemprego ou apenas simula ter sido dispensado sem justa causa, continuando a trabalhar por certo período sem anotação na CTPS para, naquele período, receber também o seguro-desemprego); 2) lesar os direitos de terceiros (os demais e verdadeiros empregados daquele reclamado ou seus credores tributários, previdenciários ou cíveis), tendo ou não sido verdadeiro empregado, simula reclamação trabalhista na qual, após o descumprimento imediato do acordo já superdimensionado (com uma multa elevada, a título de cláusula penal), o patrimônio empresarial será ali penhorado em primeiro lugar, impedindo que este responda pelos verdadeiros débitos da empresa, trabalhistas ou não²².

Em virtude da competência constitucional da Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 114, inciso VII da Constituição da

22 PIMENTA, José Roberto Freire. Lides simuladas na Justiça do Trabalho: O uso abusivo das reclamações trabalhistas para descumprir a lei. *Consulex: revista jurídica*, Brasília, v. 8, n. 175, abr. 2004. p. 03-04.

República Federativa do Brasil, fica ao Estado assegurada a execução ex officio das contribuições sociais advindas das sentenças homologatórias, desta feita, ao lesar o ente estatal, as partes vislumbram fraudar as normas que versam sobre o recolhimento das contribuições previdenciárias, mas também do pagamento das custas processuais, da imprópria liberação do fundo de garantia por tempo de serviço - FGTS e da habilitação para o seguro desemprego.

4.3 Lide simulada em casos de patrocínio infiel

A indicação de advogado da confiança empregador para defender os direitos do ex-empregado perante a Justiça do Trabalho é a característica marcante desta espécie de lide simulada, uma vez que o profissional contratado tutelará aparentemente os interesses do trabalhador, pois visa tão somente conseguir a quitação do contrato de trabalho para a outra parte, como bem acentua as palavras de José Freire Pimenta:

Infelizmente, os julgadores de primeiro grau têm se deparado com situações ainda mais graves, nas quais o reclamante ajuíza a sua reclamação através de advogado que, logo na inauguração da audiência, o julgador experimentado (diante de sintomáticas circunstâncias e com poucas e bem dirigidas perguntas) descobre facilmente ter sido indicado pelo empregador, como forma de garantir, em geral, a defesa de seus próprios interesses e, mais especificamente, a homologação do acordo com a tão almejada “plena e geral quitação”²³.

Diante desta circunstância, a lide simulada é ainda mais abusiva em decorrência da participação de advogados que consideram e acreditam ser irrelevante a postura ética no exercício da advocacia ao praticarem o patrocínio infiel, agindo em malefício a quem deveriam proteger e beneficiar no desenrolar da ação trabalhista.

23 PIMENTA, José Roberto Freire. Lides simuladas: A Justiça do Trabalho como órgão homologador. In: Revista do Trabalhador do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, Jul./Dez. 99, p. 136.

Verifica-se que em muitos casos, e em especial nas lides simuladas na Justiça do Trabalho, alguns profissionais da advocacia não têm pautado sua conduta em conformidade com os padrões mínimos de moral e ética, uma vez que constata-se nos foros trabalhistas o ajuizamento de diversas ações desprovidas de razoabilidade, fundadas em fatos completamente divorciados da realidade. Bem verdade que a falta de ética profissional constatada pelos órgãos do Judiciário determina o encaminhamento da questão à Comissão de Ética da OAB.²⁴

Com a observância de tal situação, o Juiz do Trabalho oficiará, com cópia da ata de audiência, aos órgãos do Ministério Público do Trabalho, da Ordem dos Advogados do Brasil para tomarem conhecimento da reclamatória simulada para as devidas providências e informará as demais Varas do Trabalho como forma de cooperação da Justiça do Trabalho na prestação jurisdicional e o intuito de mantê-las atentas quanto à reiteração desta prática pelo reclamado da ação.

5. ENFRENTAMENTO DA LIDE SIMULADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

O Ministério Público do Trabalho atua em prol da sociedade defendendo a dignidade da Justiça, bem como a devida aplicação das leis laborais como forma de respeito à ordem jurídica, política, econômica, social e em favor do bem comum. Desta forma, preza-se pela manutenção da dignidade da Justiça em face de sua fundamental relevância para o Estado Democrático de Direito, este que é responsável, através do Poder Judiciário, por proporcionar a efetiva e adequada tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em decorrência do princípio da inércia da jurisdição, o que

²⁴ OLIVEIRA, Luiz Eduardo Vieira. **A lide simulada na Justiça do Trabalho. Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2849>>. Acesso em: 2 abr. 2012.

significa um impedimento, uma vedação constitucional ao Poder Judiciário que não pode identificar e verificar casos de lides simuladas sem antes ser buscado, posto que a Justiça do Trabalho só deve agir quando provocada pelos jurisdicionados em respeito ao mandamento legal expresso no artigo 2º do Código de Processo Civil, assim redigido:

Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.

A propósito, cumpre transcrever as ponderações de J.N. Vargas Valério sobre a prática da lide simulada e da comunicação da mesma pela Justiça do Trabalho ao parquet laboral:

O Ministério Público do Trabalho tem recebido inúmeras denúncias de Juízes do Trabalho, por verificarem que muitas reclamações trabalhistas, na verdade, encerram um prévio acordo entre o patrão e o empregado, sendo que a importância a ser paga é pré-ajustada, e o empregador orienta o empregado para que procure a Justiça do Trabalho²⁵.

Diante da citação e das considerações elucidadas, é difícil a constatação das reclamações trabalhistas simuladas e fraudulentas, ainda mais, quando tais ações tenham uma repercussão coletiva possível de configurar lesões e mitigações aos direitos trabalhistas de inúmeros empregados, ocasionando o dano moral coletivo ensejador da propositura de ação civil pública pelo Ministério Público do Trabalho.

A seguir está transcrito precedente do TST a demonstrar o posicionamento da Corte Superior em relação à conduta ilícita de empregadores que utilizam a Justiça do Trabalho como mero órgão homologador de acordos judiciais simulados, fraudando direitos trabalhistas assegurados legalmente, nos seguintes termos:

25 VALÉRIO, J. N. Vargas. Ministério Público. Ação Rescisória. Legitimidade ou não para a desconstituição de transações judiciais em processos simulados e fraudulentos e aparentes ou dissimulados. In: Revista IOB. N. 210, dez/2006, p. 57.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. LIDES SIMULADAS. HOMOLOGAÇÃO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. As reclamadas, ao trazerem inúmeras lides simuladas à Justiça do Trabalho com vistas a homologar resilições contratuais, incorreram em afronta a interesses metaindividuais, já que a conduta afeta a coletividade, a ensejar a condenação em dano moral coletivo. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-154200-29.2007.5.07.0024, Relator Ministro Aloyzio Corrêa da Veyga, 6ª Turma, DEJT 17/12/2010).

Verifica-se que a Justiça do Trabalho é movida indevida e abusivamente pelos empregadores que ostentam com a prática das lides simuladas o desvirtuamento das normas mínimas tutelares trabalhistas. Afirma José Roberto Freire Pimenta que não pode o julgador tomar a iniciativa de propor qualquer outra medida judicial capaz de sancionar com efetividade os verdadeiros responsáveis pelas lides simuladas e de prevenir de uma vez por todas sua reiteração,²⁶ visto que a imparcialidade do juiz é característica inafastável da jurisdição, sendo a defesa dos direitos da sociedade incumbência constitucional do órgão ministerial.

Trata-se de preceito constitucional contido no inciso III, do artigo 129 da norma fundamental, assim como, é preceito infraconstitucional previsto no inciso III, do artigo 83 da Lei Complementar nº 75/93, in verbis:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III – promover o inquérito civil e a ação civil

26 PIMENTA, José Roberto Freire. Lides simuladas: a justiça do trabalho como órgão homologador. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, Jul./Dez. 99, p.138.

pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos;

Ante o exposto e da análise dos dispositivos legais, o enfrentamento destes fatos deve ter respaldo jurídico na atuação do Ministério Público do Trabalho em face de sua função legitimada em norma constitucional e infraconstitucional para a proteção e defesa dos interesses difusos, coletivos, metaindividuais por intermédio da propositura da ação civil pública e do inquérito civil administrativo, este pela via administrativa. Registrem-se, por oportuno, as considerações a respeito da postura a ser adotada pelo Ministério Público do Trabalho perante os casos de lides simuladas levadas ao seu conhecimento pelo Poder Judiciário:

A ação do Ministério Público do Trabalho no combate às lides simuladas não se esgota, no entanto, com o ajuizamento das ações civis públicas. Tão ou mais importante é sua atuação extrajudicial destinada a coibi-las sem a intervenção do Poder Judiciário, através dos “procedimentos investigatórios”, dos “inquéritos civis públicos” e da assinatura dos denominados “termos de compromisso” ou “termos de ajuste de conduta”, através dos quais será possível, em grande número de casos, obter dos empregadores a adequação espontânea de sua conduta à ordem jurídica sem qualquer medida judicial ou, pelo menos, levantar os elementos indispensáveis à adequada instrução das peças iniciais das ações civis públicas que afinal for necessário ajuizar – o que demonstra a importância de o Juiz do

Trabalho oficiar o Ministério Público do Trabalho sempre que se deparar com a existência de provas ou pelo menos de indícios de que determinado empregador estaria, de forma reiterada, promovendo as “lides simuladas”.²⁷

O inquérito civil público no âmbito do parquet laboral é instrumento administrativo, que está regulamentado na Lei nº 7.347/85 em seus artigos 8º a 10º, vem também disciplinado pela Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 129, inciso III e na Lei Complementar nº 75/93, artigo 6º, inciso VII. Da mesma forma, são instrumentos administrativos o procedimento investigatório e o termo de ajuste de conduta - TAC. A seguir, por oportuno, a transcrição do conceito de inquérito civil formulado por Hugo Nigro Mazzilli, a saber:

É uma investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público, que se destina a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública ou coletiva.²⁸

Para Tostes Malta, é o inquérito civil público que pode ser instaurado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) nos casos de lesão a interesses difusos da sociedade concernente a relações de trabalho²⁹, portanto, mecanismo hábil a ser utilizado para enfrentar a prática da lide simulada.

Em relação ao procedimento investigatório no âmbito do Ministério Público do Trabalho é uma medida a ser adotada caso não haja fundamentos que vislumbrem a necessidade de instauração do

27 PIMENTA, José Roberto Freire. Lides simuladas: a justiça do trabalho como órgão homologador. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Belo Horizonte, Jul./Dez. 99, p.138.

28 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 130.

29 MALTA, Christovão Piragibe Tostes. **Prática do Processo Trabalhista**. 32ª Ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 204.

inquérito civil, segundo Hugo Nigro Mazzilli não é o órgão do Ministério Público obrigado a instaurar um inquérito civil ou propor uma ação civil pública, a não ser que identifique a hipótese propiciadora de sua intervenção.³⁰

No ensejo, acrescente-se que o termo de ajustamento de conduta ou termo de compromisso é a maneira que o inquérito se encerra com a finalidade de evitar o ajuizamento da ação civil pública, por a parte a quem foi intentado o procedimento, comprometer-se a extinguir as irregularidades apontadas no inquérito civil público. Observe-se que, sendo descumprido o termo a multa que deve constar no mesmo, será executada e revertida para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Ainda assim, trata-se de título executivo extrajudicial.

Este instrumento antecede a propositura da ação civil pública, conforme entendimento expressado pelos autores Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Segadas Viana e Lima Teixeira, a saber:

O termo de compromisso é um ato dotado de força intimidativa, decorrente de uma interpretação de membro do Parquet, a que a parte acede ou não. Se o indiciado não o assinar, submeter-se-á à via judicial, em ação civil pública. O Ministério Público, na formulação do termo, não transige quanto ao direito em si (interpretado), já que indisponível, mas quanto à forma de vê-lo satisfeito. Por se tratar de ato administrativo, do mesmo modo que o Inquérito, o termo pode ser revisto a qualquer tempo por quem de direito, desde que haja fundamentos que o justifiquem ou razões de interesse público que o recomendem.³¹

Grande mecanismo processual, de importância fundamental no enfrentamento da lide simulada, adotado pelo ordenamento jurídico

30 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 130.

31 SUSSEKIND, Arnaldo. *et al.* Instituições de Direito do Trabalho. 21ª ed. São Paulo: LTr, 2003, v. II, p. 1375.

brasileiro, através da instituição da Lei nº 7.347, de 24/07/1985, Lei de Ação Civil Pública, norma que abrange e tutela os interesses coletivos e difusos. Sem dúvida, em face da alteração feita em tal texto normativo através da edição do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, expressamente em seu artigo 110, que acrescentando ao artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública, o inciso IV, ampliou de forma substancial a tutela dos interesses difusos e coletivos.

A possibilidade de ajuizamento da ação civil pública na Justiça do Trabalho vem sendo uma medida de grande importância a ser utilizada pelo Ministério Público, este que é o órgão competente pelo seu manejo na defesa dos direitos da sociedade, principalmente, quando são violados pelos empregadores, o que, evidentemente, acontece quanto aos direitos sociais trabalhistas ensejando a possibilidade de intentar tal instrumento processual.

O fito do parquet ao propor a ação civil pública na Justiça Obreira é o de salvaguardar o real cumprimento das normas trabalhistas em observância aos direitos indispensáveis e assegurados constitucionalmente aos trabalhadores e, atentando-se para a defesa da ordem jurídica, certamente para expurgar do ordenamento jurídico as possíveis irregularidades nas rescisões trabalhistas e do não recolhimento dos valores referentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

Consoante aos interesses e direitos que sejam objetos de ação civil pública, por oportuno, convém anotar no que tange aos direitos coletivos trabalhistas, a prática lesiva se estende no tempo constituindo procedimento genérico e continuativo da empresa. Já quanto aos individuais homogêneos, a sua origem se fixa no tempo, consiste em ato genérico, mas isolado e atinge apenas alguns ou todos da categoria no momento dado, conforme entendimento de José Janguê Bezerra Diniz³².

A despeito do alcance dos direitos a serem litigados e defendidos pelo Ministério Público do Trabalho através do instrumento processual da ação civil pública, bem como da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a referida ação, José Roberto Freire Pimenta discorre:

É fácil de perceber que, embora a matéria

32 DINIZ, José Janguê Bezerra. Ministério Público do Trabalho – ação civil pública, ação anulatória e ação de cumprimento. Brasília: Consulex. p. 294

objeto da pretensão buscada por meio da ação civil pública ajuizada na Justiça do Trabalho deva estar abrangida por sua competência constitucional fixada pelo artigo 114, da Norma Fundamental, a circunstância de a conduta dos empregadores que se valem desse expediente estar atingindo, num primeiro momento, os eventuais direitos trabalhistas de seus empregados coagidos a ajuizá-las (direitos perfeitamente individualizáveis quanto a seus sujeitos e a seu objeto) não impede a utilização da ação civil pública para coibi-la – em outras palavras, não é preciso que os direitos atingidos por tal prática antijurídica tenham, em si mesmos, natureza estritamente coletiva – (isto é, que sejam transindividuais e indivisíveis, não podendo ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares). Basta que tais lesões não tenham caráter isolado e ocasional, inserindo-se numa prática reiterada daquele empregador capaz de, no conjunto, colocar em risco a eficácia dos direitos sociais trabalhistas constitucionalmente assegurados aos empregados em geral e que, por isto mesmo, ameaça a própria ordem jurídica trabalhista em vigor.³³

No mesmo diapasão cabe, aqui, destacar que, com o aperfeiçoamento doutrinário de Eduardo Gabriel Saad, citando-o, salienta Christovão Piragibe Tostes Malta a respeito dos direitos abarcados pela ação civil pública tendo como fundamento o Código de Defesa do Consumidor:

Segundo a Lei nº 8.079, de 11.9.90, interesses ou direitos difusos são os

33 PIMENTA, José Roberto Freire. Lides simuladas: a justiça do trabalho como órgão homologador. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, Jul./Dez. 99, p.141.

transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; interesses ou direitos coletivos são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base; interesses ou direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum.³⁴

Nesta conjuntura, observa-se que os direitos acima ressaltados são defendidos pela ação civil pública para evitar as possíveis fraudes trabalhistas contra os mesmos, visto que se trata de interesse público a serem tutelados pelo Ministério Público do Trabalho. É necessário que todos os órgãos envolvidos e interessados na luta contra a prática da lide simulada trabalhem de maneira organizada, ainda que independente, na execução de suas funções, na delimitação de sua atuação administrativa ou jurisdicional, usando, com responsabilidade e comprometimento, os instrumentos fornecidos pelo ordenamento jurídico para afastar a má, prejudicial e antijurídica conduta dos que procuram o respaldo, embasamento jurídico da defesa de seus interesses privados agindo contra a lei e a justiça.

Por ser pertinente e importante, merece registro a atuação da Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região que realizou audiência pública agindo em conformidade com o artigo 129, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil, agindo como órgão agente de articulação social ao lançar, recentemente, projeto contra a lide simulada conforme notícia publicada no site do Tribunal do Trabalho da 5ª Região, in verbis:

Extraído de: Nota Dez - 15 de Março de 2012
TRT5 - Projeto contra lide simulada é
lançado em audiência pública no MPT

Reunir Ministério Público do Trabalho
(MPT), Superintendência Regional do Trabalho
e Emprego (SRTE), advogados, juízes e

34 MALTA, Christovão Piragibe Tostes. Prática do Processo Trabalhista. 32ª Ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 201.

sindicalistas para combater as fraudes no momento de formalizar as rescisões de contrato de trabalho. Com esse objetivo principal foi lançado publicamente na tarde desta terça-feira (13) o projeto Homologação Legal, com uma audiência pública com dezenas de participantes na sede do MPT.

Hoje a Justiça do Trabalho tem cerca de 20% de todos os seus processos com algum tipo de lide simulada, afirmou o procurador do Trabalho e gerente regional do projeto, Pedro Lino de Carvalho Júnior. Ele se refere à falsa disputa judicial envolvendo contratos trabalhistas, que muitas vezes acabam nos tribunais quando deveriam ser homologados nos sindicatos ou no máximo na Superintendência Regional do Trabalho.

A audiência pública convocada para discutir o tema contou com a participação de sindicalistas de Salvador e de outras cidades baianas interessados em ouvir o que pensam juízes, advogados, auditores do trabalho e também se posicionar a respeito do tema. Precisamos levar essa informação para as assembleias de trabalhadores, porque a maioria não sabe o que é lide simulada, declarou o presidente do Sindicato dos Ferroviários de Iaçú e Itaberaba, Antônio Eduardo.

Para o presidente da Associação Baiana dos Advogados Trabalhistas (Abat), Ricardo Caribé, o combate a essa prática exige que todos se unam para mudar paradigmas. Falta segurança jurídica para o empregador e falta também o exemplo de punição para o advogado e para a parte que praticam a irregularidade. A presidente da Associação dos Magistrados da Bahia Ana Claudia Scavuzzi, destacou o papel dos juízes. O magistrado, ao perceber que estão usando um tribunal do Trabalho para homologar rescisão de contrato tem que denunciar o fato imediatamente

ao Ministério Público do Trabalho.

Ilegal e prejudicial - Também presente ao evento, o presidente do Conselho Regional de Contabilidade (CRC), Wellington Cruz, reconheceu que alguns escritórios e profissionais do setor contábil ainda orientam seus clientes a levar as rescisões trabalhistas para os tribunais. Ele se dispôs, no entanto a combater a prática. O CRC vai passar um comunicado a todos os seus filiados condenando essa atitude e informando que ela é ilegal e muito prejudicial tanto aos trabalhadores quanto ao Judiciário, afirmou.

Representando a Superintendência Regional do Trabalho e Emprego da Bahia, o auditor do trabalho José Honorino Macedo contou que o problema exige união de todos os envolvidos. Para combater isso, é preciso que a gente se reúna outras vezes e que leve esse debate também para o interior do estado, onde muitas vezes a situação é ainda mais grave, declarou. A partir dessa proposta, o procurador Pedro Lino disse que a intenção do MPT é a de promover outras audiências públicas no interior, principalmente nos municípios polos, onde o órgão tem representação.

A lide simulada pode ser denunciada ao Ministério Público do trabalho pessoalmente (em sua sede na capital ou em qualquer uma das sete representações municipais) ou ainda através de sua página na internet (www.prt5.mpt.gov.br). A partir das denúncias, que podem ser encaminhadas por qualquer cidadão ou mesmo pelas entidades sindicais, o MPT pretende ampliar o número de ações civis públicas contra essa prática.

Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região

Eis que a iniciativa da Procuradoria Regional do Trabalho

da 5ª Região é louvável e serve como exemplo para as demais Regionais. Ressalte-se a relevância do caráter pedagógico e preventivo da medida tomada não só no âmbito do Ministério Público do Trabalho, mas também por ser uma ação conjunta que envolve diversos órgãos que se encontram engajados no combate à lide simulada, às fraudes trabalhistas, certamente, a sociedade é a maior beneficiada com este tipo de projetos, pois o cumprimento devido dos preceitos normativos é um bem a ser perseguido na defesa da ordem jurídica e do respeito à dignidade da justiça.

6. AÇÃO RESCISÓRIA NO CASO DE COLUSÃO DAS PARTES

Nos casos de ajuizamento da ação rescisória na Justiça do Trabalho em decorrência da colusão das partes para burlar a lei, portanto, evidenciada está a configuração dos processos fraudulentos, simulados e, ainda assim, a famigerada lide simulada prejudicando terceiros.

Manoel Antonio Teixeira Filho reconhece ser a palavra colusão indicativa de conluio, do acordo fraudulento realizado em prejuízo de terceiro, fazendo menção que a mesma deve ser vista no campo processual, onde designa a fraude praticada pelas partes, que tem como a finalidade causar prejuízos a outrem, bem como para verem frustrada a aplicação da norma legal.³⁵

Esclarece no mesmo sentido Tostes Malta que a colusão é o acordo entre duas ou mais pessoas, mediante o qual iludem o juiz, prejudicam terceiro e obtêm benefício. O referido autor apresenta um exemplo para elucidar a colusão como lide simulada, meio fraudulento e viciado de nulidades processuais quando para furta-se ao pagamento de dívida e antes do vencimento desta, o empregador combina com uma pessoa, que ajuíze contra a empresa reclamação pedindo vultosa indenização, sendo que os bens do empreendimento são penhorados e posteriormente adjudicados pelo falso empregado, que mais tarde os aliena, entregando praticamente

35 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Ação Rescisória no Processo do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 233.

a maior parte da importância arrecada ao empregador.³⁶

O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para intentar a ação rescisória, pois, acentue-se que tal mecanismo processual sendo utilizado pelo órgão ministerial que está autorizado com fulcro no artigo 485, inciso III do Código de Processo Civil. Portanto, presenciamos a devida defesa da ordem jurídica e dos interesses da sociedade.

Configura-se a colusão entre as partes, com o fito de fraudar a lei, vista como meio ardiloso de movimentar o Poder Judiciário indevidamente e constitui hipótese de rescindibilidade do processo com embasamento legal na parte final do inciso III do art. 485 do CPC. Consistente no conluio entre os supostos e falsos litigantes para conseguirem, com a ação processual, um objetivo proibido pelas normas jurídicas, sendo atingível pelo Ministério Público do Trabalho e por terceiro interessado, ensejando a extinção do processo fraudulento, simulado.

Nos casos de lide simulada, verifica-se que as provas constituídas nos autos são necessariamente suficientes na formação do convencimento do magistrado pelo acontecimento de colusão entre as partes da ação trabalhista em sua fase inicial com o intuito de ludibriar a devida aplicação da lei ocasionando prejuízos a terceiros. Apesar do exposto, há de se deixar registrado o entendimento expressado na Orientação Jurisprudencial da SDI-2, a seguir transcrita:

A decisão ou acordo judicial 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 (TST, SDI-2, Orientação Jurisprudencial 94).

Ademais, ressalta-se que, para a averiguada da colusão sendo, sem dúvida, algo de exclusiva responsabilidade dos litigantes da simulada relação jurídica, é importante ponderar que se ocorreu o

36 MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do Processo Trabalhista*. 32ª Ed. São Paulo: Ltr, 2004. p. 703.

conluio, porém não influenciou na decisão, é inadmissível a propositura da ação rescisória, que segundo o entendimento de Manoel Antonio Teixeira Filho deve haver o nexo de causalidade entre a colusão e a sentença que a espelha é também imprescindível para autorizar o uso da rescisória.³⁷ Diante do exposto, logo, pode-se afirmar que o propósito da ação rescisória, nestes casos, é combater a fraude cometida em detrimento da aplicação legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. Teoria Geral do Processo. 11^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. 374 p.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 34^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. 1395 p.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 24^a ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2008. 384 p.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Teoria Geral do Processo (Jurisdição – Ação (Defesa) – Processo). 2^a ed. São Paulo: Editora Método, 2007. 591 p.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fraude no Processo Civil. 2^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DINIZ, José Janguê Bezerra. Ministério Público do Trabalho: ação civil pública, ação anulatória e ação de cumprimento. Brasília: Consulex, 2004. 472 p.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. Jurisdição voluntária na Justiça do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 610, 10 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6409>>. Acesso em: 25 fev. 2012.

FILHO, Manoel Antonio Teixeira Filho. Ação Rescisória no Processo do Trabalho. 3^a ed. São Paulo: Ltr, 1998. 464 p.

FIOROT, Janine Milbratz; MEDINA, Italvar. Combate a lide simulada: Como agir legalmente no momento da extinção do contrato de trabalho. In: Cartilha da Procuradoria Regional do Trabalho da 6^a Região – Pernambuco. 2011.

37 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Ação Rescisória no Processo do Trabalho. 3^a ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 235.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 8ª ed. São Paulo: Editora Ltr, 2010. 1310 p.

MALTA, Christovão Piragibe Tostes. Prática do Processo Trabalhista. 32ª ed. São Paulo: Ltr, 2004. 1040 p.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. 32ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2011. 872 p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O inquérito civil. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. 455 p.

OLIVEIRA, Luiz Eduardo Vieira. A lide simulada na Justiça do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/2849>>.

PIMENTA, José Roberto Freire. O uso abusivo das reclamações trabalhistas para descumprir a lei. **Consulex**: revista jurídica, Brasília, v. 8, n. 175, abr. 2004 p. 33-42.

_____. Lides simuladas: A Justiça do Trabalho como órgão homologador. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*. Belo Horizonte, Jul./Dez. 1999. p. 119-152.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 9ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007. 267 p.

SUSSEKIND, Arnaldo. *et al.* Instituições de Direito do Trabalho. 21ª ed. São Paulo: Ltr, 2003. v. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v. I. 41ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. 871 p.

VALÉRIO. J. N., Vargas. Ministério Público. Ação Rescisória. Legitimidade ou não para a desconstituição de transações judiciais em processos simulados e fraudulentos e aparentes ou dissimulados. *In: Revista IOB*. n. 210, dez/2006. p. 57-68.

VIEIRA, Eugênio de Castro. Os meios alternativos de solução de conflitos como instrumento de pacificação social e acesso à Justiça. v. 9. Fortaleza: **Revista Pensar**, 2004.

Trabalho do Meio Científico

A CLASSE TRABALHADORA E A SÍNDROME DE BURNOUT

Ana Cláudia de Souza Melo

Especialista em Odontologia do Trabalho

Mestranda em Saúde Pública pela FIOCRUZ (CPqAM)

RESUMO: Doença relacionada ao trabalho, a Síndrome de Burnout vem apresentando nos últimos anos um aumento em sua incidência, sendo distinguida pela despersonalização, diminuição da realização pessoal e esgotamento emocional. Este trabalho demonstra como os problemas de saúde são causadores de impactos negativos no desempenho diário e na qualidade de vida. A Odontologia do Trabalho é indispensável na identificação, tratamento e implantação de ações mitigadoras do sofrimento proveniente das patologias bucais ocupacionais. Conclui-se que o aparecimento dessa síndrome reflete a própria evolução dos processos produtivos e seu tratamento envolve mudanças no comportamento dos trabalhadores e organização do processo de trabalho nas instituições.

PALAVRAS-CHAVE: Esgotamento Profissional. Doenças Profissionais. Saúde do Trabalhador. Odontologia do Trabalho.

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Desenvolvimento
 - 2.1 Relações interpessoais no trabalho
 - 2.2 Sintomas sistêmicos
 - 2.3 Sintomas orais
3. Conclusão
4. Referências

1. INTRODUÇÃO

As grandes transformações no modo de vida dos dias atuais, ligados a fatores como a globalização, novas tecnologias, degradação ambiental e a expansão dos meios de comunicação de massa, refletem no âmbito do trabalho em transformações expressadas na forma de viver, gerando sofrimento, desgaste e adoecimento. As condições inadequadas de trabalho, bem como as suas formas organizativas, encontram-se vinculadas a danos à saúde dos trabalhadores que se apresentam como sofrimento psíquico, doenças profissionais e acidentes de trabalho.

O termo *Burnout* foi conhecido pela primeira vez vindo de um psicólogo clínico familiar, Hebert Freudenberger no ano de 1974. “*Burnout* é falhar, desgastar-se ou sentir-se exausto devido às demandas excessivas de energia, força ou recursos”(12).

A Síndrome de *Burnout* apresenta-se como uma verdadeira epidemia, adquirindo importância maior por sua presença constante e progressiva em diferentes ramos de atividades laborais (9). A resposta é geralmente patológica, instalando-se uma disfunção que leva a distúrbios transitórios ou a doenças graves provenientes da fragilização do sistema de defesa do organismo. O desequilíbrio da homeostase pode ocasionar alterações diversas, como variações na pressão sanguínea, no apetite, nas emoções e no comportamento, além de maior susceptibilidade a acidentes de trabalho, infecções e vários tipos de doenças, inclusive alterações nas estruturas da boca e na dinâmica das suas funções.

Hoje, as empresas têm como objetivo elevar a produtividade. Para isto, um dos requisitos é que o trabalhador

tenha qualidade de vida, sendo um desses indicadores, a condição de saúde bucal que interfere diretamente em seu desempenho durante o trabalho (8). Qualquer profissional que lide diretamente com pessoas e com uma rotina intensa e desgastante como desembargadores, juízes, advogados, professores, policiais, bombeiros, agentes carcerários, operadores de callcenters, entre outros, podem ser acometidos pela Síndrome de *Burnout*, onde a definição moderna seria “Síndrome caracterizada pelo esgotamento físico, psíquico e emocional, em decorrência de trabalho estressante e excessivo. É um quadro clínico resultante da má adaptação do homem ao seu trabalho”(4). Salientando que esta síndrome não é sinônimo de estresse genérico, mas um tipo específico de estresse que tem origem no trabalho.

A psicóloga social Cristina Maslach(6), pesquisadora da Universidade da Califórnia, foi quem primeiramente entendeu através de estudos com profissionais de Serviços Sociais e Saúde, que as pessoas com *Burnout* apresentam atitudes negativas e distanciamento pessoal, sendo esta estudiosa que popularizou o conceito dessa doença e o legitimou como uma importante questão social. De acordo com a sua definição, *Burnout* é o resultado de uma exposição prolongada a fatores de estresse crônicos pessoais e interpessoais no trabalho, conforme determinado por três dimensões: esgotamento ou exaustão, despersonalização ou cinismo e desgaste ou ineficácia profissional.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. Relações Interpessoais no Trabalho

Partindo de vivências distintas o termo *burnout* é definido como uma síndrome psicológica, advinda de sobrecarga emocional crônica originada pela experiência individual negativa nas relações interpessoais no trabalho. A ênfase nos contextos de trabalho surgiu após o reconhecimento do caráter paliativo de intervenções sobre o comportamento individual, identificando-se condicionantes organizacionais do *burnout*, quais sejam: sobrecarga, limitações e ambiguidade no desempenho de papéis, conflitos interpessoais, falta de controle

sobre o trabalho e conflitos de valores.

O termo *Burnout* é uma composição de burn (queimar) e out (fora), ou seja, traduzindo significa “perda de energia” ou “queimar” para fora, podendo ser definida ainda como uma reação à tensão emocional crônica gerada a partir do contato direto excessivo, devido às longas jornadas de trabalho, fazendo o trabalhador perder a sua relação com o trabalho de forma que as coisas deixem de ter importância e valor.

A semelhança do estresse com a síndrome de *Burnout* não deve ser confundida, visto que no caso do trabalhador estressado, ao tirar férias volta renovado para o trabalho, o mesmo não acontecendo com um trabalhador que esteja sofrendo com a doença, o qual ao retornar para o trabalho os problemas também voltam a surgir.

As condições de trabalho prejudicam a saúde do corpo do trabalhador, enquanto a organização do trabalho atua no nível do funcionamento psíquico. A divisão de tarefas e o modo operatório evocam o sentido e o interesse de trabalho para o sujeito, já a divisão de homens mobiliza os investimentos afetivos, a solidariedade e a confiança(2).

2.2 Sintomas Sistêmicos

A Síndrome de Burnout é o resultado de uma exposição prolongada a fatores de estresse crônicos pessoais e interpessoais no trabalho, conforme determinado por três dimensões:

a) Exaustão ou Egotamento emocional - é a situação em que o trabalhador percebe que suas energias estão esgotadas e que não pode dar mais de si mesmo. Surge o aparecimento do cansaço, fica propenso a sofrer acidentes, ansiedade, abuso de álcool, cigarros e outras drogas ilícitas;

b) Despersonalização ou cinismo - desenvolvimento de imagens negativas de si mesmo, podendo estar associada a um certo cinismo e ironia com as pessoas do seu ambiente de trabalho, clientes e aparente perda da sensibilidade afetiva;

c) Desgaste ou ineficácia profissional - falta de envolvimento pessoal no trabalho e diminuição da realização, afetando a eficiência e a habilidade para a concretização das tarefas, prejudicando seu desempenho profissional.

Estabelecer a relação estresse/doença é fundamental para conhecer e tratar doenças ocupacionais, sendo o desequilíbrio da harmonia entre o corpo e a mente a origem do desenvolvimento de doenças relacionadas ao estresse. Os aspectos psicossociais têm sua participação na etiologia de algumas condições na cavidade bucal, atuando de forma conjunta com outros fatores sistêmicos. É necessário enfatizar que estas condições devem merecer atenção especial do Cirurgião-Dentista do Trabalho na equipe multidisciplinar, cuidando do trabalhador a fim de estabelecer a compatibilidade laboral e a preservação da saúde bucal. O programa odontológico empresarial deve atuar integrado com os demais programas de atenção ao trabalhador, desenvolvidos pela empresa, passando a ter uma visão holística do processo saúde-doença-trabalho (7).

Há muitas evidências de que os fatores psicológicos têm um papel importante na etiologia e progressão de muitas doenças, sendo sugerida uma relação entre a existência de distúrbios emocionais e determinadas condições da cavidade bucal (3).

O estresse é citado como um fator precipitante e a manifestação clínica das lesões, em muitas das vezes, coincide com períodos de tensão emocional e intenso estado da referida condição emocional. Assim, seu aparecimento pode ser considerado como um tipo de manifestação bucal de doenças psicossomáticas (10).

2.3 Sintomas Orais

A cavidade bucal é sede de uma diversidade de patologias, tanto de natureza local como sistêmica, de caráter multifatorial no qual fatores psicossociais, como o estresse, representam um aspecto importante a ser considerado (12). O estresse caracteriza-se como uma resposta do organismo a agressões de ordem física, psíquica e infecciosa capazes de perturbar seu equilíbrio. O excesso do estresse, seja por grande intensidade ou duração do agente agressor, é capaz de produzir alterações a qualquer nível neuroendócrino-imune do organismo, estabelecendo assim, a relação estresse/doença, o que explica a participação de fatores psíquicos no desenvolvimento de determinadas condições na mucosa bucal (11).

Alevato (2009)¹ define algumas afecções odontológicas como:

a) Síndrome da Ardência Bucal (SAB): caracteriza-se por ser um transtorno sensitivo doloroso da boca manifestada por sintomas de queimação, ardência, prurido, dor ou edema da cavidade oral e lábios;

b) Xerostomia: boca seca. A atividade das glândulas salivares sofre desequilíbrio diminuindo a produção de saliva (Sistema Nervoso Autônomo). Também pode levar a halitose (mau hálito);

c) Lesões aftosas e ulceração aftosa recorrente ou afta recorrente: caracterizada pelo desenvolvimento de ulcerações recidivante, dolorosas, solitárias ou múltiplas, com poucos milímetros de diâmetro, localizadas essencialmente em mucosa não queratinizada como bochechas, bordo e ventre da língua, face interna dos lábios e palato mole;

d) Hábito de mordiscar determinadas áreas da mucosa bucal e higiene bucal precária; Desenvolvido pelo trabalhador sob estresse. Ocorrem frequentemente na língua, mucosa jugal e lábios. Apresentam caráter crônico e recidivante;

e) Herpes simples recidivante: a infecção primária por este vírus ocorre geralmente na adolescência e depois de introduzido no organismo, o vírus permanece latente no interior das células epiteliais, e as recidivas representam uma ativação do vírus residual e não uma infecção;

f) Bruxismo ou parafunção oral: ranger de dentes ou apertar dos dentes em atividades não funcionais do sistema mastigatório, provocando desgaste do esmalte de dentes, sensibilidade dentária, fratura de dentes e/ou restaurações, mobilidade dentária, dor muscular, dores de cabeça, estalos nos ouvidos, zumbidos, limitação de abertura bucal, perda de dimensão vertical de oclusão, exposição pulpar, alterações de comportamento, e disfunções das articulações temporomandibulares. Ocorre durante o período vespertino ou matutino durante o sono e de forma inconsciente;

g) Dores relacionadas às Desordens Temporomandibulares (DTM): são desordens músculo esqueléticas que podem estar associadas às dores de face. Problemas da articulação temporomandibular (ATM) podem causar dores de cabeça, perturbações visuais, dores nos músculos da face, da cabeça e

do pescoço, vertigens, sensação de queimadura na língua, dor cervical, limitação da abertura bucal, ruídos na articulação além de dores de ouvido. Os fatores principais das DTM são as maloclusão, o estresse, os hábitos parafuncionais e algumas doenças sistêmicas ou hormonais (5).

3. CONCLUSÃO

O conhecimento da legislação relacionada à saúde do trabalhador, a avaliação contínua dos riscos ocupacionais e o estabelecimento do nexos epidemiológico das doenças ocupacionais, fazem parte do alicerce da prática dos profissionais de saúde do trabalhador. A síndrome de *Burnout* tem participação na etiologia de algumas condições na cavidade bucal devido aos aspectos psicossociais, atuando de forma conjunta com outros fatores. É inquestionável a importância do Cirurgião-Dentista do Trabalho nas equipes de saúde ocupacional, uma vez que esse especialista possui um olhar diferenciado sobre as manifestações orais relacionadas às doenças ocupacionais, estabelecendo a compatibilidade laboral e a preservação da saúde bucal do trabalhador.

REFERÊNCIAS

- (1) ALEVATO, H.; COSTA, M. T. **Relevância da odontologia do trabalho no contexto do estresse laboral.** In: V Congresso Nacional de Excelência em Gestão, 2009, Niterói. p.1-23, 2009. Disponível em: http://www.excelenciaemgestao.org/Portals/2/documents/cneg5/anais/T8_0156_0527.pdf. Acesso em: 27 ago 2011.
- (2) DEJOURS, C. **A Banalização da Injustiça Social.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1999.
- (3) ELIAS, R. A. et al. **Lesões Bucais Associadas ao Estresse.** Rev. CRO-RJ, Rio de Janeiro, v. 2, p. 8-14, 2000. Disponível em: <http://www.cro-rj.org.br/revista/index.asp>. Acesso em: 22 ago 2011.
- (4) FRANÇA, H. H. **A Síndrome de Burnout.** Revista Brasileira de Medicina, 44, 8, 197- 199. Disponível

em: revistaseletronicas.pucrio.br/ojs/index.php/revistapsico/article/.../3035. Acesso em 20 ago,2011.Similares (1987).

(5) MANFREDI, A. P. **Estudo da manifestação da Disfunção Temporomandibular (DTM) influenciada pelo estresse na população de uma Universidade Pública**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, 2005.Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000353658&fd=y>.Acesso em:27 ago 2011.

(6) MASLACH, C.; JACKSON, S. E. **The measurement of experienced burnout**. Journal of Occupational Behavior, 2,99-113. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/job.4030020205/pdf>.Acesso em:15 fev 2011. (1981).

(7) MAZZILI, L. E. N. **Odontologia do Trabalho**. São Paulo: Santos, 2007.

(8) MEDEIROS, S. M. et al. **Condições de trabalho e enfermagem: a transversalidade do sofrimento no cotidiano**. Revista Eletrônica de Enfermagem, v. 8, n. 2, p. 233-240, 2006. Disponível em: < http://www.fen.ufg.br/revista/revista8_2/v8n2a08.htm >. Acesso em: 29 abr. 2011.

(9) MONTEIRO-MARÍN, Jesús. **Sociodemographic and occupational risk factors associated with the development of different burnout types:the cross-sectional University of Zaragoza Study**.2011.Disponível em: <http://www.biomedcentral.com/1471-244x/11/49>.Acesso em:20 ago 2011.

(10) NEVILE, B. W. et al. **Patologia Bucal & Maxillofacial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, p. 176-204, 2004. 15

(11) SAINZ, B. et al. **Stress-associated Immunomodulation and Herpes Simplex Vírus Infections**. Med. Hypotheses, Edinburgh, v. 56, no.3, p. 348-356, Mar. 2001.Disponível em:<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0306987700912192>.Acesso em: 22 ago 2011.

(12) SOTO ARAYA, M.; ROJAS ALCAYAGA, G.; ESGUEP, P. **Asociación entre Alteraciones Psicológicas y la Presencia de Líquen Plano Bucal, Síndrome Boca Urente y Estomatitis Aftosa Recidivante**. Med. Oral Patol.

Cir. Bucal, Valencia, v.9, n. 1, p.1-7. 2004. Disponível em:
http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1698-44472004000100001. Acesso em: 22 ago 2011.

Jurisprudência

Acórdãos

PROC. Nº 0000472-59.2010.5.06.0001 (AP)

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA

RELATORA: DESEMBARGADORA ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO

AGRAVANTE: LUCIFLÁVIO EMILIO DA SILVA

AGRAVADO: VIA MIX DISTRIBUIDORA LTDA.

ADVOGADOS: JOSÉ LUIZ LIRA JÚNIOR E

JAIRO CAVALCANTI DE AQUINO

PROCEDÊNCIA: 1ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE (PE)

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONVENCIONAL. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. Não há como se cogitar em norma autônoma, cuja interpretação estimulasse o trabalho em jornada extraordinária superior a 02 (duas) horas. Tal interpretação representaria flagrante vulneração ao princípio da adequação setorial negociada, cujos critérios autorizam a prevalência da norma autônoma sobre a heterônoma, desde que não violem o patamar mínimo de direitos já assegurados por esta última, ou, tampouco, dispositivo legal e constitucional de indisponibilidade absoluta (artigos 59 da CLT e *caput* do art. 7º e XXII da Carta da República). Agravo de petição a que se dá provimento, no aspecto, para determinar a apuração de todas as horas extras trabalhadas com o adicional de 100%.

Vistos etc.

Trata-se de Agravo de Petição interposto por LUCIFLÁVIO

EMILIO DA SILVA contra a Decisão exarada pela MM. 1ª Vara do Trabalho do Recife (PE), na qual foram julgados procedentes em parte os embargos à execução opostos por VIA MIX DISTRIBUIDORA LTDA., Agravada, nos termos da fundamentação de fls. 186/187.

Em suas razões de fls. 195/199, insurge-se contra a decisão de embargos à execução que determinou que o adicional de horas extras de 100%, disciplinado no Instrumento da Classe, adunados aos autos, apenas deveria ser aplicado sobre as duas primeiras horas extras diárias trabalhadas. Argumenta, no entanto, que a cláusula 8.1, contida na norma coletiva em referência, dispõe que os motoristas terão o percentual diferenciado de 100%, limitando o número de horas extras a serem trabalhadas por dia com o objetivo de resguardar a integridade física do trabalhador. Deduz, assim, que o dispositivo “*não limita que somente as duas primeiras horas extras deverão ser observadas o percentual de 100%, mas sim que todas as horas extras eventualmente laboradas pelos motoristas sejam calculadas com o adicional de 100%*”. Nesses termos requer que todas as horas extras sejam apuradas com o percentual diferenciado de 100%. Salienta, todavia, que caso este Regional entenda que a redação da cláusula convencional referenciada não é clara, pretende que seja aplicado o Princípio do *in dubio pro operário*, reformando-se a decisão para que esse percentual referenciado incida em todas as horas extras trabalhadas, na forma da planilha carreada às fls. 199.

Contrarrrazões às fls. 204/206.

Desnecessária a remessa dos presentes autos ao Ministério Público do Trabalho, em razão do disposto na Resolução Administrativa nº 5/2005, que alterou o art. 50 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

VOTO:

Admissibilidade

Observo que o Agravo de Petição e as contrarrrazões foram apresentados no prazo legal (art. 897, “a” da CLT) e foram subscritos por profissionais regularmente credenciados às fls. 07/143.

Desnecessária a garantia do Juízo.

Preenchidos os pressupostos formais de admissibilidade, conheço-os.

No mérito

Trata-se de agravo de petição em que o Agravante alega que o Juízo do primeiro grau interpretou equivocadamente cláusula convencional que regula o pagamento de adicional de horas extras.

Pretende, assim, a reforma da decisão proferida em sede de embargos à execução, para que o percentual de 100% incida sobre todas as horas extras trabalhadas na condição de motorista da empresa Agravada.

A magistrada sentenciante, ao apreciar os embargos à execução opostos pela Demandada, às fls. 173/178, concluiu o seguinte (fls. 186/187):

1- alega a embargante, em primeiro lugar, que os cálculos das horas extras estão equivocados, eis que conforme previsto na norma coletiva somente as duas primeiras horas diárias serão pagas com adicional de 100%. As demais, devem observar o adicional legal. Diz que isso não foi observado pela contadoria que aplicou o adicional de 100% indistintamente.

A contadoria, nas suas informações, explica que, efetivamente, aplicou o adicional de 100% eis que a norma coletiva estabelece tal adicional para as duas primeiras horas extras diárias, contudo nada estabelece para as demais. Assim, considerando que a terceira hora é mais gravosa que a primeira e segunda, aplicou o adicional de 100% para todas elas.

Assiste razão à embargante. De fato, a norma coletiva estabelece apenas o adicional de 100% para as duas primeiras horas extras de cada dia, silenciando quanto ao adicional cabível às horas que excederem às duas primeiras. Contudo, entendemos que diante do silêncio da norma convencional, aplica-se o adicional legal. Se pretendessem as partes convenientes estabelecerem adicional de 100% para todas as horas extras não teriam feito qualquer ressalva quanto às duas primeiras. Simplesmente diriam que o adicional cabível era de 100% para os motoristas. Por isso, entendemos que os cálculos devem ser retificados a fim de fazer incidir o adicional de 50% para as horas extras trabalhadas a partir da terceira diária. (Grifo nosso)

Ouso dissentir do julgado, no entanto.

As normas de produção autônoma e heterônoma no Direito do Trabalho devem ser interpretadas de forma sistemática e teleológica uma vez que revelam o fim do sistema jurídico que assegura ao trabalhador a preservação dos seus direitos.

Na hipótese, a cláusula 8^a (oitava) da norma coletiva em referência foi vazada da seguinte forma (fls. 93):

8.1. As horas extraordinárias até 2 (duas) serão remuneradas com o adicional de 100% (cem por cento), isto para os motoristas.

Nesse sentido, clarividente que o dispositivo coletivo reportou-se à possibilidade de trabalho além da jornada normal até 02 (duas) horas, com o pagamento do adicional de 100% (cem por cento), porque é esse o limite permitido para o trabalho em horário extraordinário no *caput* do art. 59 da CLT, cuja dicção é a seguinte:

Art. 59. A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares , em numero não excedente de duas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.

Observe-se que o dispositivo legal é taxativo no sentido de que as negociações coletivas que autorizam a extrapolação normal do trabalho, deverão se restringir a 02 (duas) horas por dia, no máximo. Isto porque o trabalho em jornada extraordinária deve guardar a feição de excepcionalidade, uma vez que aumenta o número de doenças e acidente de trabalho e fomenta o desemprego.

Ademais, afronta o mínimo senso de razoabilidade cogitar que as duas primeiras horas extras seriam remuneradas com o percentual de 100% (cem por cento) e, as demais, que são muito mais gravosas, seriam remuneradas com o percentual menor de 50% (cinquenta por cento). Tal interpretação, além de representar flagrante vulneração aos dispositivos legais que asseguram o direito à saúde, higiene e segurança no trabalho, mormente para os trabalhadores que executam a função de motorista, como é o caso do Reclamante, estimularia a empresa a exigir dos empregados jornada extremamente extenuante além da jornada máxima

autorizada por lei.

Pertinente, neste aspecto, a lição de Alice Monteiro de Barros discorrendo sobre o princípio da proporcionalidade. Ensina a I. doutrinadora¹ que *“as normas que integram o princípio da proporcionalidade não possuem as características de regras, à falta de previsão expressa no ordenamento jurídico”*. E acrescenta que o Princípio da Proporcionalidade desdobra-se em “princípio da proporcionalidade em sentido estrito”, ou da máxima de sopesamento, “princípio da adequação” e no “princípio da exibilidade”, ou mandamento mais suave.

Esclarece que, na utilização do primeiro, ou seja, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, em uma disposição normativa *“deverá ser empregado o melhor meio possível, sob o prisma jurídico”*. O princípio da adequação permite que o operador, com o seu auxílio, alcance o fim legítimo perseguido. E, finalmente, o princípio da exigibilidade que *“parte do pressuposto de que a medida sancionadora é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outra, igualmente eficaz, sem o sacrifício dos direitos fundamentais ou menor grau dos mesmos”*.

Tais ensinamentos robustecem a percepção de que os agentes sociais que firmaram a norma coletiva em destaque, disciplinando sobre a extrapolação da jornada do motorista, jamais pretenderam suprimir ou reduzir direitos dos trabalhadores ou, muito menos, criar meandros de interpretação que permitissem ou estimulassem a extrapolação do limite máximo de jornada permitida em lei.

Conclusão contrária permitiria a dedução de que o dispositivo normativo ignorou o melhor meio possível sob o prisma jurídico (limite de 02 horas); o fim legítimo perseguido (obstar jornada extraordinária) e a garantia de direitos fundamentais, materializados na proteção da saúde, higiene e segurança do trabalhador.

Na hipótese concreta, ao que parece, a interpretação equivocada do dispositivo convencional em tela, estimulou a empresa à implementação de jornada extremamente desgastante para o ex-empregado. Com efeito, de acordo com o que restou

¹ BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 6. Ed. Rev. e Ampl. São Paulo: LTr, 2010, p. 178.

reconhecido na sentença transitada em julgado, o Demandante iniciava o labor às 6h00 e findava às 22h00, com apenas 20 minutos de intervalo, perfazendo, portanto, na direção de um veículo de carga, a incrível jornada de 15 (quinze) horas e 40 (quarenta) minutos por dia (v. fls. 133).

Não se pode deixar de mencionar, ainda, em face da controvérsia gerada sobre a melhor interpretação da norma coletiva em destaque, o escólio de Maurício Godinho Delgado sobre o tema do princípio da adequação setorial negociada:

“[...] Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).”²

Sendo assim, a interpretação da norma coletiva de forma desfavorável ao empregado, além de vulnerar o princípio da proporcionalidade, como visto acima, violaria, ainda, o princípio da adequação setorial negociada no tocante aos dois critérios que autorizam a prevalência de norma autônoma sobre a heterônoma, quais sejam, garantia de patamar mínimo de direitos já assegurados por esta última e prevalência de dispositivos legais e constitucionais de indisponibilidade absoluta, a exemplo dos artigos 59 da CLT e *caput* do art. 7º e XXII da Carta da República.

Neste sentido, o seguinte Aresto:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTE-

2DELGADO. Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 9ª Edição. São Paulo, LTR 2010, p. 1302.

LATÓRIOS - MULTA. HORAS EXTRAS DECORRENTES DE MINUTOS EXCEDENTES - ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. HORA EXTRA - INTERVALO INTRAJORNADA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL NOTURNO. DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. MANUTENÇÃO. *Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre uma certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista, desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. Contudo, desrespeitados os direitos e garantias mínimos, tem-se a nulidade da cláusula da norma coletiva que ultrapassar os limites da adequação setorial negociada. Assim, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (Processo nº AIRR 84200-32.2009.5.03.0028, Ministro Relator Mauricio Godinho Delgado, DJ: 23.09.2011)*

Destarte, reformo a decisão proferida às fls. 186/187, no aspecto, para determinar a apuração de todas as horas extras trabalhadas com o percentual de 100%, cumprindo-se a cláusula 8ª (oitava) da Norma Coletiva em referência (fls. 93), art. 59 da CLT e *caput* do art. 7º, XXII da Carta da República.

Determino, no entanto, que tal apuração seja promovida pela contadoria do Juízo, observando-se as diretrizes estabelecidas na sentença de fls. 131/135.

Conclusão

Ante o exposto, dou provimento parcial ao Agravo de Petição para determinar a apuração de todas as horas extras trabalhadas com o percentual de 100% (cem por cento). Tal procedimento deverá ser levado a efeito pela contadoria do Juízo, respeitando-se as diretrizes estabelecidas na sentença de fls. 131/135.

ACORDAM os Membros integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, à unanimidade, dar provimento parcial ao Agravo de Petição para determinar a apuração de todas as horas extras trabalhadas com o percentual de 100% (cem por cento). Tal procedimento deverá ser levado a efeito pela contadoria do Juízo, respeitando-se as diretrizes estabelecidas na sentença de fls. 131/135.

Recife, 21 de março de 2012

ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO
DESEMBARGADORA RELATORA

PROC. N.º TRT- 0093700-16.2009.5.06.0004 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA

RELATORA: DESEMBARGADORA DINAH FIGUEIRÊDO BERNARDO

RECORRENTE: LABORATÓRIO FARMACÊUTICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO S.A. - LAFEPE

RECORRIDA: ANA IZABEL CERQUEIRA CHAVES DE MOURA
ADVOGADOS: FABIAN ANDRADE DE CARVALHO E JULIANA DA SILVA RÉGIS

PROCEDÊNCIA : 4ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. I - A autora foi cedida pelo Município de São Caetano, no qual ocupa cargo efetivo, para o LAFEPE, ora recorrente. Cessões como tal são admissíveis para o exercício de funções de confiança ou cargos em comissão, como previsto no art. 37, V, da Constituição Federal, que excepciona a regra de aprovação prévia em concurso público estampada no inciso II do mesmo dispositivo. Constitucional. II - A bem da verdade, a designação para o exercício de função de confiança deve recair sobre servidor ocupante de cargo efetivo, contudo, não necessariamente no mesmo

órgão. III - Embora a Portaria do LAFEPE através da qual a reclamante foi nomeada faça referência ora a “função gratificada”, ora a “cargo”, não se sabendo exatamente do que se trata, o certo é que a retribuição (sendo este o termo tecnicamente adequado) pelo respectivo exercício, qualquer que seja a hipótese, deve corresponder a uma única rubrica. IV - Em outras palavras, não faz jus a autora a um salário em adição à citada retribuição, porquanto não era empregada pública integrante dos quadros do LAFEPE, sob pena de violação ao referido inciso II, do art. 37, da Magna Carta. Observe-se que, em se tratando de cessão a Estatal, ainda que sem ônus para o cedente, cabe ao servidor optar pela retribuição ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual sobre a retribuição, cumprindo à cessionária efetuar, na segunda hipótese, o reembolso das despesas realizadas pela entidade de origem. V - Isto significa que, na melhor das hipóteses (porquanto não está claro se a reclamante pôde optar, e nem isso interessa ao deslinde da presente controvérsia, tendo em vista, inclusive, os limites estabelecidos pelo pedido e pela causa de pedir – CPC, arts. 128 e 460), cumpriria ao Município de São Caetano remunerar o cargo efetivo, ainda que posteriormente reembolsado pelo LAFEPE. VI - O certo é que a salário a reclamante não faz jus, porquanto empregada pública nunca foi. Ressalte-se que o fato de o LAFEPE ter-lhe pago salário acrescido de gratificação em uma outra cessão anterior, oportunidade em que o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco manifestou-se favoravelmente a tal prática, não vincula, por óbvio, este Juízo, tendo em vista os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV) e da incomunicabilidade das Instâncias, tratando-se, ademais, de matéria de ordem pública. Entendimento contrário tornaria regra, e não exceção, a acessibilidade a remunerações superiores de cargos e empregos públicos de maior complexidade a partir de cessões oriundas de cargos e empregos públicos de menor complexidade, esvaziando-se a regra do concurso público. VII - Apelo a que se dá provimento.

Vistos etc.

Cuida-se de recurso ordinário interposto pelo LABORATÓRIO FARMACÊUTICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO S.A. – LAFEPE à decisão proferida pelo MM. Juízo da 4ª Vara do Trabalho do Recife, às fls. 211/217 (integrada

pela decisão de embargos declaratórios às fls. 232/233), nos autos desta reclamatória trabalhista ajuizada em seu desfavor por ANA IZABEL CERQUEIRA CHAVES DE MOURA.

Através do arrazoado apresentado às fls. 235/249, a recorrente suscita a nulidade do processo, por cerceamento ao direito de defesa, tendo em vista a dispensa do depoimento da testemunha que arrolou. Na sequência, defende sua condição de parte ilegítima, ao fundamento de que não foi empregador da recorrida. Deduz ainda os seguintes pontos de insurgência: a) Condenação ao pagamento de salários do cargo de Secretário da Coordenadoria de Informática no período de agosto de 2007 a setembro de 2008 – Reitera a alegação expendida ao ensejo da arguição de ilegitimidade passiva ad causam. Pondera que “a cessão de servidor público não quebra o vínculo jurídico existente entre este e o Órgão cedente, continuando o mesmo submetido às normas estabelecidas no Estatuto dos Servidores Públicos”. Invoca a disposição contida no art. 37, §2º, da Constituição Federal/88; b) Multa de 1% aplicada na decisão de embargos declaratórios – Aduz que “a Magistrada de primeiro grau nada expendeu acerca dos protestos lançados em sessão de audiência instrutória, renovados em razões finais”; c) Aplicação da multa prevista no art. 475-J, do CPC – Reputa incompatível com o Processo do Trabalho o dispositivo legal em apreço, tendo em vista que a CLT disciplina expressamente a fase de execução.

Contrarrazões tempestivas às fls. 257/259.

É o relatório.

VOTO:

Admissibilidade

Recurso tempestivo. Representação hábil. Preparo demonstrado. Delineados os demais pressupostos formais, dele conheço.

Preliminar de nulidade do processo por cerceamento ao direito de defesa

A instrução processual deve ser conduzida de modo a permitir ao julgador formar sua convicção acerca dos fatos e do

direito envolvidos na lide, dentro dos balizamentos advindos da inicial e da defesa. Inteligência do princípio do livre convencimento, insculpido no art. 131 do Código de Ritos. O magistrado detém ampla liberdade na direção do processo, cumprindo-lhe velar pelo rápido andamento da causa (CLT, art. 765), o que lhe permite, em tese, dispensar a produção de prova que se lhe afigure despicienda.

Na hipótese, consta da Ata de fls. 208 que através de uma testemunha o reclamado pretendia provar “que a parte autora não recebia salário, mas apenas gratificação pelo exercício de função gratificada” (destaquei). Ora, se a pretensão obreira era justamente o recebimento de salário, é porque não havia controvérsia a respeito do que se pretendia provar, o que tornava absolutamente inócua a oitiva da testemunha em apreço. Não há falar, por conseguinte, em violação à garantia assegurada pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Rejeito a arguição.

Mérito

Ilegitimidade passiva ad causam

Ante o conteúdo da vestibular e havendo resistência à pretensão obreira, assiste à recorrente a titularidade do direito de resistência, daí advindo sua legitimidade para compor o pólo passivo da ação (teoria da asserção).

Rejeito.

Condenação ao pagamento dos (pretensos¹) salários do cargo de Secretário da Coordenadoria de Informática no período de agosto de 2007 a setembro de 2008

A autora, ora recorrida, foi cedida pelo Município de São Caetano/PE, no qual ocupa cargo efetivo, para o LAFEPE, ora recorrente, como se visualiza no documento juntado às de fls. 32.

Cessões como tal são admissíveis para o exercício de funções de confiança ou cargos em comissão, como previsto no inciso V, do art. 37, da Magna Carta, que excepciona a regra de aprovação

¹Veja-se que, equivocadamente, foi considerado, para fins de liquidação, o salário do cargo de tec. adm. finanças II, no valor de R\$ 1.115,94, referente a uma outra cessão anterior a esta em favor do LAFEPE (v. fls. 66 e 218).

prévia em concurso público estampada no inciso II do mesmo dispositivo. A bem da verdade, a designação para o exercício de função de confiança deve recair sobre servidor ocupante de cargo efetivo, contudo, não necessariamente no mesmo órgão. E embora a Portaria do LAFEPE através da qual a reclamante foi nomeada, ora faça referência a “função gratificada”, ora a “cargo” (v. fls. 28), não se sabendo exatamente do que se trata, o certo é que a retribuição (sendo esse o termo tecnicamente adequado) pelo respectivo exercício, qualquer que seja a hipótese, deve corresponder a uma única rubrica. Ressalto, a esta altura, que como bem observam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, “podem existir funções sem um cargo específico correspondente, como é o caso das funções de confiança” – In Direito Administrativo Descomplicado, Editora Método, 17ª edição, pág. 276.

Em outras palavras, não faz jus a autora a um salário em adição à citada retribuição, porquanto não era empregada pública dos quadros do LAFEPE, sob pena de violação ao referido inciso II, do art. 37, da Magna Carta. Em se tratando de cessão a Estatal, ainda que sem ônus para o cedente, cabe ao servidor optar pela retribuição ou pela remuneração do cargo efetivo acrescida de percentual sobre a retribuição, cumprindo à cessionária efetuar, na segunda hipótese, o reembolso das despesas realizadas pela entidade de origem (v. §2º, do art. 93, da Lei 8.112/91, por aplicação analógica). Isto significa que, na melhor das hipóteses - porquanto não está claro se a reclamante pôde optar, e nem isso interessa ao deslinde da presente controvérsia, tendo em vista, inclusive, os limites estabelecidos pelo pedido e pela causa de pedir – CPC, arts. 128 e 460 -, cumpriria ao Município de São Caetano/PE remunerar o cargo efetivo da reclamante, ainda que posteriormente reembolsado pelo LAFEPE. Apenas cuido em salientar que em tendo sido o pedido de salário – e não de vencimento – direcionado ao LAFEPE, exsurge a competência desta Especializada para processar e julgar o feito, ainda que para declarar sua improcedência.

Em outras palavras, sendo o Município, em tese, o responsável direto pela remuneração do cargo efetivo, independentemente da questão do reembolso envolvendo-o, juntamente com o LAFEPE, caberá à autora demandá-lo, se

assim o quiser, no Juízo competente. O certo é que, repiso, a salário não faz jus, porquanto empregada pública nunca foi.

Ressalto que o fato de o LAFEPE ter pago à demandante salário acrescido de gratificação em uma outra cessão anterior a esta (pelo que não há falar em violação ao art. 468, da CLT na hipótese), oportunidade em que o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco se manifestou favoravelmente a tal prática (v. fls. 57/62), não vincula, por óbvio, este Juízo, tendo em vista os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF/88, art. 5º, XXXV) e da incomunicabilidade das Instâncias, tratando-se, ademais, de matéria de ordem pública. Entendimento contrário tornaria regra, e não exceção, a acessibilidade a remunerações superiores de cargos e empregos públicos de maior complexidade a partir de cessões oriundas de cargos e empregos públicos de menor complexidade, esvaziando-se a regra do concurso público.

Provejo.

Multa de 1% aplicada na decisão de embargos declaratórios

Embora as razões deduzidas na peça de embargos declaratórios (fls. 230/231) passem ao largo das hipóteses estabelecidas nos arts. 535, do CPC, e 897-A, da CLT, não vislumbro manifesto intuito protelatório da embargante, na medida em que partiu da falsa premissa de que seria necessária a oitiva de testemunha para o deslinde da controvérsia (cuja dispensa, na sua visão, implicou cerceamento de defesa), ao passo que, como visto no tópico logo acima, a quaestio vexata é eminentemente de direito.

Provejo.

Prejudicada a análise da insurgência tocante à aplicabilidade do art. 475-J, do CPC à hipótese.

Com essas considerações, dou provimento ao apelo para julgar improcedente o pedido remanescente formulado pela autora, qual seja, o de condenação do réu ao pagamento dos (pretensos) salários do respectivo cargo de secretário da coordenadoria de informática no período de agosto de 2007 a setembro de 2008. Custas invertidas, agora a cargo da reclamante, calculadas na forma do art. 789, II, da CLT, no importe de R\$ 600,00 (seiscentos reais), porém dispensadas *ex vi lege*.

ACORDAM os Srs. Desembargadores da 1ª Turma do E. Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso para julgar improcedente a reclamatória. Custas invertidas, agora a cargo da reclamante, calculadas na forma do art. 789, II, da CLT, no importe de R\$ 600,00 (seiscentos reais), porém dispensadas *ex vi lege*.

Recife, 25 de agosto de 2011.

DINAH FIGUEIRÊDO BERNARDO
DESEMBARGADORA RELATORA

PROCESSO nº 0001264-64.2011.5.06.0005 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA

RELATORA: DESEMBARGADORA DIONE NUNES FURTADO DA SILVA

RECORRENTE: FREDERICO JORGE PORTO FERREIRA
E ITAU UNIBANCO S.A.

RECORRIDOS: OS MESMOS

ADVOGADOS: DANIELE BARBOSA DE ALMEIDA
E ANTÔNIO BRAZ DA SILVA.

PROCEDÊNCIA: 5ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE/PE.

EMENTA: EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. CONTRATO DE TRABALHO. DESCONTOS. AUTORIZAÇÃO. LEI 10.820/2003. DANOS MORAIS E MATERIAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. A regra que autoriza os descontos nos salários e verbas trabalhistas é aquela prevista nos artigos 462 e 477, §5º, da CLT. No que tange a empréstimos realizados no curso do contrato de trabalho, com autorização para descontos em folha de pagamento, há previsão no art. 1º, *caput* e parágrafo 1º, da Lei 10.820/2003, que também permite a dedução sobre as verbas rescisórias, desde que consentido pelo empregado e que respeite o limite de 30%. No caso, o desconto

efetuado pelo empregador nas verbas rescisórias, pelo empréstimo feito pelo empregado, não superou os 30%, previstos na norma, como limite máximo. Consta, ainda, autorização passada pelo autor, livre de qualquer vício de consentimento, conforme documento constante nos autos, permitindo ao empregador o desconto nos salários pelo empréstimo contraído, como também na ruptura contratual, nas verbas rescisórias o saldo porventura existente. Assim, não cabe devolução de descontos vez que não podem ser considerados indevidos ou pagamento de indenização por danos morais e materiais por tal motivo, por não se vislumbrar conduta ilícita do demandado.

Vistos etc.

Recursos ordinários interpostos por **FREDERICO JORGE PORTO FERREIRA** e **ITAU UNIBANCO S.A.**, de decisão prolatada pela 5ª Vara do Trabalho do Recife/PE, que julgou parcialmente procedentes os pleitos formulados na reclamação trabalhista ajuizada pelo primeiro recorrente em face do segundo, nos termos da sentença de fls. 211/217.

Embargos declaratórios opostos pela demandada, às fls. 227/230 e 237/239, julgados às fls. 234/235 e 245, respectivamente.

Em suas razões recursais de fls. 218/225, insurge-se o demandante contra o comando sentencial, alegando, em suma, que requereu, na primeira oportunidade que lhe foi concedida, o não conhecimento da defesa, em virtude da revelia do réu, devendo a sentença ser reformada para se decretar a revelia do demandado, tendo em vista que não compareceu à audiência realizada no dia 28/10/2011. Invoca a aplicação da Súmula nº 122 do TST. Diz que o art. 844 da CLT também é peremptório ao dispor que a ausência do réu à audiência importa em sua revelia, e que o art. 843, consolidado explicita a obrigatoriedade de comparecimento à audiência. Prossegue, aduzindo que, conforme foi explanado na exordial, o autor teve debitado de sua conta corrente, pela demandada, valores referentes a empréstimo consignado, inclusive, antes mesmo de ser homologada a rescisão do contrato de trabalho. Diz que o TRCT foi negativo porque houve desconto da quantia de R\$ 7.591,52, superior ao valor consignável de 30% previsto em lei. Assinala que o Juízo de primeira instância entendeu, equivocadamente, que o importe deve ser devolvido de forma simples e não em dobro. Afirma que, como já mencionado, o reclamante/

recorrente, efetuou empréstimo consignado, sendo os valores das parcelas descontados mês a mês dos seus salários. Aduz que foi indevidamente descontado o valor de R\$7.591,52, deixando negativo o termo de rescisão, gerando danos morais e materiais ao autor. Alega que o valor retido na conta corrente do demandante, o obrigou a utilizar o cheque especial, pagando juros, o que lhe causou dano material. Obtempera que teve que sacar valores da previdência privada para cobrir suas despesas mensais, além de um empréstimo junto ao próprio Unibanco, para cobrir o que devia a outros bancos (Real e Itaú), nos quais utilizou cheque especial e também realizou o pagamento de várias contas por meio de cartão de crédito, gerando tarifas e juros. Pontua que foi reconhecida, por sentença, a inexistência de gozo de uma hora de intervalo intrajornada, pelo autor, durante o contrato de trabalho, nos moldes do art. 71, da CLT, observando-se a natureza salarial, devendo ser reformada a sentença para condenar a demandada ao pagamento correspondente a esse período, acrescido do percentual de 65% e repercussões em aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salários, FGTS + 40% e adicional noturno, ante a sua natureza salarial, consoante previsão da OJ nº 354 da SDI-1 do TST. Requer seja determinada a repercussão dos repousos remunerados, em face da incidência das horas extras e hora de intervalo, sobre férias acrescidas de 1/3, 13º salários e FGTS, nos moldes da Súmula nº 03 deste TRT. Assevera que o Juízo não deferiu o pagamento da multa do art. 467 da CLT, porém, a causa de pedir da referida penalidade é o fato de o bando demandado ter descontado valores das verbas rescisórias, reduzindo a zero a quantia da rescisão. Pugna pelo deferimento do pleito de honorários advocatícios, ao argumento de que, na Justiça Especializada, não mais subsiste o *jus postulandi* das partes. Afirma ter o Juízo de primeiro grau indeferido o seu pedido de Justiça Gratuita, sob a fundamentação de que não foi comprovado ser pobre na forma da lei, pugnando pela reforma do julgado, nesse ponto, haja vista que não houve impugnação da outra parte. Pede seja totalmente provido o recurso.

Por sua vez, o banco demandado, em suas razões recursais de fls. 252/276, após tecer considerações sobre o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, rebela-se contra a sentença de origem, que indeferiu o pedido de sobrestamento do feito na primeira instância, justificado em face da existência de demanda anterior, ajuizada perante a 12ª Vara do Trabalho do Recife, que fixou que o intervalo usufruído era de 30 (trinta) minutos. Entende que a referida medida de cautela

é necessária, tendo em vista que o objeto desta ação está previsto na anteriormente ajuizada pelo recorrido, que formulou pedido (intervalo intrajornada), que tem direta relação com a pretensão das horas extras e da aplicação do art. 62, da CLT, cuja matéria comporta recurso de revista, conforme ocorreu. Diz que, caso acolhido o pedido recursal pelo TST, comprometerá de forma direta a questão atinente ao intervalo intrajornada. Prossegue, afirmando, quanto aos efeitos da revelia, que restou claramente demonstrado o seu *animus* de defesa na audiência, razão pela qual não poderia o Juízo o ter considerado confesso quanto à matéria fática. Assegura que o julgador de primeiro grau entendeu, erroneamente, que o ajuizamento de ação anterior interrompeu o curso da prescrição quinquenal, porquanto os pleitos contidos na presente reclamatória não foram os mesmos da ação anterior, como o intervalo intrajornada, dano moral e dano material. Reporta-se a Súmula 268, do TST. Aduz que o requerimento para que as notificações fossem dirigidas ao patrono Antônio Braz da Silva, de forma exclusiva, foi rejeitado, pois não observou que nos autos consta procuração em nome do referido advogado. Afirma que o entendimento na sentença vergastada, quanto aos intervalos intrajornada, não merece prevalecer, vez que o autor sempre teve garantido o tempo para repouso/alimentação, havendo ainda provado na primeira demanda promovida em face da empresa, a conexão com a presente ação, em que há confissão do recorrido de que o trabalho era realizado de forma externa, incidindo o disposto no art. 62 da CLT. Pontua que o fato de inexistir controles de ponto colacionados aos autos, em nada modifica essa situação. Assegura que o autor gozava de plena autonomia na execução de seu mister. Acrescenta que o vindicante era responsável pela cobrança, arrecadação e captação de passivos, que implicavam em movimentação de milhões de reais, tendo amplos poderes para definir a sua jornada de trabalho, interferir nas negociações efetuadas e guardar informações sigilosas, fazendo as vezes do empregador. Consigna que os depoimentos das testemunhas do autor foram frágeis quando da definição dos horários de trabalho, indicando jornadas diferentes das informadas na inicial. Obtempera que não é devida a incidência das horas extras sobre o repouso remunerado, ao argumento de que sendo o empregado mensalista, o valor da hora era calculado sobre o salário base, onde já estava incluído o valor do descanso. Afirma que o sábado do bancário é dia útil não trabalhado e não repouso semanal remunerado, motivo pelo qual é incabível a repercussão das horas pleiteadas sobre sua remuneração, consoante entendimento da Súmula nº 113 do TST.

Entende que descabe o reflexo do repouso pela incidência das horas extras em outras parcelas, sob pena de gerar *bis in idem*. Diz que a decisão revisanda incorreu em contradição, não sanada pelos embargos declaratórios, no que tange à condenação da empresa na devolução de descontos supostamente indevidos. Alega que, como o crédito das verbas rescisórias importou na quantia de R\$ 5.676,79, o desconto realizado pela empresa sobre tal montante resultou no valor de apenas R\$ 1.250,94, ou seja, inferior ao percentual de 30% (trinta por cento), o que revela a sua licitude. Rebelar-se contra a condenação em indenização por danos morais, em face da aplicação da confissão ficta quanto aos descontos indevidos, que teriam levado o autor ao desequilíbrio financeiro, afirmando que tais matérias são eminentemente ligadas à prova documental, não podendo ser confundidas com matéria fática, pois sequer necessitaria de prova testemunhal para a sua elucidação. Aduz que os danos materiais têm os mesmos embasamentos dos danos morais, porém, curiosamente, o primeiro foi indeferido e o segundo não. Argumenta que o demandante não comprovou, eficazmente, ter experimentado algum dano em sua honra, como por exemplo, pendência no SERASA ou SPC e que qualquer dano sofrido por ele foi decorrente de seus próprios atos. Assevera que a sentença foi omissa quanto ao pronunciamento sobre a retenção de juros e de imposto de renda, mesmo depois de ter havido dupla provocação por meio de embargos declaratórios. Entende que, uma vez garantida a execução, com o depósito em Juízo do valor integral devido, cessa para o executado a incidência dos juros de mora sobre o crédito do autor, não podendo se falar na aplicação da Súmula nº 04 do TST. Por fim, pugna pelo provimento do apelo.

O reclamante apresentou contrarrazões, às fls. 303/311 e a demandada, às fls. 316/337.

Desnecessária a remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho, porquanto não se vislumbra interesse público no presente litígio (art. 49 do Regimento Interno deste Sexto Regional).

VOTO:

Havendo requerimento para que as notificações sejam dirigidas exclusivamente para o nome do advogado Dr. Antônio Braz da Silva, defiro o pedido, vez que constato ter se equivocado o juiz sentenciante quando fundamentou de que não constava procuração em seu nome.

Observo que, além do substalecimento de fl. 89, consta no caderno processual à fl. 95-verso, procuração outorgando poderes para o Dr. Antônio Braz da Silva, OAB/PE n° 12.450, razão pela qual, nos moldes da Súmula n° 427 do TST, determino que as intimações sejam encaminhadas exclusivamente em nome do referido causídico, devendo a Secretaria proceder as alterações pertinentes no sistema.

DA PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DO RECLAMANTE QUANTO AO PEDIDO DE DECRETAÇÃO DA REVELIA DO DEMANDADO, POR FALTA DE INTERESSE JURÍDICO PROCESSUAL. ATUAÇÃO DE OFÍCIO.

Pretende o autor, por meio do seu recurso, que a sentença seja reformada para se decretar a revelia do demandado, alegando que não compareceu à audiência realizada no dia 28/10/2011, invocando a aplicação da Súmula n° 122 do TST.

Não vislumbro o interesse do autor, neste tema, haja vista que embora o juiz sentenciante, diante do comparecimento do patrono da empresa para a audiência, portando contestação escrita, tenha evidenciado o *animus* de defesa, afastando, desse modo, a condição de revel da parte, porém aplicou a confissão ficta com a presunção de veracidade da matéria fática.

Assim, inobstante não tenha o Magistrado aplicado a revelia ao banco réu, aplicou a confissão ficta quanto aos fatos alegados na peça vestibular, de forma que nenhuma lesividade acarretou ao demandante, capaz de lhe conferir o interesse para o insurgimento, nem lhe resulta qualquer utilidade na reforma do *decisum*, para apenas se declarar que o demandado foi revel.

Ora, o processo deve ser adequado a propiciar algum resultado útil ao recorrente, pois é imprescindível a existência de uma relação entre a situação apresentada pela parte e o provimento jurisdicional verdadeiramente requerido, o que não se verifica do provimento jurisdicional ora requerido.

Assim, não trazendo qualquer utilidade ao autor o pedido recursal formulado, lhe falta interesse para reformar a sentença, acarretando o não conhecimento do recurso, na matéria.

Da preliminar de não conhecimento do recurso empresarial, quanto ao pleito de

“repercussão das horas extras sobre o repouso remunerado” e de exclusão dos dias não trabalhados da condenação em horas extras (intervalo intrajornada), por ausência de interesse recursal. Atuação de ofício.

Alega o banco recorrente haver sido condenado ao pagamento de repercussão das horas extras relativas ao intervalo intrajornada sobre as parcelas do repouso remunerado, visando a reforma da sentença, nesse ponto.

Ocorre que, na sentença, o Juízo fundamentou que as horas decorrentes do intervalo intrajornada, não teriam natureza salarial deixando de deferir o reflexo sobre outras verbas, evidenciando-se a falta de interesse recursal para a vindicada, eis que a decisão já atende sua pretensão.

Observa-se, também, na sentença, que o Juiz se referiu expressamente à exclusão dos dias não trabalhados quanto à condenação nas horas de intervalo, fundamentando que: *“Essa causa de pedir do respectivo pedido, leva o reclamado a ser agora condenado nos pagamentos dessa mesma uma (01) hora diária que será calculada pelo valor do salário do autor mês a mês de todo o ajuste, relativamente aos dias por ele efetivamente trabalhados (não se computando suas ausências a qualquer título: férias, licenças de todo o tipo, greves, etc).”*.

Em tal aspecto, não há interesse para reforma no tocante ao pedido, vez que, como dito alhures, o processo deve ser adequado a propiciar algum resultado útil ao recorrente, porquanto é indispensável a existência de uma relação entre a situação apresentada pela parte e o provimento jurisdicional verdadeiramente requerido, o que não se verifica na presente situação.

Assim, não conheço do recurso quanto aos pleitos epigrafados.

Do sobrestamento do feito

Pretende o banco recorrente a suspensão do andamento processual, aduzindo que tal medida se justifica pela existência de demanda anterior distribuída para a 12ª Vara do Trabalho do Recife que, apesar de o Juízo não ter deferido a hora de intervalo, na fundamentação entendeu que o intervalo gozado era de 30 (trinta) minutos. Afirma que o objeto desta ação está contido na

anteriormente ajuizada pelo recorrido, que formulou pedido (intervalo intrajornada) que tem direta relação com a pretensão das horas extras e da aplicação do art. 62, da CLT, cuja matéria comporta recurso de revista, conforme ocorreu. Diz que, caso acolhido o pedido recursal pelo TST, comprometerá de forma direta a questão atinente ao intervalo intrajornada. Invoca a aplicação do art. 265, IV, do CPC.

O pleito do demandando não pode ser deferido. Primeiramente, porque a alegação de que o objeto da presente ação está contido na anteriormente ajuizada pelo autor não se sustenta, vez que do documento de fls. 159/163, não há pleito de pagamento das horas decorrentes do intervalo intrajornada não usufruído. Depois, do extrato de andamento processual, juntado às fls. 45/54, não consta ter havido interposição de recurso de revista. Ainda, pelos documentos de fls. 183/194, acostados pelo autor, inexistente condenação quanto ao intervalo intrajornada, como, aliás, reconhece o banco réu. Por fim, da primeira ação ajuizada, houve pleito de horas extras, em que se afastou a aplicação do art. 62, II, da CLT, nada se referindo ao intervalo intrajornada. Tivesse sido formulado pedido para pagamento das horas pela não concessão integral do intervalo para refeição/descanso, seria até possível a suspensão processual (art. 265, IV, do CPC), caso não se entendesse, mais acertadamente, pela existência de coisa julgada ou litispendência para evitar decisões conflitantes, em detrimento da segurança jurídica.

Ademais, ao consultar o sistema processual SIAJ de primeira instância, verifica-se que o processo n. 000808-30.2010.5.06.0012 encontra-se em fase de execução definitiva e não pendente de análise de Recurso de Revista, sendo totalmente descabida a pretensão para sobrestamento do feito.

Como visto, a pretensão do banco recorrente, nesse sentido, tem finalidade protelatória.

MÉRITO

RECURSO DA RECLAMADA

Por ser mais abrangente nas matérias, analiso primeiro o recurso do banco demandado, apreciando conjuntamente os temas comuns a ambos os recursos.

Da prescrição quinquenal

Objetiva a apelante reformar a sentença originária, que entendeu ter o ajuizamento da reclamação trabalhista anterior interrompido o prazo da prescrição quinquenal.

Argumenta que está equivocada a sentença de primeiro grau, porquanto os pleitos contidos na presente reclamatória, não foram os mesmos da ação anterior, como o intervalo intrajornada, dano moral e dano material. Reporta-se a Súmula 268, do TST.

Pois bem.

De conformidade com o disposto no art. 189 do Código Civil, ao ser violado um direito, nasce para o seu titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, sendo, na seara trabalhista, aplicável duas espécies distintas, a bienal e a quinquenal (art. 7º, XXIX, da CF/88 e art. 11, da CLT), que podem ter seu curso suspenso ou interrompido em virtude de determinadas circunstâncias, como as previstas nos arts. 197, 198 e 202 do CCB/2002.

O Código de Processo Civil, no art. 219, prevê a interrupção da prescrição também no momento em que ocorre a citação válida, regra que, ao ser transposta para o campo do Processo do Trabalho, considerando as suas peculiaridades e que a citação consiste em ato do Diretor de Secretaria (art. 841 da CLT), passou a maior parte da doutrina e da jurisprudência a considerar como marco o próprio ajuizamento da ação, ainda que arquivada, desde que trate de pedidos idênticos, consoante interpretação dada pela Súmula nº 268 do c. TST, *verbis*:

SUM-268. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA. A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.

No caso, porém, os pleitos constantes na ação anterior, são diversos dos da presente reclamatória, posto que o pedido de horas extras previsto na primeira reclamação que não englobou o intervalo intrajornada objeto da presente demanda, que foi deferido parcialmente, acrescido do adicional de 50%, na forma da OJ nº 307 da SDI-1 do TST, conforme se verifica às fls. 10/11 e 162 dos fólios.

Em vista disso, não há como ser mantida a sentença, na medida em que não houve a interrupção do prazo prescricional

quinquenal, em decorrência, como afirmado, de serem diversos os pedidos formulados nas duas reclamationárias.

Desse modo, provejo o recurso para declarar prescritas parcelas exigíveis, por via acionária, anteriores a 02.09.2006, por força do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Do intervalo intrajornada e repercussões (matéria comum)

Inconforma-se o banco postulado com a sentença revisanda que o condenou ao pagamento do intervalo intrajornada, visando sua reforma perante esta Instância Revisora. Para tato alega que restou provado que o autor não estava submetido a controle de jornada, vez que trabalhava externamente, ocupando cargo de confiança, nos termos do art. 62, da CLT.

Pretende o autor, por sua vez, o reconhecimento da natureza salarial das horas do intervalo intrajornada não usufruído, com a conseqüente repercussão nas demais verbas trabalhistas, invocando o teor da OJ 354, da SDI-1, do TST, bem como seja aplicado o adicional de 65% (sessenta e cinco por cento), previsto em norma coletiva. Objetiva, também, a repercussão do repouso remunerado, pela incidência das horas extras, sobre 13º salários, férias acrescidas de 1/3 e FGTS, com base na Súmula nº 03 deste Regional.

Vejamos.

Observa-se da primeira ação trabalhista ajuizada (fls. 159/163), que o vindicante postulou o pagamento de horas extras e repercussões com base na jornada de trabalho indicada naquela exordial, havendo o banco demandado aduzido que o empregado exercia função incompatível com o controle de jornada, enquadrando-se na exceção prevista no art. 62, II, da CLT.

Na sentença prolatada pelo Juízo da 12ª Vara do Trabalho do Recife (fls. 188/194), não foi reconhecido o exercício de cargo de confiança, afastando-se a aplicação do art. 62, da CLT, fixando a jornada das 07:45h às 19:45h, com trinta minutos de intervalo, tempo este constando na causa de pedir da presente reclamação trabalhista. Repise-se, conforme acima mencionado, que a referida sentença já está na fase de execução, ou seja, está revestida do manto da coisa julgada.

Verifica-se, por outro lado, que na presente ação, o banco réu não se fez presente à audiência e, apesar de haver o Juízo de origem reconhecido o ânimo de defesa, aplicou os efeitos da confissão ficta, o

que leva a se presumir como verdadeiros os fatos articulados pelo autor, no sentido de que não dispunha do intervalo mínimo de 1 (uma) hora para repouso e alimentação, mas apenas gozava de 30 (trinta) minutos.

Ora, o intervalo mínimo intrajornada está previsto no art. 71, da CLT, tratando-se de norma de ordem pública, sendo imperativo o seu cumprimento pelo empregador, ao qual compete observar as normas de medicina e segurança no trabalho (art. 157, I, da CLT), assim como é responsável pela redução dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho, por força do art. 7º, XXII, da CF/88.

A concessão parcial do intervalo se afigura prejudicial ao trabalhador, haja vista que a norma, nesse caso, não atinge a sua finalidade precípua, tanto que o Colendo TST pacificou sua jurisprudência prevendo o pagamento integral de uma hora, acrescido do adicional de 50%, nos termos da sua OJ 307 da SDI-1, reconhecendo, ainda, a natureza salarial (não indenizatória), o que leva a repercutir sobre outras parcelas, consoante o disposto na OJ nº 354, da SDI-1, do TST, cujo entendimento adotei, tendo o seguinte teor:

OJ-SDI1-354. INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71, § 4º, DA CLT. NÃO CON-CESSÃO OU REDUÇÃO. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

Destarte, nego provimento ao recurso da reclamada e provejo o recurso do autor, nesse aspecto, para, reconhecer a natureza salarial da parcela em questão e, ante sua habitualidade, deferir a repercussão sobre as férias acrescidas de 1/3, 13º salários e depósitos do FGTS.

Descabe, no caso, os reflexos sobre o aviso prévio e multa de 40% do FGTS, vez que é incontroverso que houve pedido demissão pelo autor, o que acarreta o indeferimento de tais títulos. Indevida, também, a repercussão sobre adicional noturno, haja vista que o demandante não trabalhava em horário considerado noturno.

Em relação às repercussões do descanso semanal, pela incidência das horas extras, realmente, as horas extraordinárias habitualmente prestadas integram a remuneração do repouso semanal remunerado, majorando-o e acarreta a repercussão sobre as demais verbas

trabalhistas. Assim, provejo o recurso do demandante, para deferir o reflexo do repouso semanal remunerado sobre as férias com 1/3, gratificação natalina e depósitos do FGTS, aplicando o teor da Súmula 03 do nosso Regional, de cujo entendimento comungo, *verbis*:

DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO DE REPOUSOS SEMANAIS - NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO - MATÉRIA DISCIPLINADA PELO ARTIGO 10 DO REGULAMENTO APROVADO PELO DECRETO Nº 27.048, de 12 DE AGOSTO DE 1949. As diferenças de remuneração de repousos semanais, decorrentes de horas extras, implicam o direito à complementação do pagamento de aviso prévio indenizado, férias, gratificação natalina e depósitos de fundo de garantia do tempo de serviço - FGTS, em razão da natureza salarial definida pelo artigo 10, caput, do regulamento aprovado pelo Decreto nº 27.048, de 12 de agosto de 1949".

No que tange à aplicação do adicional de 65%, é irretocável a decisão de primeira instância, eis que o reclamante não trouxe à colação nenhuma norma coletiva que pudesse embasar a sua pretensão, devendo prevalecer, desse modo, o percentual de 50%.

Da devolução dos descontos e dos danos materiais e morais (matéria comum)

Persegue o banco recorrente que este Órgão Revisor reforme a sentença de primeira instância que determinou a devolução ao reclamante do valor descontado no TRCT, referente ao empréstimo bancário por este último contraído, sustentando que não se trata de matéria fática, mas de questão aferível por meio de documentos. Pleiteia, ainda, seja excluída da condenação a indenização por danos morais.

Assevera que, apesar do desconto nas verbas rescisórias, o autor ainda permanece devedor da quantia de R\$ 6.340,58, vez que o montante não foi quitado até a data da interposição do recurso.

Salienta que o empréstimo IAPP não é obrigatório, sendo autorizado pelo autor, invocando o art. 444, da CLT e a Súmula 342 do TST.

Diz que: *“considerando que o crédito das verbas rescisórias do recorrido, devido ao seu pedido de demissão, importou apenas na*

quantia de R\$ 5.676,79; certo é que o desconto realizado pela empresa sobre tal montante resultou apenas na quantia de R\$ 1.250,94, ou seja, apenas 22% do equivalente ao que receberia das verbas rescisórias se não existissem todos os descontos acima”.

Em relação ao dano moral, alega o banco recorrente, que o juiz sentenciante, ao deferir a indenização por dano moral, não observou que os pleitos têm o mesmo embasamento e que a confissão ficta aplicada não alcança tal pretensão quando há prova documental comprobatória da licitude dos descontos efetuados, por conta do empréstimo feito pelo autor.

Por seu turno, busca o autor a reforma do julgado originário para que o desconto seja devolvido em dobro, por haver o juiz sentenciante entendido que a quantia a ser devolvida é de R\$6.340,58, alegando, ainda, que o valor retido na conta corrente do demandante o obrigou a utilizar o cheque especial, pagando juros o que lhe causou dano material, requerendo a condenação do réu no pagamento de danos materiais.

Vejamos.

A regra que autoriza os descontos nos salários e nas verbas trabalhistas é aquela prevista nos artigos 462 e 477, §5º, da CLT. No que tange a empréstimos realizados no curso do contrato de trabalho, com autorização para descontos em folha de pagamento, há previsão no art. 1º, *caput* e parágrafo 1º, da Lei 10.820/2003, que também permite a dedução sobre as verbas rescisórias, desde que consentido pelo empregado e que respeite o limite de 30%, *verbis*:

Art. 1º. Os empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos.

§ 1º. O desconto mencionado neste artigo também poderá incidir sobre verbas rescisórias devidas pelo empregador, se assim previsto no respectivo contrato de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, até o limite de trinta por cento.

No caso, o desconto efetuado pelo empregador nas verbas rescisórias, pelo empréstimo feito pelo empregado, não superou os 30% previstos na norma como limite máximo, vez que o valor de R\$ 1.250,94, corresponde apenas a 22% do montante das verbas rescisórias. Isso porque o total bruto das verbas rescisórias de R\$ 5.676,79, sofreu antes descontos de outras parcelas, como contribuições previdenciárias e adiantamentos salariais, no importe de R\$ 4.425,85, de modo que apenas R\$ 1.250,94 é pertinente ao débito relativo ao empréstimo bancário.

Consta, ainda, autorização passada pelo autor, livre de qualquer vício de consentimento, conforme documento constante nos autos (fl. 103), permitindo ao empregador o desconto nos seus salários, dos empréstimos realizados, como também na ruptura contratual, que deduzisse das verbas rescisórias o saldo porventura existente.

Resta claro, repise-se, que o demandante subscreveu espontaneamente o documento, autorizando que o empregador descontasse mensalmente nos seus contracheques os valores do empréstimo, contraído para atender seus interesses pessoais, como, também, no caso de rescisão contratual, fosse feita a dedução nas verbas rescisórias de saldo remanescente.

Nesse contexto, os descontos realizados pelo banco não podem ser considerados indevidos, ante a autorização firmada pelo autor, na forma do entendimento constante na Súmula nº 342 do TST, aqui aplicada por analogia, não se podendo falar em ofensa ao art. 462 da CLT. Eis o teor do referido verbete sumular:

SUM-342. DESCONTOS SALARIAIS. ART. 462 DA CLT (mantida) - Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

Ora, no caso, as partes celebraram contrato de empréstimo que deve ser honrado, não se podendo olvidar que impera nas relações jurídicas bilaterais, o princípio da boa-fé. E, como visto, o empregado

sponte sua obrigou-se, expressamente, a quitar não só o saldo devedor do empréstimo no momento de eventual rescisão do contrato de trabalho, como também em parcelas mensais consignadas em sua conta salário, nada mais fazendo a demandada do que exigir o cumprimento do que foi previamente ajustado, não havendo, pois, de ser penalizada por ato que foi objeto de livre pactuação com o empregado, não se vislumbrando, aí nenhum ato antijurídico.

A esse respeito trago aresto que reflete entendimento adotado na 4ª Turma do Colendo TST sobre a questão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESCONTO DE EMPRÉSTIMO EM RESCISÃO CONTRATUAL - VALIDADE - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ DOS CONTRATANTES. Por força de cláusula contratual, como enfatiza o Regional, ficou ajustado que, no caso de rescisão contratual, estava a reclamada, expressamente, autorizada a exigir o saldo devedor do reclamante. E foi o que ocorreu. Ora, o contrato de trabalho obriga ambas as partes, razão pela qual a cobrança do saldo devedor, relativo a empréstimo, autorizado pelo reclamante, não encontra óbice legal algum. Pelo contrário. A observância do que reclamante e reclamado, livremente, ajustaram, condiz com o princípio da boa-fé que deve nortear, sempre, os contratantes. Nesse contexto, não há que se falar em ofensa ao artigo 477, § 5º, da CLT. Muito menos há contrariedade à Súmula 18 da Corte, ante a autorização, de forma cristalina, do desconto livremente manifestado pelo reclamante. Agravo de instrumento não provido. (AIRR - 61800-19.2009.5.01.0080, Relator Ministro: Milton de Moura França. Data de Julgamento: 08/02/2012, 4ª Turma, Data de Publicação: 24/02/2012).

Cabe enfatizar que o empréstimo levantado pelo autor, tinha que ser quitado mesmo que fosse feito em qualquer outra instituição bancária. Certamente se o autor fez opção de tirar o empréstimo na instituição sua empregadora, através do IAPP – Instituto Assistencial Pedro di Perna, é porque era mais vantajoso oferecendo uma menor taxa de juros, como geralmente ocorre, nesse tipo de empréstimo cosignado.

Das próprias alegações recursais do autor, no sentido de

que teve que sacar valores da previdência privada para cobrir suas despesas mensais, além de um empréstimo junto ao próprio Unibanco para cobrir o que devia a outros bancos (Real e Itaú), nos quais utilizou cheque especial e também realizou o pagamento de várias contas por meio de cartão de crédito, gerando tarifas e juros, extrai-se que o mesmo se descontrolou com seus gastos pessoais, levando-o a se endividar, e pretende que o demandado “lhe ajude” a pagar suas contas quando requer que a devolução do valor, por ele devido, seja feita em dobro e, ainda, por conta disso persegue o pagamento de danos materiais e morais.

Se o autor sofreu alguma dor moral, por ter se endividado, não se pode atribuir tal conduta ao seu empregador, pois, não se está a tratar com pessoa que não sabe o que está fazendo. Pelo documento de fls. 19/20 (registro de empregado), que contem seus dados pessoais, constata-se ter o demandante nível superior, com pós-graduação, sendo, portanto, pessoa de alto grau intelectual. Também, *data venia* do juiz sentenciante, entendo que o dano material é indevido, pelo que já resta exaustivamente explanado acima.

Assim, não cabe devolução dos descontos, muito menos em dobro, vez que não podem ser considerados indevidos ou pagamento de indenização por danos morais e materiais por tal motivo, não se vislumbrando conduta ilícita do demandado. O autor é quem deve arcar com as consequências de seus atos impensados, ao contrair dívidas.

Desse modo, são indevidos os danos morais e materiais por conta dos descontos que foram efetuados nos salários e nas verbas rescisórias do autor, haja vista ter sua ex-empregadora procedido de forma idônea quando tentou receber seu crédito e que ainda não foi totalmente quitado. Os documentos de fls. 22/41, demonstram que o empregado já tinha a conta negativa, evidenciando-se o descontrole do mesmo com suas contas.

Ora, para a configuração do dano moral ou patrimonial, é necessário que seja comprovado o ato ilícito do agente, onexo causal e o dano, o que não se verificou no caso dos autos, conforme já explicitado. Com a devida vênia, mas deferir ao autor seus pleitos de indenização por dano material e devolução dos descontos em dobro, seria verdadeira inversão de valores, premiando-se um devedor confesso e penalizando-se o banco credor que nem ofereceu empréstimo ao ex-empregado, nem o obrigou a fazê-lo.

Destarte, provejo o recurso empresarial, para excluir da condenação a devolução dos valores descontados no TRCT e a

indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 75.951,20, e nego provimento ao recurso do autor.

Das contribuições previdenciárias e fiscais

Pugna o banco recorrente pelo pronunciamento sobre o pedido da defesa para dedução dos valores referentes ao imposto de renda e às contribuições previdenciárias de eventuais créditos deferidos ao reclamante.

Diz que, mesmo depois de duplamente provocar o órgão de primeira instância, através de embargos de declaração, a omissão não foi sanada, no particular.

Assiste razão à demandada.

A sentença vergastada, de fato, omitiu-se quanto às questões acerca dos recolhimentos previdenciários e imposto de renda, limitando-se a mencionar, à fl. 216, a observância do art. 28 da Lei nº 8.212/91, sem fundamentar sobre a responsabilidade do pagamento e recolhimento de tais tributos, o que pode ser sanado, inclusive, na fase executória, por se tratar de matéria de ordem pública, conforme entendimento consubstanciado na Súmula 401 do TST, segundo a qual *“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”*.

Quanto às contribuições previdenciárias, devem observar os critérios contidos na Súmula 368 do TST, sendo do empregador a responsabilidade pelo recolhimento dessas verbas quando resultantes de crédito do empregado, oriundo de condenação judicial, além da responsabilidade do reclamante pela parte que lhe cabe (item III). Eis o teor do Enunciado:

SUM-368. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO (redação do item II alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.04.2012) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012

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.

II. É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo ser calculadas, em relação à incidência dos descontos fiscais, mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei n.º 7.713, de 22/12/1988, com a redação dada pela Lei n.º 12.350/2010.

III. Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, §4º, do Decreto n.º 3.048/1999 que regulamentou a Lei n.º 8.212/1991 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. (ex-OJs n.ºs 32 e 228 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001)

Complementando o verbete sumular, a OJ 363, da SDI-1, do TST, disciplina a responsabilidade do empregador pelo recolhimento das contribuições sociais e fiscais, e não isenta o empregado pelo pagamento do imposto de renda incidente sobre o seu crédito e da contribuição previdenciária relativa a sua quota-parte, *litteris*:

OJ-SDI1-363. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO PELO PAGAMENTO. ABRANGÊNCIA. A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte.

No tocante ao imposto de renda, é a Lei n.º 8.541/92 que

disciplina sua forma de apuração, sendo o empregador, como fonte pagadora, responsável pelo respectivo recolhimento, sendo ressarcido posteriormente, após a comprovação nos autos, além da incidência do art. 12-A da Lei 7.713/81, alterado pela Lei 12.350/2010. Eis o teor do aludido diploma legal:

Art. 12-A. Os rendimentos do trabalho e os provenientes de aposentadoria, pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando correspondentes a anos-calendários anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês. (Incluído pela Lei nº 12.350, de 2010)

Nesse sentido, dou provimento ao recurso empresarial, para determinar seja feita a dedução do crédito do autor, logo que esteja disponível, das contribuições fiscal e previdenciária, considerando que o fato gerador é o pagamento, na forma já retratada na Súmula 14, deste Regional.

Dos juros de mora

Requer o banco demandado que sejam aplicados os juros de mora a partir da data do ajuizamento até a garantia real da execução, e não até o efetivo pagamento, alegando inexistir previsão legal, invocando o art. 5.º, inciso II, da Constituição Federal.

Ora, juros devem ser aplicados com base no disposto no artigo 39 da Lei 8.177/91, ou seja, até o efetivo pagamento da ação, que se dá, de fato, com a liberação do crédito, visto que após o depósito da quantia garantindo o Juízo, a parte geralmente pratica vários atos processuais, de forma que o numerário não pode ser liberado de imediato para o autor. Os atos processuais, na fase de execução, na grande maioria, leva a que se demande muito tempo sem que o empregado possa ter acesso ao seu crédito, salvo da parcela incontroversa. Assim, havendo regramento específico, não se pode aplicar a lei dos executivos fiscais, nem há que se falar, portanto, em ofensa ao Princípio da Legalidade - art. 5.º, inciso II, da CF/88.

A melhor interpretação sobre o tema está consubstanciada na Súmula 04 deste Regional, que aplico:

SÚMULA Nº 04 - JUROS DE MORA - DEPÓSITO EM GARANTIA DO JUÍZO - EXEGESE DO ARTIGO 39, § 1º, DA LEI 8.177/91 - RESPONSABILIDADE DA PARTE EXECUTADA. Independentemente da existência de depósito em conta, à ordem do Juízo, para efeito de garantia, de modo a possibilitar o ingresso de embargos à execução e a praticar atos processuais subseqüentes, os juros de mora - que são de responsabilidade da parte executada - devem ser calculados até a data da efetiva disponibilidade do crédito ao exeqüente. RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 04/2001 - 3ª PUBL. DOE-PE: 22/06/2001

Destarte, não há o que ser alterado no julgado, porquanto a determinação da aplicação dos juros restou consentânea com a melhor orientação acima descrita.

RECURSO DO RECLAMANTE

(pleitos remanescentes)

Da multa do art. 467 da CLT

Pretende o demandante a reforma da decisão quanto ao pleito epigrafado, sustentando que a causa de pedir para o pagamento da multa do art. 467, da CLT, foi o desconto indevido nas verbas rescisórias realizado pelo banco, deixando o autor de perceber essas parcelas decorrentes da rescisão do contrato de trabalho.

Sem razão o autor para o inconformismo.

É que, conforme acima restou fundamentado, o desconto efetuado nas verbas rescisórias do autor foi lícito, de forma que inexistia qualquer verba rescisória a ser quitada. A multa prevista no art. 467 da CLT, somente é devida quando não houve pagamento de parcelas incontroversas na primeira audiência. No caso, a demandada preparou o TRCT, compareceu ao sindicato da categoria do autor, e procedeu aos descontos autorizados pelo autor e legalmente, de modo que nego provimento ao recurso, nesse tópico.

Dos honorários advocatícios

Pleiteia a reforma do *decisum*, no tópico, argumentando que, nessa Justiça Especializada, não mais subsiste o *jus postulandi* das partes, o que passa a dar eficácia ao disposto na Lei nº 8.906/94.

Não assiste razão ao autor, vez que os honorários advocatícios, na Justiça do Trabalho, somente são devidos quando configurados os requisitos previstos na Lei nº. 5.584/70.

A aplicação subsidiária das regras atinentes ao processo civil só ocorrerá nas hipóteses em que houver omissão, e, ainda assim, quando se mostrem compatíveis com os princípios do Direito Processual do Trabalho, nos moldes do artigo 769 da CLT. Havendo norma específica disciplinando a matéria, afasta-se a incidência do artigo 20 do Código de Processo Civil.

O artigo 133 da Constituição Federal, por outro lado, embora tenha alçado a advocacia a uma das funções essenciais da Justiça, o fez com respeito e observância dos “limites da lei”, o que faz permanecer em vigor o *jus postulandi* e todos os requisitos previstos na Lei nº. 5.584/70.

Na esfera trabalhista, portanto, a condenação em honorários advocatícios pressupõe assistência sindical e percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou declaração do estado de miserabilidade do empregado, no sentido de que não pode arcar com as despesas processuais, sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Por outro lado, as Súmulas nºs. 219 e 329, ambas do Colendo TST, reafirmam o entendimento de que mesmo após a promulgação da Carta Magna de 1988, na Justiça do Trabalho os honorários de advogado não decorrem da simples sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e alegar miserabilidade, para merecer este direito.

Cite-se, ainda, que, mesmo após a Emenda Constitucional nº 45/04, o Colendo TST, através da resolução nº 126/2005, continuou excepcionando a possibilidade de serem devidos os honorários advocatícios. Diz o artigo 5º da citada resolução, *verbis*:

Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência” (original sem destaques).

Na hipótese vertente, o recorrido encontra-se assistido por advogado particular, deixando de reunir, assim, os requisitos previstos no artigo 14 da Lei nº. 5.584/70, devendo, pois, o recurso ser provido, nesse ponto, para excluir da condenação os honorários advocatícios deferidos na primeira instância.

Da Justiça Gratuita

Inconforma-se o demandante com o indeferimento do pedido de Justiça Gratuita fundamentado no fato de não ter demonstrado ser pobre na forma da lei.

Pois bem.

Apesar de o reclamante, por intermédio do seu patrono, não ter expressamente consignado sua insuficiência econômica para arcar com as despesas do processo, nem ter juntado declaração de pobreza, nos termos da Lei 5.584/70, requereu a benesse, à fl. 02, pedindo que fosse isentado do pagamento das despesas processuais, invocando o disposto no art. 5º, LXXIV, da CF/88.

Ainda que assim não fosse, a parte declarou nas razões recursais, com fulcro no art. 14, §1º, da Lei 5.584/70 e das Leis 1.060/50 e 7.115/83, bem como do art. 790, §3º, da CLT, sob as penas da lei, que não tem como arcar com o pagamento das despesas processuais sem prejuízo do seu sustento.

Como é cediço, a Justiça Gratuita pode ser requerida em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja formulado no prazo destinado ao recurso, consoante entendimento da OJ nº 269, da SDI-1, do TST. Assim, restando observados os requisitos para a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, provejo o recurso do autor, nesse item, para lhe deferir o pedido, isentando o autor do pagamento das custas e emolumentos.

Conclusão

Ante o exposto, preliminarmente e em atuação de ofício, não conheço do recurso do reclamante quanto ao pedido de aplicação da revelia e não conheço do recurso da reclamada quanto aos pedidos de “repercussão das horas extras sobre o repouso remunerado” e de exclusão dos dias não trabalhados da condenação em horas extras (intervalo intrajornada), todos por ausência de interesse recursal. No mérito, provejo parcialmente o recurso do autor para lhe deferir

os benefícios da gratuidade da Justiça e para reconhecer a natureza salarial das horas do intervalo intrajornada, deferindo a repercussão em férias acrescidas de 1/3, 13º salários e depósitos do FGTS, assim como os reflexos do repouso semanal pela incidência das horas extras sobre as férias com 1/3, gratificação natalina e FGTS e do provimento parcial ao recurso da reclamada para declarar prescritas as verbas exigíveis, por via acionária, anteriores a 02.09.2006, bem como para excluir da condenação a devolução dos valores descontados no TRCT, e o pagamento da indenização por danos morais (R\$ 75.951,20), autorizando a dedução dos valores referentes as contribuições previdenciárias e fiscais, do crédito do autor, logo que estejam disponível. Ante o provimento parcial de ambos os recursos deixo de arbitrar acréscimo ou decréscimo.

ACORDAM os Componentes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, por unanimidade, determinar que as intimações à reclamada sejam encaminhadas exclusivamente em nome do Dr. Antônio Braz da Silva, OAB/PE nº 12.450, devendo a Secretaria proceder às alterações pertinentes no sistema. Outrossim, preliminarmente e em atuação de ofício, não conhecer do recurso do reclamante quanto ao pedido de aplicação da revelia e não conhecer do recurso da reclamada quanto aos pedidos de “*repercussão das horas extras sobre o repouso remunerado*” e de exclusão dos dias não trabalhados da condenação em horas extras (intervalo intrajornada), todos por ausência de interesse recursal. No mérito, prover parcialmente o recurso do autor para lhe deferir os benefícios da gratuidade da Justiça e para reconhecer a natureza salarial das horas do intervalo intrajornada, deferindo a repercussão em férias acrescidas de 1/3, 13º salários e depósitos do FGTS, assim como os reflexos do repouso semanal pela incidência das horas extras sobre as férias com 1/3, gratificação natalina e FGTS e dar provimento parcial ao recurso da reclamada para declarar prescritas as verbas exigíveis, por via acionária, anteriores a 02.09.2006, bem como para excluir da condenação a devolução dos valores descontados no TRCT, e o pagamento da indenização por danos morais (R\$ 75.951,20), autorizando a dedução dos valores referentes às contribuições previdenciárias e fiscais, do crédito do autor, logo que estejam disponíveis. Ante o provimento parcial de ambos os recursos deixa-se de arbitrar acréscimo ou decréscimo.

Recife, 05 de setembro de 2012.

(firmado por assinatura eletrônica)

DIONE NUNES FURTADO DA SILVA
DESEMBARGADORA DO TRABALHO

PROC. Nº 0001171-19.2011.5.06.0000

ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO
RELATOR DESEMBARGADOR: PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA
AGRAVANTE: RICARDO JORGE DE LIMA ALBUQUERQUE
AGRAVADO: TIM CELULAR S.A. E CLICK FILM DISTRIBUIDORA
DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO NORDESTE LTDA.
ADVOGADOSALESSANDRA PATRÍCIA DE GUSMÃO PEREIRA
E CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA – TERMO DE CONCILIAÇÃO – EMISSÃO DE COMANDO JURÍDICO POSTERIOR QUE INFLUI DE FORMA DIRETA EM SEU CONTEÚDO – VIOLAÇÃO À INTANGIBILIDADE DA COISA JULGADA – DESCARACTERIZAÇÃO DA TRANSAÇÃO E QUEBRA DE INTERESSES – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. A deliberação do juízo posterior à homologação do acordo firmado e que contraria os termos transacionados pelo autor e uma das rés – que no caso vem a ser a determinação de exclusão, da lide, de empresa que não participou desse ajuste –, enseja grave violação à intangibilidade da coisa julgada que emana desse título judicial, o que autoriza o corte rescisório pretendido pela autora para restabelecimento dos efeitos do provimento jurisdicional garantido a partir dessa conciliação. 2. Ação rescisória que se julga parcialmente procedente.

Vistos etc.

Ação Rescisória ajuizada por RICARDO JORGE DE LIMA ALBUQUERQUE contra TIM CELULAR S.A. e CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO

NORDESTE LTDA., tombada sob o número 0001171-19.2011.5.06.0000, objetivando a desconstituição da decisão de fl. 94 (transcrita à fl. 95), proferida nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0122700-40.2004.5.06.0003, em que também são partes.

O corte rescisório veio fundado no artigo 485, incisos IV (violação à coisa julgada) e IX (erro de fato), § 1º, do CPC, à medida que a decisão apontada como passível de corte rescisório traduz manifesta ofensa aos limites da transação levada a efeito na aludida reclamatória, pois determinou a exclusão, da lide, de empresa que deveria permanecer no feito como parte executada, para fins de prosseguimento da execução, conforme comando contido no respectivo termo de acordo (fls. 77/78).

Na exordial, sustentando o autor a presença do requisito da aparência do bom direito, materializado na violação que emana do comando judicial mencionado no parágrafo anterior, formulou requerimento de antecipação da tutela, de natureza cautelar, para fins de “sobrestamento da ação principal até o trânsito em julgado da presente ação” (fl. 08), o que restou deferido nos termos da decisão de fls. 124/126, através da qual também determinei a citação das rés para oferecimento de defesa.

Apesar de regularmente citadas (fls. 129 e 133/135), apenas a primeira ré, TIM CELULAR S.A., ofereceu contestação à presente ação, nos termos do memorial de fls. 146/156. Ato contínuo, as partes foram intimadas para oferecimento de razões finais (fl. 190), vindo aos autos, em resposta, os memoriais de fls. 192/195 e 201/204, apresentados, respectivamente, pelo autor e pela TIM CELULAR S.A., mantendo-se, porém, inerte, mais uma vez, a CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO NORDESTE LTDA.

O Ministério Público do Trabalho, através do parecer de fls. 212/213, opina pela improcedência da ação.

É o relatório.

VOTO:

I. DAS QUESTÕES PRELIMINARES

I.1 Dos benefícios da justiça gratuita

Inicialmente, o autor requer a concessão dos benefícios da justiça gratuita, emitindo declaração de insuficiência financeira para arcar com as despesas processuais na hipótese de sucumbência, tal como se vê à fl. 03 da inicial.

De conformidade com o § 3º do artigo 790 da CLT, na Justiça do Trabalho, para o deferimento da gratuidade ora requerida, basta que o trabalhador declare não ter condições de arcar com os encargos do processo, requisito este que foi preenchido.

Nessas condições, defiro o pedido, dispensando, em consequência, a efetivação do depósito prévio de que trata o artigo 836 da CLT, mercê do disposto no artigo 6º da Instrução Normativa nº 31/2007 do TST.

1.2 Do não conhecimento da ação rescisória

Em sua defesa, a TIM CELULAR S.A. sustenta o não cabimento da presente ação em face à ausência de prequestionamento quanto ao tema nela discutido, para concluir, nesse contexto, que o autor não interpôs, no momento oportuno, o recurso próprio a esse fim.

Rejeito a arguição.

Com efeito, a matéria objetada na exordial, que envolve suposto vício nascido na própria decisão impugnada, prescinde de discussão prévia, pois o que se vislumbra no caso em exame é que a essência dos argumentos do autor para justificar a sua pretensão está, de maneira inequívoca, presente no modo como se deu a efetivação do ato jurisdicional impugnado.

À hipótese, portanto, incidem as diretrizes previstas na Súmula nº 298, item V, do TST, ao estabelecer como “não absoluta” essa exigência, dispondo, ainda, esse normativo que mesmo “que a ação rescisória tenha por fundamento violação de dispositivo legal, é prescindível o prequestionamento quando o vício nasce no próprio julgamento”.

1.3 Do não conhecimento da contestação de fls. 146/156 quanto ação pedido atinente aos

procedimentos a serem adotados na hipótese de eventual condenação

De ofício, não conheço da postulação em epígrafe, por incabível à espécie.

Em sua defesa (fl. 154), requer a TIM CELULAR S.A. que “na remotíssima hipótese de ser a reclamada condenada ao pagamento de alguma verba, o que também só se admite por extrema cautela, quando da atualização dos eventuais créditos devidos ao autor deverá ser aplicada a taxa de juros simples de 1% ao mês, de acordo com o que determina a legislação aplicável à espécie”.

Todavia, a ação rescisória, em face de sua natureza peculiar – que envolve o exame da decisão passada em julgado dentro do aspecto de abrangência previsto no artigo 485 do CPC –, não se presta, por certo, à discussão de direito material nem, tampouco, ao exame da justiça ou não do pronunciamento jurisdicional. E se essa vedação atinge até mesmo a ação ajuizada, muito menos se admite a veiculação de pedido com intento similar em sede de defesa, como aqui ocorrido, pois essa medida tem seus limites restritos à impugnação, em seus aspectos extrínsecos e intrínsecos, do provimento jurisdicional pretendido pelo autor.

Nestes termos, não conheço da postulação em exame, por incabível.

2. DO CABIMENTO DA PRESENTE AÇÃO

Antes de adentrar o mérito da questão deduzida na exordial, cumpre tecer considerações acerca dos fatos que ensejaram o ajuizamento desta rescisória e seu respectivo cabimento, nos termos a seguir aduzidos.

Com efeito, a reclamatória em apreço foi ajuizada pelo autor contra quatro (4) empresas, a saber, SEGMENT SOLUÇÕES E TECNOLOGIA EM MARKETING, CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO NORDESTE LTDA., GERS EFICIÊNCIA E RESPONSABILIDADE e TELEFONIA ITALIA MOBILI – TIM (TIM CELULAR S.A.), tendo sido julgada improcedente quanto à terceira empresa (GERS), e, no tocante à TIM CELULAR S.A., atribuiu-lhe apenas a responsabilidade subsidiária quanto à satisfação do crédito do reclamante, ora autor, nos termos da sentença originária de fls. 54/58.

Posteriormente, foi homologada a conciliação de que trata o termo de fls. 77/78, no qual figurou como única reclamada/acordante a SEGMENT SOLUÇÕES E TECNOLOGIA EM MARKETING, consignando o juízo de primeiro grau, nesse documento, que a quitação, geral e irrevogável, ali levada a efeito diz respeito exclusivamente a essa mesma empresa, registrando, por outro lado, de forma expressa, tanto a ausência da TIM CELULAR S.A., quanto o fato de que “a execução continua relativamente às outras empresas condenadas”.

Na sequência, o autor requereu a “continuação da execução sobre a TIM”, esta na condição de responsável subsidiária da CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO NORDESTE LTDA., ora litisconsorte – tal como conferida na sentença –, o que, inicialmente, foi deferido pelo *a quo*, nos termos do despacho constante da folha de rosto da petição de fl. 81, resultando, deste ato, a expedição do mandado de citação de fl. 83.

Inconformada com esse desfecho, a TIM CELULAR S.A., ora ré, apresentou o requerimento de fls. 90/91, em que, contrariamente, postula a sua exclusão da lide, por entender que, em face ao teor daquele acordo, não mais responde pela presente execução.

Apreciando esse último requerimento, o juízo de primeiro grau – reconsiderando o que antes houvera determinado –, declarou que, quanto à conciliação celebrada, essa empresa, a TIM CELULAR S.A., “não pode ser obrigada ao seu cumprimento” (fl. 94). São os efeitos dessa decisão (já transitada em julgado – fl. 76) que, na ótica do autor, atingem de forma direta o provimento jurisdicional que emana do ato homologatório da transação judicial de fls. 77/78.

Na dicção do artigo 485, “caput”, do CPC, a rescisória é cabível contra as sentenças que, examinando o mérito, resolvem o direito em litígio, produzindo a coisa julgada material.

“In casu”, a decisão que indica a reclamada como profanadora do acordo firmado (fl. 95) – ao determinar a exclusão, da lide, de empresa (TIM CELULAR S.A.) contra a qual foi emitida declaração acerca do prosseguimento da execução –, tem natureza nitidamente decisória, porque expressamente adotou critério delimitador do polo passivo da lide, resultando evidente o seu caráter terminativo, do que resulta a possibilidade de a parte irresignar-se com o seu conteúdo e buscar a tutela jurisdicional com vistas à modificação do decidido.

Veja-se, a propósito, que a jurisprudência predominante se inclina pela admissibilidade da ação rescisória na execução, quando a decisão rescindenda tem cunho decisório, como na espécie.

Oportuno citar a lição de José Carlos Barbosa Moreira (“Comentários ao Código de Processo Civil”, 8ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, página 111), ao registrar:

“...No processo de execução não há, em princípio, ‘mérito’ que deva ser julgado, embora também ele, conforme ressalta o art. 795, se extinga mediante sentença (‘rectius’: com o trânsito desta em julgado). Só em casos muito especiais proferirá o juízo da execução alguma sentença que se possa reputar ‘de mérito’: assim, v.g., quando indefira a inicial por verificar, desde logo, a ocorrência de prescrição (arts. 295, nº IV e 598) – hipótese excepcional, visto que a pronúncia ex officio, aí, fica excluída em se tratando de direitos patrimoniais (art.219, § 5º), como são em regra os que dão azo à execução no sentido técnico. Sentenças ‘de mérito’, e portanto rescindíveis, poderão todavia surgir em processos cognitivos incidentes, ou ‘embutidos’ na execução. Servem de exemplo a que julgue procedentes ou improcedentes os embargos do devedor, a que lhe declare a insolvência ou rejeite o pedido de tal declaração. A liquidação não é execução, e a sentença que a julga pode sem dúvida constituir objeto de ação rescisória”.

Por tudo quanto dito, a conclusão é quanto à possibilidade jurídica do pedido em relação à decisão indicada ao corte rescisório (fl. 94), pelo que passo ao exame do mérito da questão objetada na presente ação.

2.1 Do objeto da rescisória

O autor sustenta, em síntese, que, homologada a conciliação de fls. 77/78 – cujo objeto restringe-se ao crédito devido por apenas uma das empresas condenadas, no caso a SEGMENT SOLUÇÕES E TECNOLOGIA EM MARKETING –, a decisão posterior que determinou a isenção da TIM NORDESTE TELECOMUNICAÇÕES S.A. (fl. 94), no tocante à responsabilidade subsidiária que lhe foi

atribuída em face da empresa recalcitrante CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO NORDESTE LTDA., ofende a coisa julgada material refletida nesse termo de acordo, além de indicar a manifesta ocorrência do erro de fato.

Quanto a esse segundo aspecto, registro de logo que a hipótese não se adequa, em absoluto, à tipificação contida no inciso IX do artigo 485 do CPC, tendo em vista que não se vislumbra no julgado indicado ao corte rescisório o alegado erro de fato, posto que a matéria deduzida sob esse enfoque não se insere no espectro de abrangência da ação rescisória.

Isto porque o caso encerra, em verdade, a reconsideração, por um mesmo juízo, de posicionamentos adotados em oportunidades distintas, acerca de uma mesma questão, em que o comando judicial que emana de uma decisão desconstitui o provimento jurisdicional garantido em outra, sem que, em momento algum o “decisum” rescindendo tenha admitido um fato inexistente. Não proferiu decisão com base em equívoco ou elemento inexistente nos autos, nem tampouco deixou de levar em consideração as provas constantes dos autos.

Rejeita-se a rescisória, portanto, sob esse enfoque, o mesmo, contudo, não ocorrendo quanto ao segundo aspecto em que se embasa a reivindicação autoral, atinente à ofensa à coisa julgada, pois esta situação, de fato, resta caracterizada.

Com efeito, remanescendo na reclamatória, como demandadas, as empresas SEGMENT SOLUÇÕES E TECNOLOGIA EM MARKETING, CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO NORDESTE LTDA. e TIM CELULAR S.A., se apenas a primeira propôs-se a transacionar a quitação do objeto da reclamatória, o que restou efetivado, os efeitos desse ato atingem apenas a sua pessoa, especificamente diante da expressa declaração contida no respectivo termo de acordo quanto à continuidade da execução com relação às demais acionadas (a CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO NORDESTE LTDA. e a TIM CELULAR S.A. como responsáveis principal e subsidiária, respectivamente).

De se notar, que as duas últimas reclamadas não participaram desse acordo, e, nesse contexto, se a execução não mais prossegue em relação à TIM CELULAR S.A., essa isenção também poderia, eventualmente, ser postulada pela CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO

NORDESTE LTDA., sem qualquer relevo, nesse caso, a modalidade de responsabilidade reconhecida a cada uma na sentença, secundária e principal, de forma respectiva.

Diante desse quadro, entendo que a decisão impugnada (fl. 94), efetivamente, viola à intangibilidade da coisa julgada que emana do referido termo de conciliação (fls. 77/78), o que resulta na descaracterização da transação e na quebra do equilíbrio de interesses que levou as partes que o ratificam a firmá-lo.

Assim, julgo procedente a presente ação para, rescindindo a decisão de fl. 94, restabelecer os efeitos do acordo homologado em apreço, especificamente quanto ao prosseguimento da execução com relação às empresas CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO NORDESTE LTDA. e TIM CELULAR S.A., observados os limites da responsabilidade de cada uma delas.

3.DOS PEDIDOS REMANESCENTES FORMULADOS NA CONTESTAÇÃO

3.1 Da litigância de má-fé

Em sua defesa, argumenta a TIM CELULAR S.A. que a aplicação da penalidade em epígrafe encontra respaldo no procedimento adotado pelo autor, à medida que “firmou o acordo com a exclusão da contestante e agora pretende pela via transversa reformar a presente coisa julgada” (fl. 154).

Não procede a argumentação.

É que, não vislumbro, no procedimento do ajuizante nenhuma das hipóteses previstas no artigo 17 do CPC, de modo a ensejar a aplicação da multa postulada, especificamente a se considerar o fato de que o pedido formulado na presente ação foi acolhido, nos termos da fundamentação constante do item 2 da presente decisão.

Registre-se, por oportuno, que não se pode confundir litigância de má-fé com o exercício dos meios jurídicos postos à disposição da parte para alcançar o intento jurídico almejado, sendo certo que em momento algum restou patenteada a utilização do processo para alcançar objetivo ilegal, ou que houvesse o autor formulado pretensão que se enquadrasse em quaisquer das hipóteses previstas no aludido dispositivo.

Nestes termos, indefiro a aplicação da penalidade a trato.

3.2 Do indeferimento do pedido atinente aos benefícios da justiça gratuita

Prejudicado o pleito em apreço em face ao decidido no item 1.1 da presente decisão.

4. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, concedo, ao autor, os benefícios da assistência judiciária gratuita; de ofício, não conheço do pedido formulado pela TIM CELULAR S.A. em sua contestação (fls. 146/156), atinente aos parâmetros de cálculos a serem adotados na hipótese de eventual condenação, por incabível à espécie; rejeito a preliminar de não conhecimento da presente ação, por ausência de prequestionamento, arguida pela aludida empresa nessa mesma peça defensiva, e, no mais, julgo procedente a presente rescisória para, em juízo rescindente, desconstituir a decisão de fl. 94, e, em juízo rescisório, restabelecer os efeitos do acordo homologado de fls. 77/78, quanto à determinação de prosseguimento da execução em face da CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FOTOGRÁFICOS DO NORDESTE LTDA. e TIM CELULAR S.A., observados os limites da responsabilidade atribuída a cada uma na sentença originária (fls. 54/58).

Custas pelas rés, no importe de R\$552,65 (quinhentos e cinquenta e dois reais e sessenta e cinco centavos), calculadas sobre o valor arbitrado à causa (R\$27.632,93 – fl. 09).

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, em sua composição Plena, por unanimidade, conceder, ao autor, os benefícios da assistência judiciária gratuita; por unanimidade, de ofício, não conhecer do pedido formulado pela TIM CELULAR S.A. em sua contestação (fls. 146/156), atinente aos parâmetros de cálculos a serem adotados na hipótese de eventual condenação, por incabível à espécie; por unanimidade, rejeitar a preliminar de não conhecimento da presente ação, por ausência de prequestionamento, arguida pela aludida empresa nessa mesma peça defensiva. Mérito: por unanimidade, julgar procedente a presente rescisória para, em juízo rescindente, desconstituir a decisão de fl. 94, e, em juízo rescisório, restabelecer os efeitos do acordo homologado de fls. 77/78, quanto à determinação de prosseguimento da execução em face da CLICK FILM DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS

FOTOGRAFICOS DO NORDESTE LTDA. e TIM CELULAR S.A., observados os limites da responsabilidade atribuída a cada uma na sentença originária (fls. 54/58). Custas pelas rés, no importe de R\$552,65 (quinhentos e cinquenta e dois reais e sessenta e cinco centavos), calculadas sobre o valor arbitrado à causa (R\$27.632,93 – fl. 09).

Recife, 20 de março de 2012.

PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA
DESEMBARGADOR FEDERAL DO TRABALHO
RELATOR

PROC. TRT – 0002185-38.2011.5.06.0000

ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO

RELATOR DESEMBARGADOR: PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA

IMPETRANTE: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)/
PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O
DESENVOLVIMENTO

IMPETRADO: JUÍZO DA 12ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

LITISCONORTE: GENILDO SILVA CARVALHO

ADVOGADOS: MARCOS FELIPE HOLMES AUTRAN E
ALEXANDRE JOSÉ DA TRINDADE MEIRA HENRIQUES

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – ORGANISMO INTERNACIONAL – IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO – IRRENUNCIABILIDADE – BLOQUEIO DE CONTA VIA BACEN JUD – CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. I. quando determinado Estado estrangeiro figura como parte ré em reclamação trabalhista ajuizada perante o Brasil, o primeiro questionamento a surgir envolve a existência, ou não, da imunidade de jurisdição estatal, e essa discussão vem sempre pautada nas convenções de Viena, as quais, porém, sem prejuízo da redundância, regulam apenas as relações diplomáticas e consulares,

no âmbito de suas isenções e privilégios. A partir de lições extraídas da obra do jurista Rubens Curado Silveira (“in” A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos, São Paulo, LTr, 2007, p. 175), tem-se que na forma de imunidade absoluta surgiu, “prima facie”, a regra do “par in parem non habet iudicium” (não se pode ter jurisdição sobre o par), desenvolvendo-se, posteriormente, uma teoria distintiva no que concerne aos atos de império e de gestão, caso em que apenas nos primeiros, o Estado gozaria de imunidade absoluta. Em outras palavras, ao praticar um ato de gestão de negócio, não mais haveria distinção entre o ente estatal e o particular, estando submetido à jurisdição local. Essa situação foi nominada pela doutrina como “relativização da imunidade”. Dirimindo a questão, há muito tempo o STF proferiu célebre julgamento (Apelação Cível nº 9696-3, Rel. Min. Sydney Sanches, STF; ERR-189280/95, SBDI-I, Min. Rel. José Luiz Vasconcellos, TST), através do qual, reformulando a jurisprudência interna sobre a matéria em termos trabalhistas, decidiu: “Estado Estrangeiro. Imunidade Judiciária. Causa Trabalhista. 1. Não há imunidade judiciária para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista. 2. Em princípio, esta deve ser processada e julgada pela Justiça do Trabalho, se ajuizada depois do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 114). 3. Na hipótese, porém, permanece a competência da Justiça Federal, em face do disposto no parágrafo 10 do art. 27 do ADCT da Constituição Federal de 1988, c/c art. 125, II, da ECNº 1/69”. Essa asserção foi reiterada em outros julgados oriundos desse mesmo órgão supremo, como se depreende da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello em sede de agravo regimental – em que figura como recorrente e parte ré o Consulado Geral do Japão –, ao consignar que o Estado estrangeiro “não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista”, tendo ressaltado ainda que “o privilégio resultante da imunidade de execução não inibe a justiça brasileira de exercer jurisdição nos processos de conhecimento instaurados contra Estados estrangeiros” (RE nº 222368, AgR/PE, 2ª Turma, publicado no DJ de 14.02.2003). Na hipótese a trato, objeto deste mandado de segurança, porém, tem-se como parte executada organização internacional, que desfruta de imunidade, com seus bens e ativo, onde estiverem localizados e qualquer que seja o seu depositário, e não um estado estrangeiro. Dita assertiva tem por esteio o fato de que, a ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), ora impetrante,

ostentando a condição de organismo internacional, firmou, em 13.02.1946, Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (Convenção de Londres), em que restou estabelecida a imunidade de jurisdição e a possibilidade, é verdade, de renúncia dessa prerrogativa, exceto, ressalte-se, no que tange às medidas constritivas executórias (artigo II, seção 2), aderindo o Brasil a esse pacto, mediante ratificação através do Decreto nº 27.784, de 16.02.1950, e do Decreto nº 52.228/1963. 2. Segurança concedida.

Vistos etc.

Mandado de Segurança impetrado por ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)/PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, contra ato praticado pelo JUÍZO DA 12ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE, nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0164700-91.2005.5.06.0012, ajuizada por GENILDO SILVA CARVALHO, consistente na determinação de bloqueio e penhora do valor da execução, no importe de R\$170.189,61, via BACEN-JUD, em sua conta-corrente bancária.

A peça exordial (fls. 02/13) vem acompanhada dos documentos de fls. 14/720, consistentes em cópias que representam a prova pré-constituída, sendo suficiente à compreensão da matéria fática que envolve a presente ação mandamental.

Alegando haver demonstrado a presença dos requisitos legais, a impetrante formula pedido liminar no sentido de que “sejam desbloqueados os valores penhorados por determinação do MM. Juiz da 12ª Vara do Trabalho de Recife e relativos a créditos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento/Organização das Nações Unidas – PNUD ou, caso assim não entenda, para que a autoridade coatora se abstenha de praticar quaisquer atos liberatórios ou de pagamentos com o referido numerário” (fl. 13).

Considerando a demonstração da relevância dos fundamentos da presente ação mandamental e a configuração do “periculum in mora”, deferi a liminar requerida quanto ao pedido sucessivo acima transcrito, nos termos do despacho de fls. 723/726, a qual foi impugnada mediante embargos de declaração opostos pela impetrante (fls. 736/741), os quais foram parcialmente acolhidos apenas para prestar esclarecimentos (fls. 745/747).

No aludido despacho, determinei, ainda, fosse notificado

o litisconsorte para, querendo, apresentar sua defesa, e oficiada a autoridade apontada dita coatora para prestar as informações previstas no inciso I do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009. Em resposta, a segunda apresentou os esclarecimentos de fls. 734/735, e, o primeiro, o memorial de fls. 748/756, acompanhada de procuração (fl. 757) e documentos (fls. 758/922), com autenticação declarada por seu advogado (fl. 756).

O Ministério Público do Trabalho emitiu o parecer de fls. 934/938, opinando pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO:

I. DAS CONSIDERAÇÕES DO LITISCONSORTE ACERCA DO NÃO CABIMENTO DA PRESENTEAÇÃO MANDAMENTAL

Em sede de contestação (fls. 748/756), o litisconsorte, que vem a ser a parte autora da reclamatória em apreço, sustenta que o ajuizamento da presente ação mandamental importa em ofensa à coisa julgada, violação ao devido processo legal e cerceamento do seu direito de defesa, justificando ditas assertivas no fato de que a discussão sobre a pretensão material deduzida na presente ação já foi objetada através de outras medidas em tempo pretérito, a exemplo dos embargos à execução e agravo de petição, mas sem formular, ao final, pedido expresso de caráter prejudicial ao mérito.

Inobstante, enfrente o questionamento na forma deduzida abaixo.

Em que pese dispor a Lei nº 12.016/2009, artigo 5º, inciso II, sobre o não cabimento da ação mandamental “quando haja recurso previsto nas leis processuais”, a doutrina e a jurisprudência vêm evoluindo no sentido de que, em caso de extrema excepcionalidade, é possível a utilização da ação mandamental, quando houver possibilidade de perda do objeto ou dano irreparável, em razão da demora no processamento e julgamento do recurso próprio.

Assim, quando do ato impugnado puder ocorrer dano irreparável e risco imediato, cabível o mandado de segurança objetivando eventual reparação de direito líquido e certo que teria sido conspurcado.

Vislumbro, na hipótese da presente ação, a ocorrência da

excepcionalidade acima tratada, de molde a afastar a incidência do referido dispositivo, bem como o teor da OJ nº 92 da SDI-II/TST. A discussão travada nos autos diz respeito à arguição de imunidade de jurisdição e de execução de organização internacional, que teria sido violada por ordem de penhora expedida em sede de execução, que poderia, até mesmo, caso procedente a alegação da impetrante, ocasionar eventual conflito diplomático e comprometer a imagem do Brasil perante a comunidade internacional.

Por oportuno, como apropriadamente salienta o Ministro José Luciano de Castilho Pereira em julgado de sua relatoria (TST, SDI-II ROMS 553.480/99 - DJ 04.05.2001), “quando se prossegue na execução, desprezando-se imunidade de jurisdição expressamente invocada, fica violado direito líquido e certo a que a invocação seja atendida, com a paralisação da execução”, concluindo esse magistrado que essa questão não deve “ser resolvida em agravo de petição, o qual pressupõe a penhora e os embargos à execução”, pois diz ele “é exatamente a penhora que se pretende evitar”.

Destarte, improspera a tese esposada às fls. 749/753, a respeito da qual – reitere-se – nada foi expressamente requerido pelo litisconsorte.

2. DA MATÉRIA OBJETO DA PRESENTE SEGURANÇA

A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU)/ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO-PNUD impetrou a presente ação mandamental contra despacho proferido pelo juízo da 12ª Vara do Trabalho do Recife na execução que se processa nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0164700-91.2005.5.06.0012, consistente na determinação de penhora “on line” (via convênio BACEN-JUD) dos valores existentes em contas-correntes e aplicações financeiras de titularidade da impetrante, no limite do crédito obreiro, atualmente estimado em R\$170.189,61 (fl. 668).

Aduz que o ato tido por ilegal viola direito líquido e certo, consubstanciado no privilégio da inexecução de seus bens, em decorrência da imunidade de jurisdição prevista em tratado internacional do qual o Brasil é signatário – traduzido na Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, ratificada nos Decretos nºs 27.784, de 16.02.1950, e 52.288, de 24.07.1963 –,

invocando, ainda, em seu favor os artigos 81 e 82 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, atualizada no dia 28.10.2008.

Defende que o título executivo não é exigível em face da imunidade de execução garantida aos Estados estrangeiros e organismos internacionais, registrando que a jurisprudência dos tribunais superiores é uníssona no que tange à irrenunciabilidade dessa isenção, referindo-se, especificamente, à decisão proferida pela SDI-1 do TST, nos autos do processo nº E-ED-RR-900/2004-019-10-00-9.

Partindo dessas premissas, procura justificar a impetrante a configuração do perigo da demora na hipótese de convalidação em penhora dos valores bloqueados, conforme determinação levada a efeito à fl. 648 dos autos principais, justificando, por outro lado, que a fumaça do bom direito se encontra na previsão contida nas normas em apreço, e nas demais que disciplinam a matéria, citando, no particular, o artigo II da seção 2 da Convenção de Privilégios e Imunidades das Nações Unidas, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 04, de 13.02.1948, ratificada, pelo Brasil no dia 11.11.1949 e promulgada pelo primeiro decreto acima citado e pelos artigos 3º e 4º do Acordo Básico de Assistência Técnica com as Nações Unidas e suas Agências Especializadas, promulgada pelo Decreto nº 59.308, de 23 de setembro de 1966.

Através do despacho de fls. 723/726 deferi o pedido liminar formulado de forma sucessiva, no sentido de determinar “a abstenção, por parte da autoridade coatora, quanto à prática de quaisquer atos liberatórios ou de pagamentos com o numerário constrito, que se encontra a disposição da 12ª VT do Recife (proc. nº 0164700-91.2005.5.06.0012)”, e, a meu ver, a fundamentação desse procedimento está correta e merece ser mantida.

Com efeito, a imunidade de jurisdição conferida aos representantes de Estado estrangeiro constituiu, inicialmente, regra de direito costumeiro, posteriormente incorporada às convenções internacionais, citem-se as Convenções de Viena de 1963 e 1965, as quais dispõem, respectivamente, sobre as relações diplomáticas e consulares. Assim, quando determinado Estado estrangeiro figura como parte ré em reclamação trabalhista ajuizada perante o Brasil, o primeiro questionamento a surgir envolve a existência, ou não, da imunidade de jurisdição estatal, e essa discussão vem sempre pautada nas convenções de Viena, as quais, porém, sem prejuízo da redundância, regulam apenas as relações diplomáticas e consulares, no âmbito de

suas isenções e privilégios.

A partir de lições extraídas da obra do jurista Rubens Curado Silveira (“in” A Imunidade de Jurisdição dos Organismos Internacionais e os Direitos Humanos, São Paulo, LTr, 2007, p. 175), tem-se que na forma de imunidade absoluta surgiu, “prima facie”, a regra do “par in parem non habet iudicium” (não se pode ter jurisdição sobre o par), desenvolvendo-se, posteriormente, uma teoria distintiva no que concerne aos atos de império e de gestão, caso em que apenas nos primeiros, o Estado gozaria de imunidade absoluta. Em outras palavras, ao praticar um ato de gestão de negócio, não mais haveria distinção entre o ente estatal e o particular, estando submetido à jurisdição local. Essa situação foi nominada pela doutrina como “relativização da imunidade”.

Dirimindo a questão, há muito tempo o STF proferiu célebre julgamento (Apelação Cível nº 9696-3, Rel. Min. Sydney Sanches, STF; ERR-189280/95, SBDI-I, Min. Rel. José Luiz Vasconcellos, TST), através do qual, reformulando a jurisprudência interna sobre a matéria em termos trabalhistas, decidiu:

“Estado Estrangeiro. Imunidade Judiciária. Causa Trabalhista. 1. Não há imunidade judiciária para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista. 2. Em princípio, esta deve ser processada e julgada pela Justiça do Trabalho, se ajuizada depois do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 114). 3. Na hipótese, porém, permanece a competência da Justiça Federal, em face do disposto no parágrafo 10 do art. 27 do ADCT da Constituição Federal de 1988, c/c art. 125, II, da ECNº 1/69”.

Essa asserção foi reiterada em outros julgados oriundos desse mesmo órgão supremo, como se depreende da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello em sede de agravo regimental – em que figura como recorrente e parte ré o Consulado Geral do Japão –, ao consignar que o Estado estrangeiro “não dispõe de imunidade de jurisdição, perante órgãos do Poder Judiciário brasileiro, quando se tratar de causa de natureza trabalhista”, tendo ressaltado ainda que “o privilégio resultante da imunidade de execução não inibe a justiça brasileira de exercer jurisdição nos processos de conhecimento instaurados contra Estados estrangeiros” (RE nº 222368, AgR/PE, 2ª Turma, publicado no DJ de 14.02.2003).

Na hipótese a trato, objeto deste mandado de segurança, porém, tem-se como parte executada organização internacional, que desfruta de imunidade, com seus bens e ativo, onde estiverem

localizados e qualquer que seja o seu depositário, e não um estado estrangeiro.

Melhor explicando, a ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), ora impetrante, ostentando a condição de organismo internacional, firmou, em 13.02.1946, Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (Convenção de Londres), em que restou estabelecida a imunidade de jurisdição e a possibilidade, é verdade, de renúncia dessa prerrogativa, exceto, ressalte-se, no que tange às medidas constritivas executórias (artigo II, seção 2), aderindo o Brasil a esse pacto, mediante ratificação através do Decreto nº 27.784, de 16.02.1950, e do Decreto nº 52.228/1963.

Por outro lado, no que tange à penhora “on line” por meio do sistema BACEN JUD, o artigo 84, I, da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, dispõe expressamente competir “ao Juiz do Trabalho abster-se de emitir ordem judicial de bloqueio em caso de execução provisória ou promovida em face de Estado estrangeiro ou Organismo Internacional”.

À espécie, convém citar a lição do Professor Guido Silva (“in” Imunidade Soberana: O Estado Estrangeiro Diante do Juiz Nacional. Série Cadernos do Centro de Estudos Judiciários - Conselho da Justiça Federal - Vol. 19 - Brasília - 2001- págs. 14/15), textual:

“Toda a regulamentação das imunidades e organizações intergovernamentais está em tratados internacionais. Em geral, um tratado-fundação ou estatuto. O tratado-fundação cria o ente organizacional e diz quais são os empregados e os órgãos coletivos, em geral compostos por delegados de Estado que têm as imunidades. É cediço que a organização internacional tem a inviolabilidade de seus bens e haveres tratada em texto expreso, não estando esta, ainda, aclamada pelo direito consuetudinário”.

Dentro deste contexto, a partir do que se depreende dos ensinamentos acima referidos, a disciplina da imunidade jurisdicional da organização internacional – ao contrário do que ocorre com o estado estrangeiro – encontra-se regida pelos tratados e convenções internacionais, não se sedimentando, portanto, nos usos e costumes (fontes do Direito Internacional), sendo este o entendimento do TST sobre a questão, a exemplo do que se vê do aresto a seguir transcrito:

“Recurso de Embargos. Organismo Internacional. Imunidade de Jurisdição. Reconhecimento do Tratado Internacional inserido no Ordenamento Jurídico. Fonte de Direito Internacional o tratado nasce no ordenamento jurídico pela manifestação autônoma e

soberana dos sujeitos que o celebram. É pela ratificação que o tratado passa a integrar o direito interno, depois de aprovado pelo Congresso Nacional. A autoridade do tratado apenas é mitigada, por entendimento ainda não pacificado, quando ingressa no ordenamento jurídico norma legal de direito interno, que revogue o seu conteúdo. Os fundamentos que nortearam o rompimento com a imunidade absoluta de jurisdição não podem ser aplicados, nem por analogia, aos organismos internacionais. A análise da origem Estado estrangeiro x organismo internacional, em face do alcance da imunidade de jurisdição, deve ter como norte os princípios de direito internacional, em especial os relativos à reciprocidade e à natureza da constituição do privilégio. Quanto ao primeiro, a imunidade de jurisdição funda-se no costume e, quanto ao segundo, a imunidade funda-se no tratado internacional de que o Brasil, em sendo signatário, pela ratificação, tem inserido no ordenamento jurídico interno e não pode descumprir. Deve ser reformado o entendimento da c. Turma que relativizou a imunidade de jurisdição do organismo internacional, em face do mandamento constitucional inserido no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que prevê, no capítulo relativo aos direitos fundamentais, o reconhecimento do tratado internacional. Embargos conhecidos e providos” (Proc. nº E-ED-ED-RR 33600-36.2004.5.10.0012, Rel. Min. Alosio Corrêa da Veiga, publicado no DEJT de 12.11.2010).

Por tudo quanto dito, não comporta debate o fato de que, por força de normas escritas integrantes do direito positivo brasileiro, consubstanciadas nos Decretos nºs 52.288/1963 e 59.298/1966 (em pleno vigor), a Organização das Nações Unidas detém, de forma absoluta, imunidade de jurisdição e de execução, sem quaisquer reservas quanto a atos de mera gestão, cumprindo salientar, no aspecto, que as normas que ostentam caráter internacional devem ser cuidadosamente observadas pelos operadores do Direito, em geral, mormente quando incorporadas ao direito interno, à medida que a “afronta a uma regra do direito das gentes constitui ato ilícito, suscetível de responsabilização do sujeito de direito internacional público” (José Francisco Rezek, “in” Direito Internacional Público, Editora Saraiva, 13ª ed., 2011).

Neste sentido:

“Recurso de Revista. Imunidade de Jurisdição. Organismo Internacional. O entendimento desta Corte é de que o reconhecimento da imunidade de jurisdição, de Organismo Internacional, está condicionado à previsão expressa, em Acordo ou Convenção Internacional. A Delegação da Comissão das Comunidades Europeias

usufrui da imunidade, mas restrita às pessoas encarregadas de representar a União Européia, uma vez que, nesse sentido, dispõe expressamente o Decreto Legislativo nº 48 de 1984 c/c o Decreto 97.489 de 8/2/1989. Recurso de revista conhecido e não provido” (TST, 4ª Turma, proc. nº 109800-38.2009.5.10.0003, Rel. Min. Milton de Moura França, publicado no DEJT de 26.08.2011).

Em resumo a tudo quanto dito, a partir das normas e convenções acima referidas tem-se por comprovado, ou pelo menos evidenciado, que a pretensão liminar encontra amparo na relevância dos fundamentos constantes da inicial, nos termos previstos no artigo 7º, III, da Lei de nº 12.016/09.

Entendo, assim, perfeitamente evidenciado o direito líquido e certo invocado na inicial do presente “mandamus”, consubstanciado na imunidade de execução estabelecida nas normas em apreço, e nas quais justifica a impetrante, na inicial (fl. 12), a existência da plausibilidade do seu direito.

A matéria, nos termos do entendimento aqui firmado, conta com precedentes neste Regional, a exemplo do que se pode ver das decisões proferidas nos processos nºs AR-0001548-24.2010.5.06.0000 e MS-0001354-24.2010.5.06.0000, de relatoria, respectivamente, dos Desembargadores Valdir José Silva de Carvalho e Virgínia Malta Canavarro, publicados, pela ordem em que citados, em 18.04.2011 e 02.08.2010.

Com tais considerações, ratificando e ampliando a liminar deferida às fls. 723/726 destes autos, concedo em definitivo a segurança para cassar o ato impugnado.

3. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, concedo em definitivo a segurança para determinar a cassação da ordem judicial impugnada na presente ação (fl. 670), exarada nos autos da Reclamação Trabalhista nº 00164700-91.2005.5.06.0012, em trâmite perante a 12ª Vara do Trabalho do Recife/PE, alusiva ao bloqueio de numerário via BACEN-JUD, determinando-se, por conseguinte, a liberação do respectivo montante em favor da impetrante.

Custas pelo litisconsorte, no importe de R\$20,00 (vinte reais), calculadas sobre o valor atribuído à causa, R\$1.000,00 (fl. 13), porém dispensado de seu pagamento, “ex vi legis”.

Dê-se ciência desta decisão ao Juízo da 12ª Vara do Trabalho

do Recife/PE, através de ofício, consoante determina o artigo 11 da Lei nº 12.016/2009.

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, em sua composição plena, por unanimidade, conceder em definitivo a segurança para determinar a cassação da ordem judicial impugnada na presente ação (fl. 670), exarada nos autos da Reclamação Trabalhista nº 00164700-91.2005.5.06.0012, em trâmite perante a 12ª Vara do Trabalho do Recife/PE, alusiva ao bloqueio de numerário via BACEN-JUD, determinando-se, por conseguinte, a liberação do respectivo montante em favor da impetrante. Custas pelo litisconsorte, no importe de R\$ 20,00 (vinte reais), calculadas sobre o valor atribuído à causa, R\$ 1.000,00 (fl. 13), porém dispensado de seu pagamento, “ex vi legis”. Dê-se ciência desta decisão ao Juízo da 12ª Vara do Trabalho do Recife/PE, através de ofício, consoante determina o artigo 11 da Lei nº 12.016/2009.

Recife, 24 de abril de 2012.

PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA
DESEMBARGADOR FEDERAL DO TRABALHO
RELATOR

PROC. TRT – TRT – 0225200-25.2009.5.06.0161 (ED)

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA

RELATORA DESEMBARGADORA: DESEMBARGADORA VALÉRIA GONDIM SAMPAIO

EMBARGANTE: OEVIALLIS DO BRASIL NUTRIÇÃO ANIMAL LTDA

EMBARGADO: MARIA DA GLÓRIA DAHER RIBAS

PROCEDÊNCIA: VARA DO TRABALHO DE SÃO LOURENÇO/PE

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS. RECOLHIMENTO. ÔNUS DA PARTE. INOCORRÊNCIA DE “JUS POSTULANDI”. ELEVADO O VALOR CONDENATÓRIO NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO POR

FORÇA DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. NOVO VALOR DE CUSTAS NÃO FIXADO NA SENTENÇA. INCUMBENCIA DA PARTE EMBARGAR OU CALCULAR DIRETAMENTE O “QUANTUM” ATUALIZADO A RECOLHER . CONSEQUÊNCIA LEGAL. CRITÉRIO DE CÁLCULO EM LEI PREVISTO. DEVER DA PARTE OBSERVÁ-LO. DESERÇÃO CONFIRMADA. PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 879-A, DA CLT. I- Considera-se inexistente equívoco quanto a exame do pressuposto extrínseco de conhecimento do recurso, relativo ao recolhimento de custas processuais, quando a sentença, complementada por meio de decisão que julga Embargos Declaratórios, promove elevação do “quantum” condenatório, e, por consequência, do valor das custas do processo, mas não o especifica. Como de curial sabença, constitui óbice ao conhecimento do apelo ordinário a falta de cumprimento da obrigação de recolhê-las. Vale dizer, o fato de eventualmente deixar de ser especificada no título executivo judicial, não gera o direito processual de abstenção desse recolhimento. Muito ao contrário, oferta à parte interessada duas opções de solução, ambas viabilizando do mesmo modo a satisfação do pressuposto legal e o interesse do que litiga em ver conhecido e analisado o apelo aviado. A primeira delas refere-se à possibilidade de oposição de embargos declaratórios. A segunda, mais consentânea com a eficiência e economia do processo, alude à natural possibilidade de a própria parte efetuar o cálculo aritmético diretamente, cujo critério é de domínio público, decorre da lei, que a ninguém é dado desconhecer. De terceira opção não se pode cuidar, porque equivaleria a positivar recurso sem custas recolhidas, desde que existentes a cobrar. II- O litigante que se omite de adotar a solução processual mais adequada, revela falta de diligência e não deve invocar, em seu benefício, violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da garantia do devido processo legal, em face da decisão que pronuncia a deserção do apelo. A busca pela simplicidade, pela celeridade e pela economia do processo é dever dos que litigam e almejam o exercício digno da jurisdição, notadamente quando a hipótese não envolve “jus postulandi”. Embargos Declaratórios rejeitados.

Vistos etc.

Embargos de Declaração opostos por EVIALIS DO BRASIL NUTRIÇÃO ANIMAL LTDA., apontando equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso em face do acórdão proferido pela E. 1ª Turma, que não conheceu do seu apelo, por deserção, e deu provimento ao recurso do embargado, nos termos da fundamentação às fls.689/696.

Em suas razões de fls. 699/703, afirma que a sentença que apreciou os embargos de declaração não se manifestou acerca do novo valor da condenação e das custas processuais, disso resultando cerceamento do direito de defesa.

Novos Embargos de Declaração opostos pela mesma parte (fls. 707/713).

É o relatório.

VOTO:

Da preliminar de não conhecimento dos Embargos de Declaração de fls. 707/713, por violação ao Princípio da Unirrecorribilidade. Atuação de ofício.

Preliminarmente, não conheço da peça de Embargos de Declaração, encartada às fls. 707/713, pela prevalência do Princípio da Unirrecorribilidade ou da Singularidade Recursal.

Com efeito, em sede de doutrina e de jurisprudência está assentado que para cada ato jurisdicional sujeito à revisão via recurso, corresponde, em regra, um único e ajustado apelo, pois “*O princípio da unirrecorribilidade, ressalvadas as hipóteses legais, impede a cumulativa interposição, contra o mesmo ato decisório, de mais de um recurso. O desrespeito ao postulado da singularidade dos recursos torna insuscetível de conhecimento o segundo recurso, quando interposto contra a mesma decisão. [...]*” (RE 344528 AgR/MG, 2ª T, dec. unân. Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.10.2002).

In casu, a reclamada protocolizou, no dia 29.10.2012, a peça de embargos de declaração (fls. 699/703), tendo, posteriormente e sem justificativa, apresentado outra, quando já operados os efeitos da preclusão consumativa, razão pela qual dela

não conheço.

Mérito

Voltada a apreciação à peça de fls. 699/703, saliento que os Embargos Declaratórios representam via processual estreita, cujo cabimento está restrito às hipóteses previstas no art. 897-A da CLT, quais sejam: existência de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. De modo excepcional, sua interposição vem sendo recepcionada, quando constatado evidente equívoco de julgamento, ou, mais precisamente, erro de percepção do julgador, afirmando inexistente aquilo que, na realidade, exsurge dos autos, e vice-versa, tudo em prol de uma célere e completa prestação jurisdicional.

Inadmissível, no entanto, a utilização do remédio jurídico ora eleito, quando a parte objetiva ver reapreciadas questões já decididas ou reexaminados aspectos fáticos do litígio. Para esse fim, o ordenamento jurídico dispõe de via específica à demonstração da insurreição do litigante contra o provimento judicial que, porventura, não lhe tenha sido favorável. Nem o prequestionamento de que cuida a Súmula n.º 297 do C. TST possui o alcance pretendido pela embargante.

Ao se reportar à existência de cerceamento do direito de defesa, deseja a embargante, na verdade, revolver a matéria suficientemente sedimentada no decisum hostilizado, que, por sua vez, evidenciou com clareza as suas razões de decidir.

In casu, não vislumbrada a existência de quaisquer dos vícios autorizadores do manejo dos Embargos Declaratórios previstos no art. 897-A da CLT, posto que o acórdão enfrentou os pontos relevantes da matéria discutida, sobre eles se manifestando a forma fundamentada, conforme preceituam os arts. 93, IX, da Constituição Federal e 832 da CLT.

Nada obstante, não é demais acrescentar que não há constatação de violações a dispositivos constitucionais e legais. Ao contrário, o julgado revelou-se fruto da correta interpretação das normas vigentes, em relação à matéria em debate, notadamente por admitir inexistente equívoco quanto a exame do pressuposto extrínseco de conhecimento do recurso, relativo ao recolhimento de custas processuais, quando a sentença, complementada por meio de decisão que julga Embargos Declaratórios, promove elevação do

“quantum” condenatório, e, por consequência, do valor das custas do processo, mas não o especifica.

Como de curial sabença, constitui óbice ao conhecimento do apelo ordinário a falta de cumprimento da obrigação de recolhê-las. Vale dizer, o fato de eventualmente deixar de ser especificadas no título executivo judicial, não gera o direito processual de abstenção desse recolhimento. Muito ao contrário, oferta à parte interessada duas opções de solução, ambas viabilizando do mesmo modo a satisfação do pressuposto legal e o interesse do que litiga em ver conhecido e analisado o apelo aviado. A primeira delas refere-se à possibilidade de oposição de embargos declaratórios. A segunda, mais consentânea com a eficiência e economia do processo, alude à natural possibilidade de a própria parte efetuar o cálculo aritmético diretamente, cujo critério é de domínio público, decorre da lei, que a ninguém é dado desconhecer. De terceira opção não se pode cuidar, porque equivaleria a positivar recurso sem custas recolhidas, desde que existentes a cobrar.

O litigante que se omite de adotar a solução processual mais adequada, revela falta de diligência e não deve invocar, em seu benefício, violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da garantia do devido processo legal, em face da decisão que pronuncia a deserção do apelo.

A busca pela simplicidade, pela celeridade e pela economia do processo é dever dos que litigam e almejam o exercício digno da jurisdição, notadamente quando a hipótese não envolve “jus postulandi”.

Desse modo, em não existindo omissão, contradição ou equívoco na análise dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, a sanar no acórdão de fls. 719/723, rejeitam-se os Embargos de Declaração.

Conclusão

Ante o exposto, preliminarmente, atuando de ofício, não conheço dos Embargos de Declaração de fls. 215/221, por violação ao Princípio da Unirrecorribilidade. No mérito, rejeito os Embargos de Declaração.

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, preliminarmente, atuando de ofício, não conhecer dos Embargos

de Declaração de fls. 215/221, por violação ao Princípio da Unirrecorribilidade. No mérito, também por unanimidade, rejeitar os Embargos de Declaração.

Recife, 08 de novembro de 2012.

VALÉRIA GONDIM SAMPAIO
DESEMBARGADORA RELATORA

Súmulas

SÚMULA Nº 01

SUCSSÃO TRABALHISTA - ALIENAÇÕES DE ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DO PROER - PROGRAMA DE APOIO À REESTRUTURAÇÃO E AO FORTALECIMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO - CARACTERIZAÇÃO (REQUISITOS)

Nas alienações de estabelecimentos bancários decorrentes da execução do PROER - Programa de Apoio à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema financeiro, caracteriza-se sucessão trabalhista (artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho) mesmo nas hipóteses em que o bancário não tenha prestado trabalho ao sucessor, sendo, outrossim, irrelevante a tal configuração o fato de a instituição sucedida não ter sido extinta, ou seja, de estar submetida a regime de liquidação extrajudicial.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 08/2000

3ª PUBL. DOE-PE: 22/07/2000

SÚMULA Nº 02

BANCÁRIO - CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS À DATA DA ADMISSÃO - EXEGESE DOS ARTIGOS 224 E 225 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento).

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 08/2000

3ª PUBL. DOE-PE: 22/07/2000

SÚMULA Nº 03

DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO DE REPOUSOS SEMANAIS - NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO - MATÉRIA DISCIPLINADA PELO ARTIGO 10 DO REGULAMENTO APROVADO PELO DECRETO Nº 27.048, de 12 DE AGOSTO DE 1949

As diferenças de remuneração de repousos semanais, decorrentes de horas extras, implicam o direito à complementação do pagamento de aviso prévio indenizado, férias, gratificação natalina e depósitos de fundo de garantia do tempo de serviço - FGTS, em razão da natureza salarial definida pelo artigo 10, caput, do regulamento aprovado pelo Decreto nº 27.048, de 12 de agosto de 1949".

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 08/2000

3ª PUBL. DOE-PE: 22/07/2000.

SÚMULA Nº 04

JUROS DE MORA - DEPÓSITO EM GARANTIA DO JUÍZO - EXEGESE DO ARTIGO 39, § 1º, DA LEI 8.177/91 - RESPONSABILIDADE DA PARTE EXECUTADA

Independentemente da existência de depósito em conta, à ordem do Juízo, para efeito de garantia, de modo a possibilitar o ingresso de embargos à execução e a praticar atos processuais subsequentes, os juros de mora - que são de responsabilidade da parte executada - devem ser calculados até a data da efetiva disponibilidade do crédito ao exequente.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 04/2001

3ª PUBL. DOE-PE: 22/06/2001

SÚMULA Nº 05

(Cancelada pela RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 003/2003 DOE/PE: 25.02.03)

CUSTAS PROCESSUAIS – PAGAMENTO – IMPOSIÇÃO À PARTE VENCIDA EM JULGAMENTO DE AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO – IMPOSSIBILIDADE

Tratando-se de espécie de tributo cuja exigência depende de previsão legal, e havendo os artigos 702, inciso I, alínea “g”, e 789, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho sido revogados pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 – conforme proclamado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 116.208-2, de que foi relator o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves -, não há possibilidade de o magistrado trabalhista, em julgamento de ação de embargos de terceiro,

condenar a parte vencida ao pagamento de custas processuais.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 19/2001

3ª PUBL. DOE-PE: 22/12/2001

SÚMULA Nº 06

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – FGTS – PRESCRIÇÃO

Durante a vigência do contrato de trabalho e até dois anos após a sua extinção, é trintenária a prescrição do direito de reclamar a efetivação dos depósitos do FGTS, relativamente às parcelas de natureza salarial percebidas pelo empregado.

RESOL. ADMINISTRATIVA TRT - 004/2003

(DOE/PE de 13,14 e 15.03.2003)

SÚMULA Nº 07

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO – INTEGRAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS

Em consonância com o disposto no artigo 457 da CLT, a gratificação percebida habitualmente em razão do exercício de função tem natureza salarial e, por consequência, integra a base de cálculo das horas extras prestadas.

RESOL. ADMINISTRATIVA TRT - 004/2003

(DOE/PE de 13,14 e 15.03.2003)

SÚMULA Nº 08

GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL – QUITAÇÃO EM PARCELAS MENSAIS

Inclusão na base de cálculo para remuneração das horas extras. A parcela denominada gratificação semestral, quando paga mensalmente, possui natureza salarial, consoante diretriz traçada no artigo 457, § 1º da CLT, integrando a base de cálculo das horas extras.

RESOL. ADMINISTRATIVA TRT - 004/2003

(DOE/PE de 13,14 e 15.03.2003)

SÚMULA Nº 09

TAXA ASSISTENCIAL – EMPREGADOS NÃO SINDICALIZADOS – INEXIGIBILIDADE

É nula, por afrontar o princípio da liberdade sindical, a cláusula de instrumento normativo que obriga empregados não sindicalizados

ao pagamento da taxa assistencial.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT nº 14/2005

Publ. DOE/PE: 31.08.2005 página 33

SÚMULA Nº 10

MANDADO DE SEGURANÇA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE BLOQUEIO DE CRÉDITO

Mesmo que se processe em execução provisória, o ato judicial que determina o bloqueio de crédito não fere direito líquido e certo do devedor, considerando-se o disposto nos artigos 889 e 882 da CLT, bem como a ordem de gradação estabelecida pelo artigo 655 do CPC, e, ainda, o disposto no artigo 588, caput, inciso II e § 2º do CPC, acrescidos pela Lei nº 10.444/2002, superveniente à edição da Orientação Jurisprudencial nº 62 da SDI-II do TST.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT nº 14/2005

Publ. DOE/PE: 31.08.2005 página 33

SÚMULA Nº 11

AÇÃO ANULATÓRIA – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – COMPETÊNCIA FUNCIONAL

Em consonância com o disposto no artigo 83, IV, da Lei Complementar nº 75/93, o Ministério Público do Trabalho está legitimado para ajuizar ação anulatória envolvendo previsão contida em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo.2. É da competência originária do Tribunal Regional do Trabalho o julgamento de ação anulatória ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, com o objetivo de desconstituir cláusula resultante de negociação coletiva, desde que as bases territoriais dos sindicatos convenientes ou acordantes não extrapolem a sua circunscrição.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT nº 15/2005

Publ. DOE/PE: 31.08.2005 página 33

SÚMULA Nº 12

CONTRATO DE EMPREGO. ILICITUDE DO OBJETO. TRABALHO VINCULADO AO JOGO DO BICHO. CONTRAVENÇÃO PENAL. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS RETROATIVOS

Configurados os requisitos do contrato de emprego, não se asseguram ao trabalhador os direitos constitucionais por força dos

princípios da dignidade humana, da irretroatividade da declaração das nulidades no âmbito do Direito do Trabalho e da primazia da realidade por tratar-se, o jogo do bicho, de atividade socialmente arraigada e tolerada pelo Poder Público.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 17/2008

3ª PUBL. DOE/PE: 28/01/2009

SÚMULA Nº 13

EMPREGADO PÚBLICO. ESTABILIDADE FINANCEIRA. ÍNDICE DE REAJUSTE

Ao empregado público, que adquiriu o direito à incorporação de gratificação pelo exercício de função comissionada, em razão do princípio da estabilidade financeira, assegura-se o reajuste salarial geral, mas não a vinculação aos mesmos índices e critérios de revisão aplicados à remuneração dos cargos e funções comissionados.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 17/2009

3ª PUBL. DOE/PE: 28/08/2009

SÚMULA Nº 14

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MOMENTO DE INCIDÊNCIA DE JUROS E MULTA.

A hipótese de incidência da contribuição social prevista no artigo 195, inciso I, alínea “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil ocorre quando há o pagamento ou o crédito dos rendimentos de natureza salarial decorrentes do título judicial trabalhista, razão pela qual, a partir daí, conta-se o prazo legal para o seu recolhimento, após o que, em caso de inadimplência, computar-se-ão os acréscimos pertinentes a juros e multa mencionados na legislação ordinária aplicável a espécie.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 25/2009

3ª PUBL. DOE/PE: 02/10/2009

SÚMULA Nº 15

HORAS DE PERCURSO. SUPRESSÃO MEDIANTE NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

É inválida a cláusula de instrumento coletivo que suprime direito à remuneração das horas de percurso (artigo 58, § 2º da CLT).

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT - 12/2011

3ª divulgação no DEJT em 21/11/2011

(*) Republicada por haver saído com incorreção.

SÚMULA Nº 16

URB. PAGAMENTO DE QUINQUÊNIOS. SUPRESSÃO. LEGALIDADE DA ALTERAÇÃO CONTRATUAL

A supressão do pagamento de quinquênios aos empregados da Empresa de Urbanização do Recife (URB), decorrente da revogação de dispositivo de lei municipal, mediante a incorporação dos valores até então pagos com vantagem pessoal nominalmente identificável, não configura alteração contratual ilegal.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT - 12/2011

3ª divulgação no DEJT em 21/11/2011

() Republicada por haver saído com incorreção.*

SÚMULA Nº 17

AGRAVO DE PETIÇÃO – INCIDÊNCIA DO ARTIGO 897, § 1º, DA CLT

A exigência da delimitação justificada dos valores impugnados (artigo 897, § 1º, da CLT) dirige-se apenas ao executado, não se aplicando ao exequente, por ter como objetivo viabilizar a execução imediata da parte remanescente”.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT - 15/2011

3ª divulgação no DEJT EM 18/11/2011

Sentenças

PROCESSO nº 0001754-95.2011.5.06.0002

ÓRGÃO JULGADOR
2ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Parte autora:

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO -
PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO
DA 6ª REGIÃO**

Parte ré:

**ROCHA, MARINHO
E SALES ADVOGADOS ASSOCIADOS**

SENTENÇA

Vistos, etc.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO ajuizou ação civil pública contra ROCHA, MARINHO E SALES ADVOGADOS ASSOCIADOS, ambos devidamente qualificados nos autos, alegando, em síntese, que recebeu denúncia de que o réu mascara relações empregatícias com advogados mediante contratos de associação e que tal fato foi comprovado mediante inspeção realizada no escritório de advocacia em 24 de agosto de 2011. Alega que tais advogados auferem remuneração fixa de R\$ 1.591,00 e não recebem nenhum outro benefício, que precisam cumprir metas de produtividade/tarefas diariamente encaminhadas pelo estabelecimento de João Pessoa – PB, para o qual também prestam contas diariamente, e são supervisionados pelo Dr. Reginaldo Márcio Alecrim Moitinho. Narra que, em audiência realizada em 06 de setembro de 2011, o representante do escritório afirmou que então ainda não possuía os contratos de associação dos advogados e sim apenas pedidos de averbação deles na OAB. Acrescenta que, depois, um dos “associados” compareceu no MPT para prestar novas denúncias e apresentar cópia da avaliação de desempenho

efetuada pelo réu e extraída do seu sistema informatizado, o que teria revelado a metodologia adotada pelo réu de avaliar os advogados contratados a partir de um ano através do RH e da Contracte Consultoria. Informa que, em nova audiência, o réu solicitou prazo para analisar a proposta de assinatura das carteiras profissionais dos advogados “associados” ao argumento de que isto implicaria um impacto maior no escritório e que, embora tenha firmado TAC quanto à situação dos estagiários, não regularizou a situação dos advogados “associados”. Por conseguinte, asseverando existir dano causado aos advogados empregados pela sonegação de seus direitos e dano genérico à coletividade pela violação da ordem social e supressão dos recolhimentos do FGTS e das contribuições previdenciárias respectivas, bem como a possibilidade de lesão futura a toda a massa de trabalhadores que porventura venham a laborar para o réu, postula que o réu seja condenado: 1) A se abster de contratar advogados como associado quando presentes os pressupostos constantes dos art. 2º e 3º da CLT; 2) A registrar a CTPS e efetuar o registro de todos os advogados ilicitamente contratados como associados, entre eles, aqueles constantes da relação apresentada pelo Réu, com data retroativa ao início de suas atividades para o escritório; 3) A depositar o FGTS e recolher a contribuição previdenciária de todo o período de trabalho laborado por tais empregados; 4) A pagar R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais coletivos, reversível ao FAT ou a uma instituição sem fins lucrativos a ser indicada pelo órgão ministerial, cuja atividade possa contribuir para recompensar a sociedade pelos direitos lesados – conforme exposto na petição inicial de f. 02/15. Anexou os documentos de f. 16/97.

À causa foi atribuído o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

O representante da ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DE PERNAMBUCO compareceu quando da audiência inicial, quando então apresentou petição, f. 107/113, acompanhada dos documentos de f. 114/125, mediante a qual requereu seu ingresso no feito na qualidade de assistente da sociedade de advogados demandada.

Fracassou a primeira tentativa de acordo.

ROCHA MARINHO E SALES ADVOGADOS ASSOCIADOS contestou afirmando, em resumo, ser inconstitucional a diligência investigatória realizada pelo MPT por ter violado prerrogativas da advocacia ao invadir e permanecer arbitrariamente no

escritório sem prévia autorização e sem mandado judicial específico que o autorizasse, assim sendo imprestáveis as provas porque obtidas de maneira ilícita, bem como que as declarações então reproduzidas não provam os fatos nelas reportados porque foram feitas sem o contraditório e são desprovidas de fé pública. No mérito, argumenta que os advogados foram contratados como associados segundo previsão dos art. 39 e 40 do Regulamento Geral da Advocacia e da OAB, sendo especial a situação jurídica da categoria dos advogados em face de suas particularidades. Sustenta que não mantém vínculo de subordinação e dependência jurídica com seus advogados associados, inclusive porque estes podem livremente advogar fora do escritório e possuem seus próprios clientes, estando impedidos apenas de advogar contra os clientes do próprio escritório. Aduz que os advogados associados apenas recebem um *pro labore* mensal para lhes dar estabilidade, sendo a maior parte e mais substancial remuneração feita pela participação nos lucros do escritório, além de uma participação especial nos honorários pagos por clientes que eles levam para o escritório. Assevera que há mera avaliação do desempenho dos integrantes do escritório com o escopo de verificar os pontos fracos nas rotinas de trabalho e obter sua melhoria. Alega ser descabido e desproporcional o pedido de condenação em multas e que não há plausibilidade jurídica na pretensa caracterização de dano moral coletivo, sendo inepta a postulação porque juridicamente impossível porque o valor demandado em ações civis públicas deve ser necessariamente revertido em favor do FAT e porque o MPT não informou qual foi a coletividade que sofreu o dano no vultoso valor postulado. Impugnou o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, pela inexistência de prova inequívoca e de verossimilhança das alegações. Pediu a condenação do MPT como litigante de má-fé porque praticou arbitrariedades no exercício da função e requereu a improcedência da ação civil pública consoante exposto na defesa escrita de f. 126/159, instruída com os documentos de f. 160/167.

A parte ré também apresentou reconvenção, f. 168/172, mediante a qual pleiteou a condenação da parte contrária em indenização por danos morais porque os Procuradores do Trabalho invadiram arbitrariamente o escritório de advocacia, violando o sigilo profissional da parte reconvinte, tendo divulgado à imprensa local que este estava fraudando a lei ao tentar simular contratos de associação para encobrir relações de emprego e sonegar o recolhimento de contribuições sociais, previdenciárias e fundiárias.

Não se admitiu a ação reconvenicional, conforme despacho

de f. 176, porque a Justiça do Trabalho é absolutamente incompetente para apreciar e dirimir a pretensão da parte reconvincente contra a União, de ser ressarcida por danos morais alegadamente provocados por agentes públicos, em face do disposto no art. 114 da Constituição Federal.

A parte ré apresentou os documentos de f. 178/319.

Intempestivamente, o MPT protocolou petição se manifestando sobre os documentos carreados aos autos (f. 321/327).

A parte ré se pronunciou sobre as provas documentais às f. 336/339.

Às f. 340, apresentando os documentos de f. 341/351, o SINDICATO DOS ADVOGADOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO – SINDAPE pediu seu ingresso no processo na qualidade do assistente da parte autora.

Às f. 352/357, com os documentos de f. 359/362, o CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB requereu sua admissão no feito na condição de assistente da parte ré.

O advogado da parte ré impugnou o pedido de assistência formulado pelo SINDAPE.

Foram deferidos os pedidos do SINDAPE e da OAB para integrarem esta ação civil pública na qualidade de assistentes, respectivamente, do MPT e da parte ré.

Ouviu-se a Procuradora do Trabalho, Dra. Vanessa Patriota da Fonseca, o preposto do réu e o representante da OAB.

Inquiriu-se testemunhas apresentadas pela parte ré.

Encerrou-se a fase instrutória.

Razões finais remissivas, renovando-se protestos, tendo o MPT ratificado o exposto na petição de f. 321/328 e depois apresentado memorial complementar conforme foi facultado às partes.

Sem êxito a segunda proposta conciliatória.

É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTAÇÃO

DAS QUESTÕES INCIDENTAIS E PRELIMINARES

1) DA INADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RECONVENCIONAL:

Dentre os requisitos específicos da ação reconvenicional, além das condições da ação e dos pressupostos processuais exigidas de todas as demandas, destaca-se que o juízo da causa principal também deve ser competente para julgar a reconvenção *ex vi* do art. 109 do Código de Processo Civil. Afinal, como ensina FREDIE DIDIER JR., “somente é possível ao réu reconvir se o magistrado da causa principal, que tem competência funcional julgar a reconvenção, tiver competência em razão da matéria e da pessoa para julgar a causa. (...) Se o magistrado não tiver competência para a reconvenção, indeferirá a sua petição inicial, não admitindo o seu processamento. A consequência da incompetência absoluta, neste caso, não pode ser a remessa dos autos ao juízo competente nem a extinção do processo. Somente é possível cogitar de reconvenção se houver ação; assim, a reconvenção não poderia ser enviada a outro juízo distinto daquele onde tramita a demanda principal. Porquanto demanda incidente, o seu não conhecimento não pode implicar a extinção do processo, que prossegue para o exame da demanda principal” (*Curso de direito processual civil, vol. 1, 13ª ed.*, SP: Editora JusPodium, 2011, p. 519).

Nesta ação civil pública trabalhista, porém, a parte ré apresentou reconvenção mediante a qual acusa Procuradores do Trabalho de terem violado o escritório e o sigilo profissional dos advogados, tendo ainda ferido a imagem, o bom nome e a reputação do réu ao divulgar os fatos à imprensa local, assim postulando indenização por danos morais. Portanto, para processar e julgar a causa correspondente ao objeto da ação reconvenicional, a competência seria da Justiça Federal de acordo com o disposto no art. 109, I da Constituição da República vez que tal ação reparatória em desfavor da União, por danos morais alegadamente causados por atos de representantes do Ministério Público do Trabalho, não se amolda a nenhuma das hipóteses previstas no art. 114 da Magna Carta.

Portanto, como já exposto às f. 176, não se pode conhecer da reconvenção apresentada pela parte ré nesta ação civil pública.

2) DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS:

O art. 5º, §2º da Lei nº 7.347/85 estabelece que “fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”. Ademais, como salienta CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, “a assistência simples é também permitida nas ações civis públicas (ou coletivas *lato*

sensu), em defesa dos interesses individuais homogêneos como prevê o art. 94 do CDC (Lei n. 8.078/1990), embora esta norma empregue, de forma atécnica, o termo ‘litisconsorte’. É que nas ações civis públicas só pode haver litisconsórcio entre os legitimados arrolados taxativamente no art. 5º da Lei n. 7.347/1985 e no art. 82 do CDC” (*Curso de direito processual do trabalho*, 4ª ed., SP: LTr, 2006, p. 373). É indiscutível, pois, a possibilidade de intervenção de terceiros em ações civis públicas.

Em relação ao SINDICATO DOS ADVOGADOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO – SINDAPE, o art. 8º, III da Constituição Federal lhe confere legitimidade para “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Por tal razão, porque o MPT ajuizou esta ação civil pública trabalhista para proteger alegados direitos individuais homogêneos e difusos de advogados, compreende-se que a entidade sindical de tal categoria profissional possui interesse jurídico para ser assistente da parte autora.

Quanto à ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, que requereu integração à lide tanto por sua seccional de Pernambuco como pelo seu Conselho Federal, saliente-se que também é legitimada para as ações coletivas enquanto órgão de representação de classe. Acrescente-se que o art. 49 da Lei nº 8.906/94, em seu parágrafo único, estabelece que os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB possuem “legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB”. De mais a mais, neste caso concreto, à lide veio discussão sobre suposta violação do escritório advocatício em alegada afronta ao direito previsto no art. 7º, II da Lei nº 8.906/94.

Poder-se-ia cogitar da mera existência de interesse corporativo e não jurídico das entidades de classe, o que impossibilitaria sua participação no feito como assistente simples em face do disposto no art. 50 do Código de Processo Civil. Entretanto, como adverte MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO, ao tratar do interesse jurídico na assistência simples, este muitas vezes é “diáfano, rarefeito e, por isso, de difícil constatação (...)” (*Litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros no processo do trabalho*, 2ª ed., SP: LTr, 1993, p. 134). Ademais, segundo enfatiza ARRUDA ALVIM, “a tradição do nosso Direito é a mais liberal possível, tangentemente à configuração do interesse do assistente” (*Assistente simples. Direito Processual Civil – 1 (Coleção Estudos e Pareceres)*, São Paulo: RT, 1995, pp. 95/106).

Na verdade, o “interesse jurídico” mencionado no Direito Positivo corresponde a um conceito jurídico indeterminado cuja valoração deverá ser feita conforme as particularidades de cada caso concreto. Ou seja, caso a caso.

Destarte, considerando que se trata de ação coletiva que enfrenta questões que certamente não se restringem ao interesse individual do demandado e sim da coletividade de escritórios advocatícios e de profissionais dessa área, sendo fato público e notório que diversos escritórios possuem advogados associados trabalhando em similares condições daqueles vinculados ao réu, o que pode vir a ser alvo de semelhantes investigações do Ministério Público do Trabalho, percebe-se a existência do interesse jurídico da entidade de classe em participar deste feito. Afinal, em que pese haver doutrina e jurisprudência em sentido contrário, compreende-se que o interesse jurídico pode ser identificado também no interesse institucional.

Nessa linha, JOÃO LUÍS MACEDO DOS SANTOS salienta que “o reconhecimento de outras situações não previstas pela doutrina clássica, mas que denotam a existência de algum interesse jurídico – conseqüentemente de um bem jurídico – a ser tutelado, sem que contudo haja relação direta com a lide posta em juízo ou relação direta com o adversário do assistido, vem sendo admitida pela jurisprudência” (*Assistência no processo civil brasileiro*. Dissertação de mestrado. PUC-SP, 2001. Inédito, p. 79, *apud* GODINHO, Robson Renault, *O Ministério Público como assistente simples: o interesse institucional como expressão do interesse jurídico*, disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1006.rtf>, acessado em 03/07/2012). Exemplifica o autor, ademais, que, “por vezes, o interesse restará caracterizado a partir de uma necessidade de uma entidade de classe em velar pelas prerrogativas ou pelo cumprimento de normas atinentes ao exercício profissional. Assim, já se admitiu a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil, para o fim de ingressar em processo na qualidade de assistente simples de advogados demandados por atos praticados no exercício da profissão, tratando-se na espécie de indenização por dano moral” (*Op. cit.*, p. 82).

Sublinhe-se, por fim, haja vista a presença de interesses de advogados em ambos os pólos desta ação civil pública, ainda que postulados pelo MPT no que tange aos supostos advogados empregados, que cabe apenas à entidade de classe definir qual interesse jurídico pretende defender ao voluntariamente requerer sua integração à lide na qualidade de assistente simples.

Ratifica-se, pois, a decisão que deferiu a intervenção do SINDAPE e da OAB nesta ação civil pública.

3) DA INÉPCIA (PARCIAL) DA PETIÇÃO INICIAL:

A parte ré alega a inépcia da petição inicial do MPT no que se refere ao pedido de indenização por dano moral coletivo porque “não informa sequer qual foi a coletividade que sofreu o dano em valor vultoso que ele veio postular em desfavor do réu”.

O MPT atua na defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais no domínio das relações laborais. Portanto, porque objetiva corrigir procedimento genérico e irregular do (alegado) empregador, ajuizou esta ação civil pública para defesa de interesses individuais homogêneos e difusos decorrentes de mencionado perigo de violação a direitos sociais constitucionalmente garantidos (art. 83, III da LC 75/93), bem como de interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos (art. 6º, VII, d), na linha do art. 129, III da Constituição Federal. Segundo disciplina o art. 83, III da LC nº 75/93, o MPT possui competência para “promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”.

O dano moral coletivo corresponde à lesão sofrida no âmbito dos valores gerais de uma determinada comunidade, atingida do ponto de vista imaterial. Nessa esteira, cite-se a seguinte jurisprudência do TST: (...) II - RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. COOPERATIVA. FRAUDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL COLETIVO. *Para a hipótese em apreço, tenho que a pretensão do ‘Parquet’ refere-se aos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores do quadro da pseudo cooperativa, bem como aos direitos transindividuais, na medida em que os direitos sociais do trabalho, suprimidos em face da prática de terceirização fraudulenta, não se restringem aos trabalhadores que poderiam pleitear individualmente direitos trabalhistas, mas também aos trabalhadores que ingressarão no mercado de trabalho, o que importa, via de consequência, em lesão a toda a coletividade de trabalhadores. A toda evidência, penso que há uma relação jurídica comum subjacente entre esses trabalhadores, mas o que os atrai não é a relação jurídica em si, mas, antes, o fato de terem sofrido prejuízos pela negação de direitos trabalhistas, constitucionalmente garantidos, em face da prática de*

terceirização fraudulenta de mão de obra - daí a origem comum. Com efeito, cada integrante do grupo terá direito divisível à reparação devida. Ressalte-se, ainda, o aspecto pedagógico da reparação por dano moral coletivo, na medida em que a condenação ao pagamento da correspondente indenização objetiva desestimular esse tipo de prática ilegal recorrente. Ou seja, no caso sob exame, visa a coibir as práticas de terceirização fraudulenta de mão de obra de pseudo cooperados, de modo a se evitar lesão à dignidade da pessoa humana e ao valor social do trabalho, que são direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, não somente ao grupo de indivíduos contratados pela COOPSOL, mas à coletividade de cidadãos contratados ilegalmente por empresas interpostas, como também à sociedade como um todo. Precedentes da SBDI-1 e de Turmas do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR - 147340-95.2004.5.05.0016 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 02/02/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 11/02/2011).

Destarte, se o escritório de advocacia causa danos à sociedade, como alega o *Parquet*, violando direitos fundamentais consagrados na Constituição da República ao mascarar vínculos de emprego com advogados mediante fraudulentos contratos de associação, também sonegando contribuições ao FGTS e previdenciárias, cujos recursos possuem destinação social, resta evidente a *causa petendi* da postulada indenização por danos morais coletivos em virtude dos danos imateriais causados à sociedade e com escopo pedagógico para que tal (suposta) prática não mais seja mantida.

Frise-se que o dano moral coletivo é aquele transindividual que se pratica contra uma classe específica ou não de pessoas, sendo prescindível a comprovação de dor, sofrimento ou abalo psicológico dos indivíduos. A compensação do dano moral coletivo tem respaldo nos artigos 1º e 21 da Lei n. 7.347/85 c/c Lei n. 8.078/90 c/c artigos 186 e 927 do Código Civil e artigo 5º, X da CF/88.

Pelo exposto, considera-se apta a petição inicial porque não se identifica qualquer vício técnico *ex vi* do art. 295, parágrafo único, do CPC.

Rejeita-se a preliminar de inépcia.

4) DA INCOMPETÊNCIA MATERIAL REF AO RECOLHIMENTO PREVIDENCIÁRIO:

Consoante decisão plenária do Supremo Tribunal Federal,

“a competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir” (RE 569056/PA, Tribunal Pleno, REExt., Relator: Min. Menezes Direito, julg. 11/09/2008). Ademais, alterando entendimento anterior, resolve-se acompanhar corrente jurisprudencial majoritária de que o trabalhador não possui legitimidade ativa *ad causam* para pleitear os recolhimentos à Seguridade Social por não ser sujeito ativo da obrigação previdenciária.

Nesse sentido, cite-se a seguinte jurisprudência do TST:

(...) CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA RELATIVA AO PERÍODO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO EM JUÍZO. JUSTIÇA DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA. *Ante os termos do art. 114, VIII, da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho não tem competência para executar, de ofício, as contribuições previdenciárias decorrentes do reconhecimento de vínculo de emprego em juízo. Esse é o entendimento consubstanciado na Súmula n.º 368, I, do TST, que foi confirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 569.056-3 PARÁ, no qual foi declarada a incompetência da Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições previdenciárias decorrentes de todo o período trabalhado, com base em decisão que apenas declare haver vínculo empregatício. Recurso de revista de que não se conhece. (TST, RR - 35100-83.1999.5.01.0491, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 27/06/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 06/07/2012).*

(...)2 - EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. SÚMULA 368, I, DO TST. *Nos termos do item I da Súmula 368,*

a Justiça do Trabalho não tem competência para executar, de ofício, as contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos durante o período em que se reconheceu a existência do pacto laboral, mas, tão somente aquelas incidentes sobre as verbas salariais efetivamente deferidas ao reclamante em sentença condenatória, ou valores objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição. Ressalva de entendimento pessoal desta Relatora. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR - 8500-23.2009.5.17.0008 , Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 27/06/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: 29/06/2012).

Portanto, extingue-se o processo sem resolução do mérito quanto ao pedido de recolhimento das contribuições previdenciárias de todo o período trabalhado pelos supostos empregados indicados na relação apresentada pelo MPT.

NO MÉRITO

1) DA (ALEGADA) ILICITUDE NA OBTENÇÃO DE PROVAS:

Em resumo, a parte ré assevera que os Procuradores do Trabalho arbitrariamente invadiram o escritório, sem prévia autorização e desprovidos de mandado judicial, e assim houve violação do local de trabalho em afronta ao disposto no art. 7º, II da Lei nº 8.906/94. Por tal razão, argumenta serem inadmissíveis as provas apresentadas pelo MPT porque obtidas por meios ilícitos. Ademais, porque os presentes foram entrevistados pelos Procuradores do Trabalho sem que estes permitissem a participação de nenhum outro advogado que representasse o escritório, ferindo o contraditório, afirma que as declarações então colhidas são inválidas e não possuem eficácia legal inclusive porque feitas em formulários emitidos e preenchidos unilateralmente pelos Procuradores do Trabalho. Portanto, sustenta que as provas produzidas pelo MPT não servem para demonstrar os fatos alegados na sua petição inicial.

É indubitável que os advogados possuem direito “à inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de

seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia” (art. 7º, II da Lei nº 8.906/94, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 11.767/08).

Todavia, mediante interpretação sistêmica e teleológica do mencionado dispositivo legal, não é difícil perceber que tal proteção visa resguardar o sigilo profissional do advogado, ou seja, nas relações com seus clientes. Em outras palavras, proíbe-se a violação do escritório para evitar a devassa dos documentos e demais registros nele guardados, bem como da sua correspondência, em busca de provas que possam incriminar seus clientes. Afinal, conforme art. 133 da CF/88, “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (grifou-se). Ou seja, a inviolabilidade conferida ao advogado, inclusive no seu escritório ou local de trabalho, restringe-se àquilo concernente ao “exercício da profissão”.

Portanto, não se pode pensar que as portas dos escritórios de advocacia são fronteiras intransponíveis além das quais não pode ir o poder de polícia estatal, praticado por seus agentes, nisso incluindo as atividades fiscalizadoras preventivas ou repressivas da Administração Pública. Destarte, conforme seja a situação, nos mesmos é possível haver vistoria do Corpo de Bombeiros, fiscalização municipal, visitas de Auditores Fiscais do Trabalho e assim por diante. Consoante ensina HELY LOPES MEIRELLES, em relação ao poder de polícia municipal, “compete ao Município a polícia administrativa das atividades urbanas em geral, para a ordenação da vida da cidade. Esse policiamento se estende a todas as atividades e estabelecimentos urbanos, desde a sua localização até a instalação e funcionamento, não para o controle do exercício profissional e do rendimento econômico, alheios à alçada municipal, mas para a verificação a segurança e da higiene do recinto, bem como da própria localização do empreendimento (escritório, consultório, banco, casa comercial, indústria etc.) em relação aos usos permitidos nas normas de zoneamento da cidade (...)” (*Direito Municipal Brasileiro*, 7ª ed., MALHEIROS, 1994, p. 372-373).

Demonstrando que os escritórios de advocacia não estão imunes ao poder de polícia estatal, *mutatis mutandis*, transcreve-se alguns arestos do Superior Tribunal de Justiça:

*TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL.
TAXA DE FISCALIZAÇÃO, LOCALIZAÇÃO E*

FUNCIONAMENTO. ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA. LEGALIDADE.

CANCELAMENTO DA SÚMULA N. 157/STJ. 1. *Afigura-se legítima a cobrança pelo município de taxa de fiscalização, localização e funcionamento de escritórios de advocacia.* 2. *Modificação de entendimento do Superior Tribunal de Justiça efetivada com o cancelamento da Súmula n. 157/STJ.* 3. *Recurso especial não-provido.* (REsp 431.391/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 235)

TRIBUTÁRIO. RMS. TAXA DE FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LEGITIMIDADE. 1. *É legítima a cobrança da taxa de fiscalização, localização e funcionamento dos escritórios de advocacia, em razão do exercício do poder de polícia pelo Município. Precedente do STF.* 2. *Cancelamento da Súmula nº 157 (REsp nº 261.571).* 3. *Recurso ordinário improvido.* (RMS 18.657/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2004, DJ 23/05/2005, p. 184)

TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO, LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA. LEGITIMIDADE. SÚMULA Nº 157/STJ. CANCELAMENTO. I - *A Egrégia Primeira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp nº 261.571/SP, na sessão de 24/04/2002, Relatora Ministra ELIANA CALMON, determinou o cancelamento da Súmula nº 157, em face da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pela constitucionalidade da taxa de fiscalização, localização e funcionamento cobrada pelos Municípios.* II - *A taxa em comento decorre do exercício do poder de polícia municipal relativo ao controle das atividades urbanas em geral,*

inclusive, de escritórios de advocacia. Não se trata, portanto, de controle do exercício da atividade profissional dos advogados. III - Recurso especial improvido. (REsp 658.998/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 08/11/2004, p. 190)

Do voto do relator do REsp 658.998/RS, Ministro Francisco Falcão, destaque-se a seguinte passagem:

“Sem procedência a alegação de que a atividade profissional em comento não se sujeita ao poder de polícia dos Municípios, ao fundamento de que a fiscalização dos escritórios de advocacia pela Ordem dos Advogados do Brasil afastaria a exigência da taxa.

A taxa de fiscalização, localização e funcionamento de estabelecimentos decorre do exercício do poder de polícia municipal relativo ao controle das atividades urbanas em geral, inclusive, de escritórios de advocacia. Não se trata, portanto, de controle do exercício da atividade profissional dos advogados”.

No caso da investigação feita pelo MPT, o art. 129, III da CF/88 estabelece que, dentre suas funções institucionais, está a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Conforme lição de HUGO NIGRO MAZZILLI, o inquérito civil “é uma investigação administrativa prévia a cargo do Ministério Público que se destina a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública” (*Inquérito civil*, SP: Saraiva, 1999, p. 130, *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática, 4ª ed., SP: LTr, 2010, p. 276).

Como salienta IBRAIM ROCHA, “o inquérito civil público é o procedimento do Estado, sob a direção do Ministério Público, que visa a apurar, a investigar, a colher dados a respeito de fatos que envolvam interesses metaindividuais” (*Ação civil pública e o processo do trabalho*,

2ª ed., LTr: SP, 2001, p. 54) e, segundo destaca RAIMUNDO SIMÃO DE MELO, “a lei armou o Ministério Público de amplos poderes instrutórios na busca de elementos de convicção, necessários à boa instrução do procedimento e da provável ação civil pública a ser ajuizada” (*Ação civil pública na Justiça do Trabalho*), LTr: SP, 2002, p. 68). Afinal, enfatiza LUIZ ROBERTO PROENÇA, “não há defesa eficaz dos bens jurídicos confiados ao Ministério Público, se esta instituição não receber suficientes poderes de investigação, para que se viabilize o conhecimento dos fatos relevantes, atinentes a uma determinada situação jurídica. E de nada adiantaria a assunção desses poderes investigativos, se não receber recursos materiais que possibilitem o seu exercício efetivo” (*apud* CÉSAR, João Batista Martins. *Tutela coletiva: inquérito civil, poderes investigatórios do Ministério Público, enfoques trabalhistas*, SP: LTr., 2005, p. 51).

De acordo com a Resolução nº 69/2007 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, que disciplina a instauração e tramitação do inquérito civil no âmbito do MPT, conforme artigo 16 da Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, “o inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público do Trabalho nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais” (art. 1º), não sendo condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do MPT nem para realização das demais medidas de sua atribuição própria (cf. parágrafo único do mesmo dispositivo).

Sublinhe-se que, segundo dispõe o art. 2º, §7º da Res. 06/2007 do CSMPT, “o Ministério Público do Trabalho, de posse de informações previstas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 7.347/85 que possam autorizar a tutela dos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, poderá complementá-las antes de instaurar o inquérito civil, visando apurar elementos para identificação dos investigados ou do objeto, instaurando procedimento preparatório”.

De mais a mais, segundo dispõe o art. 8º da LC nº 75/93, “para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: (...) V - realizar inspeções e diligências investigatórias; VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio”. Note-se, pois, que ressaltou apenas a inviolabilidade do domicílio e não a do local de trabalho

(que, no caso dos advogados, é prevista no mencionado EOAB). Como acentua XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, “no âmbito do procedimento de inquérito civil, o membro do Ministério Público possui amplos poderes e liberdade de investigação, mediante adoção de medidas e providências elencadas pela lei, inclusive a de realizar diretamente inspeções e diligências investigatórias (art. 8º, V e VI da Lei Complementar nº 75/93)” (A fase probatória na ação coletiva trabalhista, In: Ação Coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho, SP: LTr, 2006, p. 274).

Portanto, verifica-se que, para apurar denúncias de irregularidades no âmbito trabalhista, o MPT possui poder investigatório com o fito de colher informações preparatórias de importância à sua atuação institucional. Destarte, porque os membros do MPT possuem livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitada apenas a inviolabilidade domiciliar (art. 8º, VI da LC nº 75/93), não se percebe qualquer ilicitude na visita que fizeram ao escritório de advocacia para averiguar as infrações à legislação trabalhista que lhe foram noticiadas. É irrelevante o fato de terem ou não acompanhado a recepcionista à sala onde estava o então responsável pelo escritório, a este se identificando antes de serem apresentados por aquela. Ademais, também não é razoável exigir prévia comunicação ao escritório acerca da ida dos Procuradores do Trabalho – haja vista que, é óbvio, o elemento surpresa muitas vezes é indispensável ao êxito da diligência investigatória.

É de bom alvitre ressaltar que o inquérito civil e/ou o seu procedimento preparatório não são processos judiciais ou administrativos e sim meros procedimentos administrativos. “A natureza jurídica do inquérito civil, a rigor, não é a de um processo administrativo, já que nele não se criam direitos nem são esses modificados. Também não há julgamento de interesses. Nele não há uma acusação nem aplicação de sanções; nele não se decide nem são impostas limitações, restrições ou perda de direitos. É procedimento, ou seja, é conjunto de atos destinados a apurar se houve uma hipótese fática. Serve para reunir peças de informação, indícios e mesmo provas da ocorrência de uma lesão a um interesse metaindividual” (ROSA, Márcio Fernando Elias, TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS Interesses Metaindividuais Inquérito Civil Ação Civil Pública, disponível em <http://pt.scribd.com/doc/30306413/Mod-1-Interesses-Metaindividuais-Inqu-Civil-Acao-Civil>, acessado em 02/07/2012).

O procedimento investigatório é informal, sendo realizado apenas para formar a convicção do MPT, não havendo exigência legal de que as declarações obtidas pelos Procuradores do Trabalho sejam presenciadas por terceiras pessoas. Após o procedimento preparatório, feita a inspeção no estabelecimento e colheita de depoimentos de trabalhadores, instaurou-se o IC 001369.2011.06.000/7 no qual foi concedida a oportunidade de defesa ao ora demandado (cf. termo de audiência realizada no MPT em 06/09/2011, f. 37/38). Não há se falar, pois, em desrespeito ao contraditório e violação do art. 5º, LV da CF/88.

Por oportuno, cite-se as ementas dos seguintes acórdãos do TST:

(...) *INQUÉRITO CIVIL. AÇÃO INVESTIGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. O Ministério do Trabalho, fiscalizando a reclamada, constatou a contratação de estudantes de nível médio para desempenho de funções específicas dos empregados da empresa, em fraude à lei reguladora do estágio. Em consequência foi instaurado procedimento investigatório pelo Ministério Público do Trabalho, com audiências com vista à pronta solução do problema detectado. Sem êxito qualquer conciliação, foi ajuizada Ação Civil Pública. A pretensão do empregador de ver anulado o inquérito não procede. A uma, porque se trata de procedimento administrativo, cuja característica é a informalidade, a duas, porque, conforme registrado pelo TRT, durante a investigação do Ministério do Trabalho e o procedimento do Parquet, fora observado o devido processo legal, oportunizando-se ampla defesa e contraditório à Ré. Daí a inconsistência da denúncia de lesão ao artigo 5º, incisos LV e LVI da Constituição da República. Recurso de revista não conhecido. (TST, RR - 9895500-43.2004.5.09.0016, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 20/04/2010, 3ª Turma, Data de Publicação: 07/*

05/2010)

(...) **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INQUÉRITO CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ABUSO DE PODER.** *O procedimento administrativo investigatório tem previsão legal no artigo 8º, § 1º da Lei 7347/85 e destina-se à formação da convicção do membro do Ministério Público. Não se divisa, portanto, como a estrita obediência à previsão legal pode constituir abuso de poder. Ademais, o contraditório e a ampla defesa foram plenamente observados na atual ação, na qual os elementos colhidos no inquérito civil serviram de prova. Recurso de Revista não conhecido. (...)* (TST, RR - 33900-69.2005.5.01.0058 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 04/05/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 06/05/2011)

Conforme restou claro quando da audiência de instrução, os Procuradores do Trabalho não vasculharam os arquivos e não levaram qualquer documento do escritório de advocacia. Apenas entrevistaram os trabalhadores que lá estavam para saber como eram as relações laborais ali desenvolvidas. Portanto, não há qualquer ilicitude nas provas obtidas extrajudicialmente – que, registre-se, não são definitivas em relação ao convencimento final do órgão julgador em posterior demanda judicial. Os depoimentos colhidos pelos Procuradores do Trabalho, quando do procedimento referente ao inquérito civil, agora são aceitos como provas documentais e, pois, submetidos ao contraditório durante a fase cognitiva desta ação civil pública.

2) DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE SOCIEDADES DE ADVOGADOS, ADVOGADOS ASSOCIADOS E ADVOGADOS EMPREGADOS:

A Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) não trata da figura do “advogado associado”. Dispõe apenas sobre a sociedade de advogados (arts. 15 a 17), estabelecendo que “os advogados podem reunir-se em sociedade civil de prestação de serviço de advocacia”, que adquire personalidade jurídica, bem como sobre o

advogado empregado (arts. 18 a 21) que, mesmo havendo liame empregatício, inclusive com sociedade de advogados, trabalha com isenção técnica e independência profissional inerentes à advocacia.

Aliás, diga-se de passagem, é cada vez mais rara a figura tradicional do advogado que, por sua própria conta e risco, na qualidade de profissional liberal, sozinho mantém seu escritório para atender clientes nas mais diferentes causas. Na verdade, tornam-se mais comuns os grandes escritórios geridos como verdadeiras empresas e que reúnem significativo número de profissionais da advocacia.

Entretanto, isso não significa dizer que não possa haver outros vínculos jurídicos entre advogados além das roupagens previstas em lei. Afinal, a vida em sociedade possui um compasso diferente da atividade legislativa e podem surgir relações quotidianas que escapam das molduras previstas na Lei nº 8.906/94.

Nesse cenário, com esteio no art. 54, V, e 78 da Lei nº 8.906/94, o Conselho Federal da OAB instituiu a categoria de “advogados associado” ao estabelecer, no art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, que “a sociedade de advogado pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados”. Portanto, o advogado associado não integra o quadro societário da pessoa jurídica, estabelecida consoante art. 15 do EOAB, e tampouco é empregado desta. Encontra-se, pois, em situação distinta das figuras explicitamente previstas em lei.

Contudo, como sói acontecer quando há previsão normativa de exclusão do caráter empregatício para determinadas relações de trabalho, como ocorreu quando a Lei nº 8.949/94 incluiu o parágrafo único ao art. 442 da CLT para ressaltar a atividade da sociedade cooperativa, o que serviu de mote para mascarar inúmeros vínculos de emprego, é fato público e notório que várias sociedades advocatícias passaram a camuflar contratos de emprego com advogados sob a forma de contratos de associação nos moldes do art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Em uma simples pesquisa na internet, por exemplo, encontram-se vários anúncios de emprego para “advogado associado”.

Entretanto, do ponto de vista jurídico, apesar do que ocorre na prática, compreende-se que a figura intermediária do “advogado associado” deve estar mais próxima da posição do sócio do que da situação do empregado. Ao contrário do que se costuma ouvir, que o advogado associado é mero empregado sem CTPS anotada, seria mais adequado pensar que o advogado associado deve ser quase um sócio

que não consta do quadro da sociedade de advogados. Afinal, nos vagos termos da norma regulamentar, com esta se associa com o escopo de participar nos resultados.

O advogado associado não participa dos lucros nem dos prejuízos da sociedade, pois não é sócio, mas tem participação nos resultados. Ou seja, o advogado associado compartilha honorários advocatícios daquelas causas nas quais participa. Para tanto, deve firmar contrato de associação com a sociedade de advogados, de maneira analítica para bem definir os detalhes dessa relação contratual e a forma da participação nos resultados, que deve ser averbado no registro da sociedade de advogados junto ao Conselho Seccional da OAB.

Apenas a guisa de ilustração, pode-se imaginar uma sociedade de advogados dedicada a causas tributárias, tendo uma carteira de clientes composta por várias empresas, que se associa a um advogado especializado em ações trabalhistas para que este possa atuar nas demandas dessa área que forem trazidas pelos clientes daquela e vice-versa. A sociedade de advogados e o advogado associado, pois, compartilham clientes e os resultados dessa associação - auferindo frações dos honorários advocatícios na medida de sua participação conforme ajustarem contratualmente. O advogado associado, *v.g.*, pode registrar o tempo consumido para determinado cliente da sociedade de advogados e, dos honorários que esta cobrar do cliente por tal atendimento, um percentual é destinado àquele (a gestão por tempo, *timesheet*, pode ser utilizada não apenas nas relações de trabalho subordinado). O advogado associado, pois, atua com inteira e total liberdade e apenas divide o resultado (os honorários) com a sociedade de advogados que lhe encaminhou o cliente – o mesmo podendo ocorrer em via inversa, quando o advogado associado traz clientes para serem atendidos pela sociedade de advogados.

Ou seja, os advogados sócios e os associados assumem as causas que lhe são repassadas dos clientes de uns e de outros, participando dos resultados e, nos termos do art. 40 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, respondendo “subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados diretamente ao cliente, nas hipóteses de dolo ou culpa e por ação ou omissão, no exercício dos atos privativos da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer”.

Percebe-se, pois, que advogados podem se associar à sociedade de advogados, sem integrarem seu quadro societário, reunindo suas competências em benefício comum para dividirem os resultados

dessa associação.

Por sua vez, os advogados empregados são aqueles que mantêm um vínculo laboral com a sociedade de advogados nos moldes previstos no art. 3º da CLT. Todavia, em virtude da natureza da atividade desempenhada e da isenção técnica e independência profissional asseguradas aos advogados empregados, cf. Lei nº 8.906/94, é evidente que os elementos caracterizadores da relação empregatícia devem ser percebidos com maior acuidade vez que, não raramente, encontram-se presentes de maneira bastante tênue. Afinal, segundo JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO, “o advogado, tanto quanto os demais profissionais liberais, quando subordinado a empregador, é esse preposto profissionalmente preparado, que assume, por sua qualificação apurada, a dimensão do alto-empregado, ao qual se dobra o laicismo técnico do organizador e dirigente da empresa. Por conseguinte, sua subordinação rarefeita pela circunstância de limitar-se ao resultado prático visado pela empresa, sem envolver os meios técnicos de operação, lhe permite manter essa ‘independência profissional inerente à advocacia’ exigida pelo Estatuto da OAB, é simples desdobramento da consciência técnica exigível a todo advogado, do mesmo que a todo profissional liberal na área específica de sua atuação” (Duração e Retribuição do Trabalho do Advogado Empregado. Revista LTr, v. 59, nº 2, fev/95. p.160).

Nessa altura, é interessante citar o alerta de CARLOS ROBERTO FALEIROS DINIZ:

“Até hoje a característica que mais plenamente traduz o exercício da advocacia é a liberdade e independência de que dispõe o advogado na condução de seus trabalhos. Essa independência, se reflete em seu direito pleno de aceitar ou não as causas que até ele chegam, de decidir a maneira de conduzi-la, na forma mais precisa de usar seu instrumento de trabalho: o Direito.

Não obstante essa característica marcante do exercício da advocacia, a mesma encontra-se corrompida pelo novo contexto social e econômico que se desenha, diferente daquele vivido há vinte ou trinta anos atrás. Com a proliferação dos cursos jurídicos, muitos deles responsáveis por uma formação deficitária dos

novos advogados, formação desmembrada da vivência prática, imprescindível para o desenvolvimento da profissão, chegou-se ao fenômeno da proletarização da advocacia.

O contingente de advogados que todos os anos se insere no mercado de trabalho fez com que o campo de atividades dos mais novos ficasse restrito. Os muitos advogados, que anteriormente direcionavam-se ao ministério privado, montando seus escritórios e realizando atividades por sua conta e risco, passaram a defender a administração pública, como um todo, instituições financeiras, sociedades comerciais, indústrias e empresas de todos os ramos, e com eles estabelecer relação empregatícia, tornando-se advogados-empregados. Os advogados-empregados estão ligados a empresas que apresentam grande volume de demandas, e são contratados para assessorá-las, representá-las e defender seus interesses, já que delas são empregados” (*O advogado-empregado*, jornal *Jus*, ano I, nº 03, maio de 2002, disponível em http://www.saadiniz.com.br/pdf/3231630931120043119Advogado_Empregado_v2.pdf)

Ocorre que a hiperjudicialização dos conflitos, ao lado da disseminação de cursos jurídicos com a imensa avalanche de novos bacharéis a cada semestre, muitos sem um mínimo aceitável de qualificação, propiciou que a mencionada “proletarização da advocacia” também aconteça em grandes escritórios de advogados – que, como mencionado alhures, passaram a apresentar um perfil empresarial.

Exemplo drástico desse fenômeno é que a Revista Exame intitulou de “Salsicharia do Direito” ao descrever inusitado escritório do interior paulista, o maior em número de advogados do país, que funciona em uma espécie de galpão com 2.000 m² no qual, como em um *call center*, há gôndolas com dezenas de estações nas quais trabalham mais de quatrocentos funcionários atuando no contencioso de massa em mais de 230.000 processos, principalmente nas áreas trabalhista e do consumidor, cujo faturamento foi do zero à casa dos R\$ 100 milhões

em apenas três anos.

Segundo informa o artigo, “cada aspecto do negócio é pensado para baratear a linha dos custos e fazer sobrar um dinheirinho no fim do mês. Os processos, por exemplo, são impressos em frente e verso. Mas a orientação é só imprimir o necessário: na maioria dos casos, os advogados do galpão lêem os processos na tela do computador mesmo. Um programa eletrônico rastreia os Diários Oficiais do país inteiro para acompanhar a evolução dos processos. São 10 000 publicações sobre processos detectadas por dia. As informações são distribuídas para os terminais dos advogados ‘operacionais’. Imediatamente, eles avisam os colegas nas filiais mais próximas do local do processo, que correm para realizar as diligências nos fóruns. Em cada visita, os advogados cuidam de diversos processos para economizar no transporte” (*A salsicharia do direito*, disponível em <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/0990/noticias/a-salsicharia-do-direito?page=3>, acessado em 24/07/2012).

Entretanto, para caracterizar o vínculo de emprego com a subordinação jurídica do advogado em relação à sociedade advocatícia, não é necessário que trabalhe em uma linha de produção como aquela acima descrita – pois, como mencionado anteriormente, as características da relação de emprego podem estar presentes de maneira mais suave. Como enfatiza ARION SAYÃO ROMITA, reportando-se a MARIO GHIDINI, “quanto mais o trabalho subordinado exprime valores técnicos, culturais, intelectuais, tanto mais a subordinação se atenua” (*A Subordinação do Advogado Empregado*. In: Revista LTr., v. 58, nº 8, agosto/94, p. 935).

Segundo adverte ALICE MONTEIRO DE BARROS, ao tratar dos trabalhadores intelectuais, “não há um critério abstrato capaz de fornecer a qualificação jurídica do trabalho subordinado, dada a permeabilidade que existe na sua linha divisória com o trabalho autônomo. É necessário, portanto, extrair tal qualificação da forma pela qual se realizou a prestação de serviços” (*Curso de direito do trabalho*, SP: LTr., 2005, p. 264).

Especificamente em relação aos advogados, a renomada magistrada mineira leciona que “a presença da personalidade, do salário fixo, da subordinação jurídica, exteriorizada pelas instruções recebidas, pela correção de minutas das peças processuais redigidas e pelos compromissos processuais, são pressupostos que levam à caracterização da relação empregatícia do advogado” (*Op. cit.*, p. 265).

3) DA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE A PARTE RÉ E SEUS ADVOGADOS ASSOCIADOS:

É importante sublinhar que, sendo incontroversa a prestação de serviços pelos denominados advogados associados, negando a parte ré apenas o seu caráter empregatício, esta trouxe para si o encargo de provar que a relação de trabalho ocorreu sob outra moldagem jurídica porque, mesmo considerando o princípio da primazia da realidade, não possuía todos os elementos característicos do contrato previsto no art. 3º da CLT (inteligência dos art. 333, II do CPC e 818 da CLT). Nesse sentido, cite-se a seguinte jurisprudência: *VÍNCULO DE EMPREGO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADMITIDA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Sabido e consabido no Direito Processual do Trabalho que quando se nega a existência de qualquer prestação de trabalho, a prova do vínculo de emprego incumbe exclusivamente ao autor, por ser fato constitutivo de seu direito. Lado outro, admitida a prestação pessoal de serviços, ainda que de natureza autônoma ou por qualquer outra intermediária, ao réu incumbe a prova da ausência dos pressupostos inerentes ao vínculo empregatício, ao suscitar fato impeditivo ao reconhecimento do liame, presumindo-se, caso não se desonere do encargo processual, tratar-se, de fato, de relação de emprego. Na vertente hipótese, constatou-se, indubitosa, pela prova produzida, que a prestação dos serviços se dava por pessoa física e com personalidade. Não há notícia de que o reclamante fazia-se substituir ou servia-se de prepostos ou auxiliares, além de presente a onerosidade da relação, na medida em que percebia por carro lavado, fato incontroverso, atividade inteiramente relacionada aos objetivos econômicos do negócio, em função intrinsecamente ligada à sua dinâmica normal, laborando o obreiro de forma constante, permanente e habitual; foi contratado não para atender necessidade eventual ou ocasional do réu, e sim para exercício de mister normal, regular e subordinado, evidenciando, assim, os pressupostos fáticos do liame regido pela Norma Consolidada. Vínculo de emprego reconhecido (TRT 3ª Região, Proc. 00316-2008-031-03-00-9 RO, 4ª Turma, Relator: Convocado José Eduardo de Resende Chaves Júnior, pub. no DJMG de 04/11/2008, p. 23).*

Ademais, como dito alhures, é de boa nota realçar que as provas colhidas no procedimento investigatório do MPT, ou seja, antes do ajuizamento desta ação civil pública, possuem presunção *juris tantum* de veracidade e legitimidade. Como escreve XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO, “é que as provas obtidas no âmbito do inquérito civil ou de

procedimento de investigação, pela natureza administrativa e formal de que se revestem, e estando sob a condução exclusiva de órgão da estrutura do Estado (Ministério Público), ao qual a Constituição da República atribui a incumbência da defesa da ordem jurídica e do regime democrático (art. 127), traduzem a validade própria do ato administrativo, presumindo-se, pois, a sua legitimidade e versossimilhança. Não poderiam se equiparar, dessa maneira, com as provas elaboradas unilateralmente pelo particular, que é parte interessada e parcial, titular do direito material, em sede de uma demanda individual. Aponte-se, também, como fator de corroboração do valor probante dos elementos coligidos no inquérito civil e em outors procedimentos de investigação, a garantia da submissão dos atos praticados pelo membro do Ministério Público, nesse mister, ao controle jurisdicional, pela via do mandado de segurança e do *habeas corpus*. Tem-se, pois, mesmo diante da ausência do contraditório naqueles procedimentos, assegurada à parte investigada a correção judicial de eventual abuso ou ilegalidade perpetrada, o que confere ainda mais legitimidade aos procedimentos (...)” (*Op. cit.*, p. 275).

Nessa direção, acrescente-se também a seguinte ementa de acórdão do TST: (...) II - PROVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÔNUS DA PROVA. EFICÁCIA DOS ELEMENTOS DE PROVA TRAZIDOS COM A INICIAL. APURAÇÃO, POR MEIO DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO QUE PRECEDEU AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO, DAS IRREGULARIDADES DENUNCIADAS. PROVA DE NATUREZA DOCUMENTAL, QUE NÃO FICA, POR ESSA RAZÃO, INQUINADA COMO INVÁLIDA PELA FALTA DE COMPROMISSO LEGAL DOS DECLARANTES NO INQUÉRITO. Não se tem como vulnerado o artigo 5º, LV, da Carta Magna, que consagra o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, porque expressamente consignado pela Corte regional que, embora não tenha ocorrido prestação de compromisso em relação aos depoimentos colhidos no inquérito civil público que deu origem a esta ação civil pública, tais depoimentos ‘não têm natureza de prova testemunhal, mas de prova documental’, tendo, nessa condição, passado pelo crivo do contraditório, ‘na medida em que dela teve ciência a ré, que, no entanto, não ofereceu impugnação na audiência realizada em 17.06.2005, quedando-se inerte’. (...) (TST, RR - 157400-94.2004.5.01.0063 , Relator Juiz Convocado: Flavio Portinho Sirangelo, Data de Julgamento: 23/05/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 01/06/2012)

Feitas tais considerações, passa-se à análise das provas

trazidas ao caderno processual para deslinde deste caso concreto.

De início, destaque-se que a sociedade de advogados apenas protocolou os pedidos de averbação dos contratos de associação com outros advogados, na Seccional da OAB, em 06 de setembro de 2011 (f. 179/302). Ou seja, após a instauração do Inquérito Civil pelo MPT e respectivos procedimentos investigatórios. Talvez não por coincidência, apenas no dia em que se realizou a audiência do IC 001369.2011.06.000/7 (f. 30/31). Ou seja, os advogados vinham lhe prestando serviços sem qualquer registro do contrato de associação conforme exigido pelo art. 39, parágrafo único, do Estatuto Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB.

De mais a mais, restou incontroverso que os denominados advogados associados, ao invés de terem participação nos resultados das causas nas quais trabalham, auferem a quantia fixa mensal de R\$ 1.591,00. Os mencionados contratos de associação, aliás, estabelecem que “pela prestação dos serviços ora ajustados, o ASSOCIADO terá direito a uma participação sobre os honorários que a sociedade efetivamente auferir em decorrência de sua atuação em favor dos seus clientes, no importe global de R\$ 1.591,00 (Hum mil, quinhentos e noventa e um reais) mensais”. Ora, isso não é participação nos resultados e sim o ajuste de um valor fixo pelos serviços prestados à sociedade de advogados. Note-se, aliás, que o parágrafo primeiro dispõe que esse “valor mínimo estabelecido (...) poderá ser revisto, para mais ou para menos, em caso de alteração dos encargos/atribuições confiados ao ASSOCIADO ou local da prestação dos seus serviços”. É de clareza solar, pois, que o valor mensal auferido não possui correlação com os resultados das causas e sim com o próprio exercício da atividade advocatícia (independentemente dos resultados).

Acrescente-se que os contratos de associação também deixam claro que a sociedade de advogados mantém uma “POLÍTICA DE REMUNERAÇÃO” e uma “POLÍTICA DE ADMINISTRAÇÃO REMUNERATÓRIA, donde se extrai, dentre outros, a remuneração mensal de admissão, aumentos por méritos, aumentos por promoção, dentre outros” (cláusula oitava, parágrafo terceiro).

Ao estabelecer que os advogados são enquadrados em uma estrutura de cargos com diferenciação de níveis hierárquicos, os próprios contratos de associação evidenciam a existência da subordinação jurídica. Como indicado no parágrafo segundo da cláusula oitava, “o ASSOCIADO acolhe e reconhece a ‘ESTRUTURA DE CARGOS’ da SOCIEDADE, na qual constam os parâmetros de diferenciação entre

os níveis hierárquicos (conhecimento técnico, responsabilidade junto ao cliente, coordenação de casos jurídicos, responsabilidades internas ao escritório e à equipe, etc), sendo, na data deste instrumento, enquadrado como ADVOGADA JÚNIOR – RECIFE/PE” (ver, p.ex., f. 183). A dependência hierárquica do advogado, pois, já revela a existência da subordinação jurídica. A primeira testemunha do réu, ao ser inquirida nesta ação civil pública, esclareceu que, “pelo Plano de Carreiras do escritório, há outras categorias, como por exemplo a de advogado Sênior”, mas que “não há advogado sênior em Recife”.

Ora, a inserção do trabalhador em uma estrutura de cargos e salários denota sua subordinação jurídica à sociedade de advogados. O fato desta também manter uma “POLÍTICA DE REMUNERAÇÃO VARIÁVEL” – pautada em “níveis de bonificação alvo anual, dimensões de resultado, indicadores de desempenho e respectivos percentuais” (cláusula oitava, parágrafo quarto do contrato de associação) – não descaracteriza a natureza empregatícia do vínculo laboral por ser inoidável que os trabalhadores subordinados também podem auferir remuneração variável e também é permitido (e estimulado) lhes conferir o direito à participação nos lucros e resultados (art. 7º, XI da CF/88).

Os próprios contratos escritos de associação, pois, já trazem a lume elementos que permitem visualizar a existência de verdadeiros vínculos de emprego. Lembre-se, por oportuno, que o Direito do Trabalho é orientado pelo princípio da primazia da realidade. Portanto, pouco importa que as relações de trabalho estejam formalizadas sob contratos intitulados de “associação de advogado”.

Consoante indicado no termo de depoimento de f. 33, os advogados têm que cumprir metas estabelecidas pela base de escritório de João Pessoa. Note-se, aliás, que os advogados Maurício Dantas e Márcio Torres, no depoimento prestado à Procuradora do Trabalho Vanessa Patriota da Fonseca, disseram que exerciam prioritariamente atividades internadas do escritório. Por sua vez, o advogado Leandro Correia Barbosa dos Santos também disse, quando do depoimento perante autoridade do MPT, que “tem que cumprir as tarefas determinadas pelo escritório; que as tarefas são encaminhadas pelo estabelecimento situado em João Pessoa diariamente; que presta contas do que produziu por e-mail para João Pessoa, bem como ao supervisor Márcio; que recebe R\$ 1.591,00 mensais; que não recebe nenhum outro benefício; que realiza cumprimento de acordo, faz relatório das audiências que os outros advogados fizeram” (f. 34). A advogada Maria Cláudia C. A. Veras então também disse que “trabalha internamente,

não possuindo horário fixo, mas que tem que cumprir tarefas, que recebe as tarefas diariamente, por e-mail encaminhado pelo escritório de João Pessoa; (...)” (f. 35).

Na audiência instrutória realizada nesta ação civil pública, a primeira testemunha da parte ré disse que era o coordenador da unidade recifense do escritório de advocacia e que este “conta com cerca de 14 (quatorze) advogados e cerca de 14 (quatorze) estagiários. Como empregado, o escritório possui apenas a recepcionista Cheila, um officeboy e a copeira. Que todos os 14 advogados são considerados como advogado Junior”. Entre outros fatos, destaque-se que também revelou que “anualmente o escritório faz uma avaliação de todos os advogados, para verificar o desempenho e a adequação profissional. Que o depoente já chegou a avaliar 06 (seis) dos outros advogados do escritório. (...). Que conhece o retratado pelos documentos de fls. 65/70, que disse corresponder ao modelo de avaliação utilizado pelo escritório e que provavelmente consta no seu sistema”.

Por sua vez, a segunda testemunha da parte ré afirmou, entre outras coisas, que “ficou acertado que a depoente receberia valor fixo mensal de R\$ 1.591,00 e também, anualmente, uma participação nos lucros. Que a depoente disse que ficou acertado tal valor “salário, ou melhor, remuneração”, mas que também poderia vir a ganhar mais conforme o volume de tarefas cumpridas. No início, porque tinha poucas tarefas a fazer, recebeu apenas o mencionado valor fixo. Que os valores a mais, que passou a receber alguns meses depois, eram calculados, “acredita”, em virtude do número de diligências cumpridas. Pela demanda de diligências, tal acréscimo é variável. (...) Que durante o período em que está no escritório houve uma avaliação de desempenho. Então recebeu questões por e-mail, mas não lembra o remetente, quando então as respondeu, também por e-mail. As questões diziam respeito ao desempenho da própria depoente como também de colegas. (...) Diariamente cumpre diligências do escritório requerido, mas não há obrigatoriedade de ir ao escritório. Poderia cumprir as diligências até do computador da sua casa. A depoente disse que ‘como seu salário é variável não compreendia que a parte variável era recebida como antecipação de participação nos lucros’. Depois de quatro meses no escritório, a depoente recebeu uma participação nos lucros. (...).

Sobre a mencionada avaliação de desempenho dos advogados, que corrobora o entendimento de que eram juridicamente subordinados à sociedade de advocacia, saliente-se que os documentos de f. 65/70 revela que esta mantinha um sistema informatizado para

“análise sistêmica do desempenho da pessoa nas atividades exercidas por ela, das metas, dos resultados alcançados e das competências que a mesma apresenta ao exercer seu cargo” (f. 65). Conforme esclarecido na segunda página dessa avaliação de desempenho, trata-se de “um processo para julgar o valor, a excelência, a competência de uma pessoa e sua contribuição para o negócio da organização”. Observe-se que, dentre as competências levadas em conta para fim de avaliação, encontra-se a “organização do tempo e do trabalho” e o “comprometimento e disponibilidade” – o que também faz sobressaltar a existência de subordinação jurídica na medida em que, apesar da liberdade conferida pelo empregador, o advogado era avaliado pela sua disponibilidade e organização do tempo e do trabalho (fatores que são considerados, obviamente, para sua evolução na estrutura de cargos definida pela sociedade de advogados).

Percebe-se, pois, que a demandada mantém um escritório instalado em Recife e bem equipado para trabalhar com uma equipe de advogados juniores, conforme sua “estrutura de cargos”, que auferem uma remuneração fixa mensal que pode ser reajustada em virtude dos encargos/atribuições que lhe são confiados, acrescida de parte variável segundo indicadores determinados pela sociedade de advogados, além de uma bonificação anual a título de participação nos lucros. A existência de uma estrutura hierarquizada na qual os advogados precisam cumprir metas e o fato de serem submetidos a uma periódica avaliação de desempenho deixam inquestionável a existência da subordinação jurídica nos moldes do art. 3º da CLT.

Não obstante, como expresso em linhas pretéritas, relembre-se que a subordinação jurídica pode estar presente apenas de maneira sutil.

O fato dos advogados poderem ter seus clientes particulares, alheios ao escritório, não basta para descaracterizar a relação de emprego posto que a exclusividade não é um dos seus requisitos necessários. No caso dos profissionais da advocacia, aliás, o ordenamento jurídico expressamente permite que podem ser empregados sem dedicação exclusiva consoante se depreende do art. 20 da Lei nº 8.906/94.

Ademais, o fato dos advogados terem liberdade de horário, quando considerado em conjunto com outros elementos fáticos revelados pelos autos, também não basta para alterar a natureza empregatícia do vínculo de trabalho com a sociedade de advogados. Afinal, a própria CLT prevê a possibilidade de empregados desempenharem serviços externos sem qualquer controle patronal da

duração do trabalho (art. 62, I da CLT).

Por fim, considerando os advogados como altos empregados, de quem sempre se espera responsabilidade no desempenho dos encargos que lhes são atribuídos, compreende-se que a liberdade que lhes é conferida para compatibilizar as tarefas encaminhadas pelo escritório com suas outras obrigações profissionais, alheias ao escritório, não é suficiente para descaracterizar a relação empregatícia. Afinal, mesmo com tal liberdade, o advogado permanece submetido às avaliações de desempenho e tem sua conduta levada em conta para efeito de progressão dentro da estrutura de cargos definida pela sociedade advocatícia.

Sublinhe-se que, na relação com a parte ré, os advogados nem sequer possuem independência técnica na medida em que não redigem as petições. Na verdade, o que se verifica é que assumem apenas o que se poderia chamar de trabalho físico da advocacia (protocolar petições, comparecer em audiências etc). Lamentavelmente, ainda que não seja o caso dos profissionais do escritório em questão, não é raro ver advogados em audiência que não possuem o menor conhecimento da causa e que lá estão apenas para fazer presença ou ler perguntas previamente elaboradas por outros – normalmente os mais jovens, ainda despreparados para uma boa prática forense e vindos de um ensino jurídico deficiente.

Nesse cenário, chega-se à convicção de que, na relação jurídica mantida entre ROCHA, MARINHO E SALES ADVOGADOS ASSOCIADOS e seus advogados associados do escritório em Recife, estão presentes todos os requisitos previstos no art. 3º da CLT.

Portanto, condena-se a parte demandada a efetuar o registro de todos os advogados ilicitamente contratados como associados, conforme relação de f. 62, com data retroativa ao início de suas atividades para a sociedade de advogados (cf. indicado na mencionada relação, haja vista que não houve impugnação específica a respeito) e a depositar o respectivo FGTS na conta vinculada dos mesmos.

Ademais, tratando-se de ação civil pública que também possui pedido de caráter inibitório, para que a parte ré se abstenha de contratar advogado como associado quando presentes os pressupostos constantes dos artigos 2º e 3º da CLT, defere-se o respectivo pedido com esteio nos fundamentos expostos nas linhas anteriores. Afinal, não apenas a lesão, mas também a simples ameaça a direitos poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF) para que se confira ao jurisdicionado a tutela adequada ao caso em face do ilícito

de perigo (e não de lesão). Como ensina o Ministro Luiz Fux: “A tutela inibitória tem por finalidade impedir a prática de um ilícito, não importando, num primeiro plano, a eventualidade de ocorrência de dano mas antes, do ato contra o direito. Revela, assim, a proposta de inibição um veto para que o ato não ocorra, não prossiga ou não se repita. A probabilidade de que um ato venha a ser praticado contra uma conduta legal sancionada é o bastante para surgir o interesse processual no manejo da tutela de inibição (...) A tutela inibitória cumpre, assim, os postulados da *efetividade*, posto preventiva, e da *especificidade*, haja vista conferir a utilidade esperada. Evita o ilícito ao invés de propor-lhe a reparação, garantindo o exercício integral da aspiração do jurisdicionado, rompendo o dogma de que o ressarcimento revela a única forma de tutela contra o ilícito. Objetivando inibir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, exsurge como ‘pressuposto material’ da tutela inibitória o ‘perigo’ de que as atividades acima ocorram. Basta o autor, assim, demonstrar a verossimilhança do perigo de que o ilícito possa ocorrer, se repetir ou continuar para que faça jus à tutela em exame. É evidente, neste passo, que se a inibição é admissível para impedir a repetição e a continuação, imperioso chancelá-la, primeiramente, para a hipótese em que o ilícito sequer ocorreu(...). Destarte, repita-se, o dano não entra na esfera de cogitação da inibitória, razão pela qual, ao autor se requer a prova do perigo e da antijuridicidade do ato que se quer evitar, pouco importando se da transgressão resultará prejuízo material ou não. (...)” (Curso de Direito Processual Civil, 3ª ed., Forense: RJ, 2005, p. 79).

4) DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS:

O dano moral coletivo é “a injusta lesão a interesses metaindividuais socialmente relevantes para a coletividade (maior ou menor), e assim tutelados juridicamente, cuja ofensa atinge a esfera moral de determinado grupo, classe ou comunidade de pessoas ou até mesmo de toda a sociedade, causando-lhes sentimento de repúdio, desgosto, insatisfação, vergonha, angústia ou outro sofrimento psicofísico” (João Carlos Teixeira, in “Dano Moral Coletivo”. SP, LTr, 2004, f. 140/141). Portanto, como dito alhures, o dano moral coletivo se refere à lesão ocasionada sobre valores gerais imateriais da comunidade.

Destaque-se, como exposto anteriormente, que dispensável

é a prova de efetiva ofensa moral sofrida pela coletividade. Nesse sentido: *DANO MORAL COLETIVO – PROVA CONCRETA DA OFENSA MORAL DA COLETIVIDADE - PRESCINDIBILIDADE. A caracterização do dano moral coletivo está ligada à ofensa, em si, a direitos difusos e coletivos, cuja essência é tipicamente extrapatrimonial, não havendo, portanto, necessidade de comprovação de perturbação psíquica da coletividade. Com efeito, o que deve ser analisado é a gravidade da violação cometida frente à ordem jurídica, sendo prescindível a demonstração da repercussão de eventual violação na consciência coletiva do grupo social, uma vez que a lesão moral sofrida por este decorre, exatamente, da injusta lesão a direitos metaindividuais socialmente relevantes.* (TRT da 3ª Região, Proc. 00260-2010-086-03-00-5 RO, 8ª Turma, Relator: Desembargador Márcio Ribeiro do Valle, pub. em 18/05/2012).

Quando uma sociedade de advogados submete outros advogados a lhe prestarem serviço subordinado sob o disfarce de contratos de associação, conforme fartamente analisado nas linhas pretéritas, resistindo mesmo após as diligências do MPT para extrajudicialmente tentar corrigir tal situação, compreende-se evidente a ofensa à coletividade de maneira a justificar a indenização reparatória agora postulada pelo *Parquet*. Nessa linha, cite-se a seguinte ementa de acórdão do TRT da 4ª Região: *DANO MORAL COLETIVO. Infração reiterada à legislação trabalhista, em especial a falta de registro do contrato de emprego que, além de acarretar prejuízo aos trabalhadores do réu, repercute diretamente na sociedade. Afronta ao princípio do valor social do trabalho (art. 1º, III, da CF/88). Violação a direitos fundamentais sociais que evidencia a ocorrência de dano moral coletivo passível de reparação pecuniária. Valor da indenização que deve observar os parâmetros da razoabilidade, além de critérios como a sua natureza punitiva, a condição econômica do ofensor e da vítima, gravidade e repercussão da ofensa.* (TRT da 4ª Região, Acórdão do processo 0068700-21.2009.5.04.0731 RO, Redator: JOSÉ FELIPE LEDUR, Participam: ANA LUIZA HEINECK KRUSE, ANDRÉ REVERBEL FERNANDES, Data: 29/09/2010 Origem: 1ª Vara do Trabalho de Santa Cruz do Sul).

Ora, há tempos a sociedade de advogados vem descumprindo a legislação trabalhista com o escopo de se esquivar das repercussões financeiras que adviriam do registro dos advogados empregados admitidos para realizar sua atividade-fim. Mesmo após o

6 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4.ª ed. São Paulo: LTr, 2008, pág. 207.

inquérito civil instaurado pelo MPT, insistiu na fraude e ainda a adornou com os pedidos de averbação de contratos de associação perante a Seccional da OAB.

Ademais, como é fato público e notório, frise-se ser difícilíssimo encontrar ações trabalhistas referentes a determinados segmentos profissionais simplesmente porque, caso alguém da área tente buscar seus direitos vindo a esta Justiça Especializada, enfrentará enorme dificuldade para encontrar outra colocação no mercado de trabalho. Não foi a toa que a discussão sobre as mencionadas relações de emprego acabaram nesta seara judicial por intermédio da ação do MPT, após ter recebido denúncia sigilosa, haja vista que provavelmente ficaria marcado o profissional que judicialmente postulasse seus direitos trabalhistas - talvez por isso o interesse da parte ré em saber se a denúncia ao MPT havia sido anônima e o porquê da curiosidade do representante da OAB em saber quem havia feito a denúncia.

A conduta da parte ré, além de afrontar o princípio do valor social do trabalho, revela um desprestígio à nobre classe dos advogados – que não é constituída apenas pelos bem sucedidos sócios dos grandes escritórios de advocacia e sim, na sua imensa maioria, por um enorme contingente de advogados que alienam sua força de trabalho em favor daqueles. A existência de um mercado informal de advogados empregados, camuflados sob o manto do associativismo previsto no art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, costumeiramente desvirtuado na prática como instrumento para afastar os direitos trabalhistas, deve ser combatida e desestimulada pelo Estado.

Destarte, porque patente o desrespeito a direitos fundamentais da coletividade de advogados empregados, bem como porque a conduta da parte ré viola o ordenamento jurídico-constitucional na medida em que afronta o disposto no art. 7º da Magna Carta, dentre outros, prevalece o entendimento de que houve o dano moral coletivo.

Pelo aqui analisado, pois, conclui-se que a coletividade sofreu danos de ordem moral que devem ser reparados pela parte ré. Portanto, com esteio nos princípios da equidade e da proporcionalidade, leva-se em conta as circunstâncias deste caso concreto, a gravidade do dano, seus efeitos e a situação do ofensor (sua capacidade econômica), para fixar a indenização por danos morais coletivos no valor monetário de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) - considerado razoável e bastante para satisfazer seu caráter compensatório e de maneira a assegurar que a conduta danosa seja punida e também desestimulada (aspectos

pedagógico e preventivo) - a ser corrigido monetariamente a partir desta data (Súmula 362 do STJ).

A indenização reverterá em favor do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Por fim, registre-se que a indenização por danos morais, em virtude de sua natureza jurídica, não é fato gerador do imposto de renda porque se limita a recompor o patrimônio imaterial da vítima agredida pelo ato ilícito praticado (STJ - RESP 1068456-PE, RESP 686920-MS, RESP 963387-RS, AGRG NO RESP 869287-RS).

Ante o exposto, DECIDE-SE O SEGUINTE :

EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO quanto ao pedido de condenação da parte ré para efetuar o recolhimento da contribuição previdenciária de todo o período de trabalho prestado pelos seus advogados empregados;

JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE a postulação do MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO contra ROCHA, MARINHO E SALES ADVOGADOS ASSOCIADOS para condenar a parte ré a cumprir as seguintes obrigações:

1) Abster-se de contratar advogado como associado quando presentes os requisitos constantes dos art. 2º e 3º da CLT (cf. exposto na fundamentação desta sentença);

2) No prazo de 48 horas após ser especificamente notificado para tal fim, anotar a CTPS e efetuar os devidos registros de todos os advogados ilicitamente contratados como associados - sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), por cada empregado prejudicado, pela mora ou descumprimento dessa obrigação de fazer (art. 461, §4º do CPC);

3) Como decorrência natural da anotação da CTPS, a parte ré também deverá comprovar o envio de tais informações ao Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED (Lei nº 4.923/65, Portaria MTE nº 235/03 e correlatas). O adequado cumprimento de tal obrigação deve ser comprovado nos autos no prazo de 15 (quinze) dias após o prazo acima concedido para registro da CTPS, sob pena de igual multa pela mora ou descumprimento dessa obrigação de fazer.

- 4) Depositar o FGTS, parcelas vencidas e vincendas, na conta vinculada de cada um de seus advogados empregados;
- 5) Pagar R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a ser revertido ao Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, a título de indenização por danos morais coletivos.

Em cumprimento ao disposto no art. 832, §3º da CLT, declara-se que o objeto desta condenação judicial não possui natureza salarial e não integra o salário-de-contribuição para efeito de incidências previdenciárias.

A conta de liquidação deve ser atualizada pelo Sistema Único de Cálculos da Justiça do Trabalho e de acordo com os índices das tabelas aprovadas pelo CSJT, com juros e correção monetária na forma das Súmulas 200 e 381 do TST, observando-se também a Súmula 04 do TRT da 6ª Região.

Custas processuais pela parte ré, no importe de R\$ 1.000,00, calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) nos termos do art. 789 da CLT.

PARTES CIENTES (Súmula 197 do TST).

NADA MAIS

Recife, 06 de agosto de 2012.

AGENOR MARTINS PEREIRA
JUIZ TITULAR DA 2ª VARA DO TRABALHO DE RECIFE

Relatório

Escola Judicial

Relatório 2012

Atividades de Aperfeiçoamento

1º SEMESTRE

• **5º Curso Regional de Formação Inicial de Magistrados do Trabalho**

De 07 a 24 de fevereiro

Participantes: 01

Carga horária: 57 horas-aula

• **Seminário: Meio Ambiente do Trabalho (em parceria com a ESMATRAVI)**

De 13 a 15 de fevereiro

Público-alvo: magistrados

Participantes: 02

Carga horária: 09 horas-aula

• **Palestra: Responsabilidade Civil do Empregador Decorrente de Acidentes do Trabalho**

Dia 30 de março

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 15 juízes

Carga Horária: 02 horas-aula

• **Curso: Prática em Jus Redator (Turma I)**

Dia 13 de abril

Público-alvo: magistrados

Participantes: 20

Carga horária: 08 horas-aula

• **Curso: Prática em Jus Redator (Turma 2)**

Dia 20 de abril

Público-alvo: magistrados

Participantes: 18

Carga horária: 08 horas-aula

• **Curso: Benefícios Previdenciários – Parte I:
Auxílio Doença e Auxílio-Doença Acidentário
(em parceria com a ESMATRA VI)**

Dias 08 a 10 de maio

Público-alvo: magistrados

Participantes: 01

Carga horária: 14 horas-aula

• **Palestra: Infojud**

Dia 15 de maio

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 59

Carga horária: 01 hora-aula

• **7º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados**

De 21 a 25 de maio de 2012

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 130

Carga horária: 34 horas-aula

• **Oficina sobre Trabalho Decente e a Coletivização do Processo**

Dia 15 de junho

Público-alvo: magistrados, procuradores, servidores e estagiários

Participantes: 26

Carga horária: 07 horas-aula

• **Curso: Direito Acidentário: Acidente de Trabalho
(em parceria com a ESMATRA VI)**

Dias 26 e 27 de junho

Público-alvo: magistrados

Participantes: 01

Carga horária: 09 horas-aula

2º SEMESTRE

- **Novos Temas de Execução Trabalhista (EaD, ministrado pelo Facebook) – Turma 1**

De 1º a 30 de agosto

Público-alvo: Magistrados e servidores

Participantes: 32

Carga Horária: 40 horas-aula

- **Benefícios Previdenciários – Parte 2: Pensão por Morte e Auxílio Reclusão (em parceria com a ESMATRAVI)**

De 14 a 16 de agosto

Público-alvo: Magistrados

Participantes: 05

Carga Horária: 14 horas-aula

- **Novos Temas de Execução Trabalhista (EaD, ministrado pelo Facebook) – Turma 2**

De 1º a 30 de setembro

Público-alvo: Magistrados do Trabalho e servidores do TRT6

Participantes: 30

Carga Horária: 40 horas-aula

- **Formação Inicial e Formação Continuada Básica de Assistentes de Gabinete - Turma 1**

De 10 a 21 de setembro

Público-alvo: Assessores de Gabinete e assistentes de juízes na 1ª Instância

Participantes: 17

Carga Horária: 36 horas-aula

- **Formação Inicial e Formação Continuada Básica de Assistentes de Gabinete – Turma 2**

De 10 a 21 de setembro

Público-alvo: Assessores de Gabinete e assistentes de juízes na 1ª Instância

Participantes: 18

Carga Horária: 36 horas-aula

- **Apresentação do Processo Judicial Eletrônico para Advogados de Igarassu**

Dia 10 de setembro

Carga Horária: 3 horas-aula

- **Aula Prática de Processo Judicial Eletrônico para Advogados de Igarassu**

Dia 17 de setembro

Carga Horária: 3 horas-aula

- **Formação Inicial e Formação Continuada Básica de Assistentes de Gabinete – Turma 3**

De 1º a 05 de outubro

Público-alvo: Assessores de Gabinete e assistentes de juízes na 1ª Instância

Participantes: 26

Carga Horária: 36 horas

- **Apresentação do Processo Judicial Eletrônico para Procuradores do Trabalho**

Dia 17 de outubro

Carga Horária: 3 horas-aula

- **Apresentação do Processo Judicial Eletrônico para Advogados de Jaboatão dos Guararapes**

Dia 19 de outubro

Carga Horária: 3 horas-aula

- **8º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados – Ênfase em Processo Eletrônico**

Dias 22 a 26 de outubro

Público-alvo: Magistrados do Trabalho e servidores do TRT6

Participantes: 94 magistrados e 17 servidores

Carga Horária: 38 horas aula

- **Treinamento em Processo Judicial Eletrônico para Magistrados (Turma Presencial I)**

Dias 07 e 08 de novembro

Público-alvo: Juízes Titulares e Substitutos das Varas do Trabalho com implantação do PJe-JT em 2012

Participantes: 09

Carga Horária: 16 horas-aula

- **Apresentação do Processo Judicial Eletrônico para Advogados de Ribeirão**

Dia 05 de novembro

Carga Horária: 3 horas-aula

• **Aula Prática de Processo Judicial Eletrônico
para Advogados de Jabotão dos Guararapes – Turma 1**

Dia 12 de novembro

Carga Horária: 3 horas-aula

• **Treinamento em Processo Judicial Eletrônico para Magistrados
(Turma Presencial 2)**

Dias 13 e 14 de novembro

Público-alvo: Juízes Titulares e Substitutos das Varas do Trabalho com implantação do PJe-JT em 2012

Participantes: 10

Carga Horária: 16 horas-aula

• **Treinamento em Processo Judicial Eletrônico para Magistrados
(Turma EaD 1)**

Dias 19 a 30 de novembro

Público-alvo: Juízes Titulares e Substitutos das Varas do Trabalho com implantação do PJe-JT em 2012 que participaram do curso presencial

Participantes: 09

Carga Horária: 10 horas-aula

• **Apresentação do Processo Judicial Eletrônico
para Advogados de Paulista**

Dia 23 de novembro

Carga Horária: 3 horas-aula

• **Aula Prática de Processo Judicial Eletrônico
para Advogados de Jabotão dos Guararapes (Turma 2)**

Dia 26 de novembro

Carga Horária: 3 horas-aula

• **Treinamento em Processo Judicial Eletrônico para Magistrados
(Turma Presencial 3)**

Dias 27 e 28 de novembro

Público-alvo: Juízes Titulares e Substitutos das Varas do Trabalho com implantação do PJe-JT em 2012

Participantes: 06

Carga Horária: 16 horas-aula

• **Aula Prática de Processo Judicial Eletrônico
para Advogados Ribeirão e Paulista**

Dia 29 de novembro

Carga Horária: 3 horas-aula

- **Treinamento em Processo Judicial Eletrônico para Magistrados - Turma EaD 2**

Dias 03 a 14 de dezembro

Público-alvo: Juízes Titulares e Substitutos das Varas do Trabalho com implantação do PJe-JT em 2012 que participaram do curso presencial

Participantes: 12

Carga Horária: 10 horas-aula

- **Apresentação do Processo Judicial Eletrônico para Advogados de Petrolina**

Dia 13 de dezembro

Carga Horária: 3 horas-aula

TREINAMENTOS EM PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO DA JUSTIÇA DO TRABALHO (PJe-JT)

- **PJe-JT PARA MAGISTRADOS**

A Escola Judicial do TRT6 capacitou magistrados titulares e substitutos das Varas do Trabalho nas quais foram sendo implantado o PJe-JT em 2012, bem como magistrados da Reserva Técnica. O treinamento é composto por duas etapas, sendo a primeira presencial, com carga horária de 16 horas-aula, e a segunda a distância, com carga horária de 10 horas-aula.

- **PJe-JT PARA PROCURADORES E ADVOGADOS**

A Escola Judicial também realizou treinamento para Procuradores do Trabalho e advogados de regiões onde está sendo implantado o PJe-JT. Para os advogados, foram ministradas palestras em cada Vara do Trabalho, conscientizando sobre a importância da transição para o PJe-JT e demonstrando as principais funcionalidades do novo sistema.