



EJTRT6

Escola Judicial do
Tribunal Regional do Trabalho
da Sexta Região

ISSN
0524-4102



Revista do TRT 6

Recife PE . 2013 . Vol 23 N^o 40

Revista do TRT6

Recife PE . 2013 . Vol 23 N^o 40

COORDENAÇÃO EDITORIAL

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

Des. André Genn de A. Barros
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

Servidores da Escola Judicial do TRT da Sexta Região (EJ-TRT6)

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 A IMPORTÂNCIA DA CONSOLIDAÇÃO
DAS LEIS DO TRABALHO E A
PRESERVAÇÃO DO ACERVO DOCUMENTAL
DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA SEXTA REGIÃO** 37
Eneida Melo Correia de Araújo

**2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE** 52
Hugo Cavalcanti Melo Filho

**3 A EXECUÇÃO TRABALHISTA
NÃO SE SUBMETE AO PRINCÍPIO
DA EXECUÇÃO MENOS GRAVOSA –
UM OLHAR CONTEMPORÂNEO
PARA A EXECUÇÃO TRABALHISTA EFETIVA** 66
Ben-Hur Silveira Claus

| | | |
|----------|---|----|
| 4 | A DEPRESSÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO DOENÇA LABORAL | 86 |
| | Cristiana Marques dos Reis Guimarães | |

| | | |
|----------|--|-----|
| 5 | O CONTRATO DE TRABALHO E O NOVO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NAS ATUAIS RELAÇÕES DE TRABALHO | 104 |
| | Rogéria Gladys Sales Guerra | |

| | | |
|----------|---|-----|
| 6 | A DISPENSA INDIVIDUAL E COLETIVA NO BRASIL E NA ITÁLIA | 120 |
| | Cláudio Jannotti da Rocha Tamara Camarano Ruhas | |

| | | |
|----------|---|-----|
| 7 | O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E A SÚMULA VINCULANTE 04 DO STF – INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. INCOMPATIBILIDADES E INCOERÊNCIAS JURÍDICAS | 144 |
| | Marcel Lopes Machado | |

| | | |
|----------|---|-----|
| 8 | GARANTIA DE AMPARO AO TRABALHADOR DIANTE DA IRRESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES | 156 |
| | Adriano Barreto Vieira | |

| | | |
|----------|--|-----|
| 9 | O CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS LIDES TRABALHISTAS | 170 |
| | Cláudio Antônio Cassou Barbosa | |
| | Luiz Alberto de Vargas | |
| | Maria Madalena Telesca | |
| | Ricardo Carvalho Fraga | |

Jurisprudência

Acordãos 181

Súmulas 249

Sentenças 259

Relatório - Escola Judicial 339

Apresentação

Prezado leitor,

Desde a sua criação, em setembro de 2007, a Escola Judicial do TRT da 6ª Região vem cumprindo, com reconhecidos esforço e êxito, suas amplas diretrizes consubstanciadas no objetivo de promover a formação inicial, bem como o constante aprimoramento dos magistrados e servidores.

O ano de 2013, em particular, trouxe para a EJ-TRT6 um grande desafio: capacitar magistrados e servidores em face da implantação do Processo Judicial Eletrônico na Justiça do Trabalho de Pernambuco. Com criatividade e dinamismo, a equipe da EJ-TRT6 foi ousada, ao estabelecer novos paradigmas para os treinamentos, utilizando, nas várias modalidades do aprendizado (presencial ou a distância), suas técnicas mais efetivas e que renderam várias conquistas ao longo do ano.

A atuação da EJ-TRT6, aliando, aos tradicionais treinamentos presenciais, a criação e o aprimoramento de um ambiente virtual de aprendizagem, não demorou a render frutos. O principal deles já se traduz em números: considerando a fase embrionária dos treinamentos (iniciados em outubro de 2012), capacitamos em apenas um ano 113 magistrados e 591 servidores. Este desempenho possibilitou ao TRT da Sexta Região implantar o PJe-JT em 56 Varas do Trabalho – em muito superando a meta 12, estabelecida pelo CSJT.

Nossas iniciativas foram reconhecidas pela Corregedoria Geral do TST, e tivemos a oportunidade de trocar experiência com outras instituições. Apresentamos trabalhos e fomos premiados no 5º *Fórum de Educação a Distância do Poder Judiciário* realizado pelo CNJ, e no 3º

Congresso Brasileiro de Educação Corporativa do Judiciário (Conecjus 2013) realizado em dezembro, na Escola Judicial do TRT2-SP.

No entanto, não foram apenas as ações do PJe-JT que movimentaram o promissor ano da Escola Judicial. Dando continuidade à sua missão institucional de aprimorar a magistratura trabalhista, não podemos esquecer a importância que assume a edição de um novo exemplar da tradicional *Revista do TRT da Sexta Região*.

Alcançando sua 40ª edição, a revista é uma obra que vem se consagrando no meio jurídico pernambucano, constituindo-se num importante veículo para divulgação do pensamento doutrinário, notadamente ao enfrentar temas contemporâneos de Direito e Processo do Trabalho.

Os artigos doutrinários desta edição tratam de variada gama de assuntos, abrindo um espaço democrático para acolher teses e proposições de magistrados e demais operadores do Direito de todas as regiões do país. Já na abertura da Seção Doutrina, voltamos a contar com a sempre valiosa contribuição da desembargadora do TRT pernambucano, Eneida Melo Correia de Araújo. Em seu artigo, a acadêmica homenageia a CLT, estabelecendo uma interrelação entre a importância da Consolidação das Leis do Trabalho – que neste ano de 2013 completou sete décadas de vigência no Brasil – e a preservação do acervo documental do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Defende, entre outras ideias, que o “*direito à memória é direito de personalidade e, como tal, direito humano, cabendo ao Estado e a sociedade desenvolver todos os esforços para que esse direito seja protegido e efetivado*”.

Outro magistrado do Sexto Regional, o juiz titular da 12ª Vara do Trabalho do Recife, Hugo Cavalcanti Melo Filho, enfrenta um tema sempre polêmico e em pauta na sociedade brasileira. Trata-se da palestra “Considerações Sobre a Judicialização da Saúde”, proferida na Sessão Especial sobre Direito Humano à Saúde, evento realizado pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – agora transformado em artigo. Nele, o magistrado debate diversos aspectos relacionados ao tema saúde, numa “*perspectiva do respeito à independência judicial, a otimização da fiscalização pelas agências reguladoras, o estímulo às ações coletivas*”, para, mais adiante, vaticinar os ditames constitucionais que elevam o direito à saúde como um direito

fundamental, consagrando a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito.

O Juiz do Trabalho gaúcho Ben-Hur Silveira Claus, por sua vez, propõe um olhar “contemporâneo” para um tema caro à lide trabalhista, lançando a tese na qual “*a execução trabalhista não se submete ao princípio da execução menos gravosa*”. Já o advogado mineiro, mestre em Direito do Trabalho pela PUC, trilha a sempre profícua técnica acadêmica do direito comparado. Em artigo inscrito em parceria com Tamara Camarano Ruhas, analisa “A Dispensa Individual e Coletiva no Brasil e na Itália”.

Também mineiro, o Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região, Marcel Lopes Machado, aponta “*incompatibilidades e incoerências jurídicas*” ao retratar o tema “O Adicional de Insalubridade e a Súmula Vinculante 04/STF” – Interpretação e Integração do Ordenamento Jurídico”. Encerrando a seção doutrinária, merece destaque o dinâmico artigo “O cabimento de honorários advocatícios nas lides trabalhistas”, escrito pelos magistrados trabalhistas do Rio Grande do Sul Cláudio Antônio Cassou Barbosa, Luiz Alberto de Vargas, Maria Madalena Telesca e Ricardo Carvalho Fraga.

Nas seções “Jurisprudência” e “Sentenças”, seguimos selecionando e brindando nossos leitores com os julgados de primeira e segunda instâncias do TRT da 6ª Região, ao longo de 2013, confirmando suas posições de vanguarda e contribuindo com a história de um Judiciário comprometido com a pacificação dos conflitos e a promoção do bem-estar de toda a sociedade.

Uma leitura proveitosa.

Recife, dezembro de 2013.

Desembargador André Genn de Assunção Barros
DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL DO TRT DA SEXTA REGIÃO

Composição

Composição

DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO

PRESIDENTE

Ivanildo da Cunha Andrade

VICE-PRESIDENTE

Pedro Paulo Pereira Nóbrega

CORREGEDORA

Virgínia Malta Canavarro

TRIBUNAL PLENO

Eneida Melo Correia de Araújo
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
Sérgio Torres Teixeira
Fábio André de Farias

Primeira Turma

PRESIDENTE

Maria do Socorro Silva Emerenciano

Desembargadores

Ivan de Souza Valença Alves
Valéria Gondim Sampaio
Sérgio Torres Teixeira

Segunda Turma

PRESIDENTE

Eneida Melo Correia de Araújo

Desembargadores

Dione Nunes Furtado da Silva
Acácio Júlio Kezen Caldeira

Terceira Turma

PRESIDENTE

Valdir José Silva de Carvalho

Desembargadores

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino
Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura
Fábio André de Farias

Quarta Turma**PRESIDENTE**

Dinah Figueirêdo Bernardo

Desembargadores

André Genn de Assunção Barros
Gisane Barbosa de Araújo
Nise Pedroso Lins de Souza

**JUIZ OUVIDOR E CONCILIADOR
DA SEGUNDA INSTÂNCIA**

Patrícia Coelho Brandão Vieira

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

Desembargador André Genn de Assunção Barros

COORDENADOR GERAL

Juiz Agenor Martins Pereira

COORDENADORES ADJUNTOS

Juiz Rodrigo Samico Carneiro
Juiz Márcilio Florêncio Mota
Juiz Gustavo Augusto Pires de Oliveira

CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Presidente do TRT6, Ivanildo da Cunha Andrade
Desembargador Diretor da EJ-TRT6, André Genn de Assunção Barros
Desembargadora Gisane Barbosa de Araújo
Desembargador Pedro Paulo Pereira Nóbrega
Juiz Agenor Martins Pereira
Juiz Rodrigo Samico Carneiro

JUIZES TITULARES DAS 6 VARAS DO TRABALHO DE PERNAMBUCO

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

1ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Patrícia Pedrosa Souto Maior

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

Andréa Keust Bandeira de Melo

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

(vago)

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

Luciana Paula Conforti

2ª VARA DO TRABALHO DE BARREIROS

Bernardo 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

Guilherme de Moraes Mendonça

2ª VARA DO TRABALHO DE CARUARU

José Wilson da Fonseca

3ª VARA DO TRABALHO DE CARUARU

Ana Maria Soares Ribeiro de Barros

VARA DO TRABALHO DE CATENDE

Tânia Regina Chenk Allatta

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

Gustavo Augusto Pires de Oliveira

3ª VARA DO TRABALHO DE IPOJUCA

Sérgio Murilo de Carvalho Lins

1ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

Maria Betânia Silveira Villela

2ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

Mayard de França Saboya Albuquerque

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

Ana Cristina da Silva

2ª VARA DO TRABALHO DE OLINDA

Martha Cristina do Nascimento Cantalice

3ª VARA DO TRABALHO DE OLINDA

Roberto de Freire Bastos

1ª VARA DO TRABALHO DE PALMARES

Maria José de Souza

2ª 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

Fábio José Ribeiro Dantas Furtado

3ª 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

André Luiz Machado

VARA DO TRABALHO DE SÃO LOURENÇO DA MATA

Virgínia Lúcia de Sá Bahia

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

JUIZES SUBSTITUTOS

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
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
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
Sérgio Paulo de Andrade Lima
Mariana de Carvalho Milet
Lídia Almeida Pinheiro Teles

DIRETORES ADMINISTRATIVOS

SECRETÁRIO-GERAL DA PRESIDÊNCIA

Ayrton Carlos Porto Júnior

DIRETOR-GERAL DE SECRETARIA

Wladimir de Souza Rolim

SECRETÁRIA DO TRIBUNAL PLENO

Nyédja Menezes Soares de Azevedo

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 SEGURANÇA,
TRANSPORTE E TELEFONIA**

Everson Lemos Araújo

**CHEFE DO NÚCLEO DE
DISTRIBUIÇÃO DE MANDADOS JUDICIAIS**

Neuraci de Deus Lima de Oliveira

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 DE DESENVOLVIMENTO DE SISTEMAS

DA SECRETARIA DE INFORMÁTICA

Henrique de Barros Saraiva

CHEFE DO NÚCLEO DE INFRAESTRUTURA TECNOLÓGICA

Sérgio Limeira da Silva

CHEFE DO NÚCLEO DE ATENDIMENTO AO USUÁRIO

Aldemir Alves dos Santos

CHEFE DO NÚCLEO TÉCNICO DE APOIO

À DECISÃO E TECNOLOGIA PARA INTERNET

Adilson Silva Andrade Júnior

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

Kátia do Rego Barros

COORDENADORA DE DESENVOLVIMENTO DE PESSOAL

Andréa Leite Guedes Pereira

**CHEFE DO NÚCLEO DE CADASTRAMENTO, AUTUAÇÃO E
DISTRIBUIÇÃO DA SEGUNDA INSTÂNCIA**

Valneide Maria Ferreira Cabral

CHEFE DO NÚCLEO DE SAÚDE

Semírames Rocha de Oliveira

CHEFE DO FÓRUM ADVOGADO JOSÉ BARBOSA DE ARAÚJO

Ricardo Rangel

CHEFE DO NÚCLEO DE PRECATÓRIOS

Wilma Lúcia Silva

CHEFE DO NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Eugênio Pacelli Jerônimo dos Santos

CHEFE DO NÚCLEO DE GESTÃO DOCUMENTAL

Marcília Gama da Silva

(atualizado até 25/11/2013)

Doutrina

A IMPORTÂNCIA DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO E A PRESERVAÇÃO DO ACERVO DOCUMENTAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO

Eneida Melo Correia de Araújo

Mestre e Doutora em Direito (UFPE)

Desembargadora Federal do Trabalho.

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da

Universidade Federal de Pernambuco

Sumário:

1. Introdução.
2. O direito à lembrança e à memória.
3. O direito constitucional à cultura e à história.
4. O direito à memória e o papel da Justiça do Trabalho.
5. Conclusão.
6. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

A abordagem do tema alusivo à preservação do acervo documental, vinculando-o à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é uma homenagem aos 70 anos de sua edição.

Marco formal de legislação do cidadão trabalhador, ao assegurar direitos fundamentais, a CLT revela, ainda hoje, uma importância incomensurável na garantia da dignidade do homem e da justiça social. Também é possível afirmar que a Consolidação é uma

das primeiras legislações brasileiras a demarcar a idéia de que a propriedade privada tem uma função social.

A CLT compreende um conjunto de direitos indispensáveis à regulamentação das relações de trabalho individuais e coletivas, assimilando os nove princípios consagrados no Tratado de Paz, na Declaração de Filadélfia e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

E uma ordem jurídica que garanta os direitos fundamentais e os direitos humanos, entre eles os de índole trabalhista, é pressuposto fundamental à democracia social.

Ademais, é sobre a Consolidação que se debruçam os magistrados trabalhistas ao decidirem as lides que lhes são apresentadas, definindo o direito ao caso concreto e propiciando a formação de uma jurisprudência consentânea com a realidade social.

Paralelamente, a história das relações de trabalho, dos conflitos individuais e coletivos encontra-se narrada nos processos. Estes integram o acervo documental a ser guardado, conservado e posto pelas autoridades à disposição daqueles que necessitem consultá-lo.

Por sua vez, os documentos gerados no interior das instâncias do Poder Judiciário (quer os de natureza judicial, quer os de índole administrativa) narram o papel e o perfil da magistratura, a interpretação conferida às normas jurídicas no transcurso dos anos, contribuindo para assegurar o direito à lembrança e à memória.

Os documentos têm sua importância ampliada em face do compromisso jurídico-político dos juízes, no transcurso da história, no sentido de assegurar os valores sociais do trabalho, da cidadania, da ética, e da justiça.

A preservação documental, como direito fundamental, desponta neste contexto: o do direito de não esquecer a história da formação e desenvolvimento do Direito do Trabalho, em que a Consolidação das Leis do Trabalho tem exercido função primordial.

2. O DIREITO À LEMBRANÇA E À MEMÓRIA

Antônio Paulo Resende afirma que:

“Quando Hesíodo descreveu o surgimento dos deuses gregos o fez numa época em que a palavra tinha uma magia e uma força indes-

crítivel. A nomeação das coisas, das experiências, das artimanhas da vida, ia sendo feita com o sentimento maior da criação e da poesia”.

“A linguagem não era, apenas, traços ou sons que se perdiam no esquecimento veloz do cotidiano, como atualmente acontece. A linguagem se apresentava com toda sua força instituinte, para construir narrativas sagradas que inauguravam um novo tempo humano. A escrita não havia sido ainda inventada e a memória guardava, cuidava, alimentava as relações sociais e suas práticas como cristais de uma preciosidade incomensurável”¹.

Ocorre que, em determinado momento da vida dos povos, foi sentida a necessidade de dotar a memória de configuração física. Os fatos que eram contados e celebrados adquirem uma aparência material. O acúmulo de informação advindo do passar dos tempos exige a escrita para que não se perca no esquecimento. E assim a memória oral passa a conviver com a forma escrita.

Antônio Houaiss e Roberto Amaral explicam que os saberes da vida, da sobrevida, da sobrevivência, o sentido de que se está no mundo, os elementos astronômicos, fitológicos, médicos se avolumam de tal maneira que é procurado um sistema capaz de permitir captar as idéias, os sons, as sílabas, os fonemas. A escrita começa a ser indispensável para a contabilidade, “para o dever e haver entre o palácio e o povo, para os códigos reguladores, para os tratados entre os palácios, para, por fim, começar o registro”. E arrematam que o homem está na História em sentido estrito graças às escritas, cujo instrumental começa a ser “(...) zeloso, quando não religiosamente preservado, não raro monopolizado pelo clero a serviço do palácio, quando não pelo clero como palácio mesmo”².

Também em tributo à memória, Antonio Torres Montenegro

1 RESENDE, Antônio Paulo. História e Afetividade: “Os amores de Prometeu e os sonhos de Freud”. In *História: cultura e sentimento. Outras Histórias do Brasil*. Org. Antonio Torres Montenegro e outros. Recife: Universitária UFPE, 2008, p. 471.

2 HOUAISS, Antônio e AMARAL, Roberto. *Modernidade no Brasil – Conciliação ou Ruptura*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 159.

refere que os relatos por ele obtidos e analisados, e que constam de sua obra, remetem a práticas microssociais vivenciadas por diversos atores. Foram colhidos de pessoas anônimas, que adquiririam visibilidade mediante as narrativas que transmitiram, “com uma diversificada riqueza de detalhes, experiências cotidianas, que comumente se perdem nos desvãos da história”³.

Em especial, importa realçar que, embora o desenvolvimento da escrita tenha seu ponto inicial há cerca de 5 mil anos - sobressaindo-se a China e a Mesopotâmia -, o seu registro na Administração Pública data do século XX, nos finais da década de 40 – especialmente nos Estados Unidos e no Canadá. A partir dessa época são construídos princípios dotados de racionalidade. Eles objetivam permitir a produção, utilização, conservação e destinação de documentos diante da constatação de que era impossível a guarda e consulta de um grande volume de forma aleatória. São feitas intervenções nessas etapas do ciclo documental.

Reconhece-se que a conservação dos documentos que descrevem os fatos envolvendo os momentos vividos pelas instituições e pelas pessoas permite a manutenção da memória de um povo e dos indivíduos. Possibilita, ainda, que se realize a pesquisa histórica. E essa não prescinde da continuidade temporal dos documentos, das séries completas para a elaboração de uma tese.

Nesse ponto, é necessário compreender o real sentido a ser atribuído à continuidade temporal, jungindo-a ao que ensina Nelson Saldanha, ao aludir que ela “... só significa equilíbrio se alimentada e iluminada por uma consciência ética e histórica”. “Sem semelhante consciência, a continuidade seria apenas sequência mecânica, repetição cega”.⁴

É desse espírito de continuidade que se animam os que fazem da conservação dos acervos documentais a razão da narrativa histórica.

Sem memória, não se pode falar em pesquisa histórica. Sem memória, impede-se o indivíduo de conhecer sua origem, fragilizando a sua cidadania e dignidade.

São pertinentes, portanto, as observações de Isabel Cristina Martins Guillen, no sentido de que a memória se associa às diversas formas

3 MONTENEGRO, Antonio Torres. *História, Metodologia, Memória*. São Paulo: Contexto, 2010, p. 69.

4SALDANHA, Nelson Nogueira. *A Velha e Nova Ciência do Direito*. Recife: Universitária, 1974, p. 212.

de transmissão oral, de forma indissolúvel. Acrescenta a historiadora que a memória e o patrimônio se relacionam, não para “... preservar a cultura, congelando-a, mas como um dos direitos essenciais para o exercício de uma cidadania plena”⁵.

E, é assim com a história da Justiça do Trabalho. Diuturnamente, ela é construída por juízes, advogados, procuradores, trabalhadores, sindicatos, empresas, servidores, todos que, de alguma forma, trazem algo de suas vidas, em determinado momento, para o interior do órgão judiciário.

Essa história contém os conflitos sociais revelados nas ações trabalhistas; os mecanismos de ação e de defesa, exercitados à luz da legislação vigente em cada época; o registro do comportamento e dos sentimentos das pessoas que buscaram a prestação jurisdicional; a própria estrutura da Justiça, que sofreu mudanças no curso dos tempos; a ampliação gradativa da competência material dos órgãos do Poder Judiciário Trabalhista para conhecer e julgar os litígios; os processos administrativos.

Por seu turno, percebe-se o interesse da comunidade do trabalho quanto às ações individuais ou coletivas ajuizadas perante os órgãos do Poder Judiciário. É que em cada litígio se discute o direito aplicável, as razões pelas quais os indivíduos recorrem à Justiça, nela divisando um espaço de conciliação ou de definição dos conflitos. E os pesquisadores debruçam-se sobre esse manancial de informações, conferindo-lhe significado.

Daí a oportuna avaliação Ana Maria de Almeida Camargo, afirmando a importância dos arquivos para a reconstituição das realidades do passado, em especial quando acumuladas por instituições que detém um papel de intervenção na sociedade, como é o caso do Poder Judiciário. E realça que os documentos oriundos do Poder Judiciário “... refletem o modo como vem atuando, ao longo do tempo, e, por extensão e de forma subsidiária, as demandas sociais que têm justificado sua própria atuação”⁶.

Trata-se, sem dúvida, do exercício do direito de lembrar, de não esquecer, de construir uma história.

5 GUILLEN, Isabel Cristina Martins. “Memória e Patrimônio no Movimento Negro Pernambucano”. In *História, Cultura, Trabalho: questões da contemporaneidade*. Org. Antônio Torres Montenegro e outros. Recife: Universitária, 2011, p.221.

6 CAMARGO, Ana Maria de Almeida. “Valor Histórico e Outros Valores Atribuídos aos Arquivos”. In *II Encontro Nacional da Memória da Justiça do Trabalho*. São Paulo: IJE, 2008, p. 54.

3. O DIREITO CONSTITUCIONAL À CULTURA E À HISTÓRIA

O direito à cultura e ao patrimônio cultural, em suas variadas formas de expressão material e imaterial, compõe o rol dos direitos fundamentais, à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ele pertence à categoria dos direitos à integridade moral, ao lado do direito à intimidade, à honra, à vida privada, à boa fama, à privacidade, à imagem e às liberdades política, civil e religiosa.

O movimento em torno do resgate e preservação da memória não é registrado apenas no Brasil, pois na Europa e na América Latina existem políticas públicas no sentido de que os órgãos do Estado e entidades particulares dirijam seus esforços a fim de levantar dados, recolher elementos, visando a construir e conservar seus acervos.

A propósito, Ângela Maria de Castro Gomes afirma que o crescente interesse dos historiadores pelos arquivos públicos e privados acha-se ligado às grandes transformações no mundo e que a partir dos anos de 1970/1980 alcançaram o Brasil. Essa temática – prossegue a historiadora – estaria ungiada à inquietação da sociedade, temendo a “destruição de sua memória”. Também decorreria da avaliação das consequências políticas e culturais do esquecimento, sobretudo com relação aos acontecimentos que trouxeram dores, sofrimentos e traumas às pessoas e à sociedade. E destaca que cresceu a idéia de um “dever de memória”, que se traduz no reconhecimento da sociedade e do Estado em relação às perdas e injustiças que atingiram diversos grupos, levando a uma mobilização para reivindicar reparações de várias naturezas, inclusive ao seu próprio “direito à memória”⁷.

A ordem jurídica constitucional brasileira seguiu os parâmetros traçados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, assegurando a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional (art. 215).

E o art. 216 da Constituição Republicana afirma que o patrimônio cultural brasileiro é composto de bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos

7 GOMES, Ângela Maria de Castro. “Justiça do Trabalho no Brasil: Notas de uma Pesquisa”. In *Memória e Preservação de Documentos: Direitos do Cidadão*. Coord.: Magda Barros Biavaschi e outras. São Paulo: LTr, 2007, p. 23

formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as criações científicas, obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artísticas e culturais.

O § 2º do art. 216 da Lei Maior impõe à Administração Pública o dever de promover a gestão dos documentos do governo, e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem, estando passíveis de punição os danos e ameaças ao patrimônio cultural, na forma da lei.

Seguindo as balizas traçadas pela Constituição da República, a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 e o Decreto n. 7.724, de 16 de maio de 2012 impõem aos órgãos públicos o dever de guarda e conservação dos documentos criados nessas instituições, realçando, portanto o aspecto da transparência e da memória.

No art. 6º da Lei n. 12.527 é afirmado caber aos órgãos e entidades do poder público: a) a gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação; b) proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade, e c) proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição ao acesso.

Por seu turno, no art. 7º, incisos II, III, IV e V da referida legislação acha-se disposto que o acesso à informação é integrado, entre outros, pelos direitos de obter: II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; III – informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgão ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; IV – informação primária, íntegra e atualizada; V – informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos.

Como se pode constatar, a importância de preservação dos documentos decorre de um longo processo evolutivo. E para que o homem alcance a cidadania, seja agente de transformação social, é preciso que se aproprie individual e coletivamente do conhecimento dos fatos e idéias que descrevem a sua trajetória na sociedade, a de seus ancestrais, obtendo informações sobre os acontecimentos que marcaram essa caminhada.

4. O DIREITO À MEMÓRIA E O PAPEL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Na atualidade, em face de novos paradigmas que se pretendem afirmar como inerentes à chamada “pós-modernidade”, a Justiça do Trabalho se defronta com o problema de assimilação das vertentes alusivas à cultura e ao processo no bojo dos quais se desenrolam os conflitos sociais.

Sendo assim, como compreender, interpretar e efetivar os direitos sociais fundamentais, em um Estado denominado de Pós-social e que acena para um direito pós-moderno, ou seja, um direito que se apresenta mais flexível, maleável, adaptável às novas exigências da denominada Pós-Modernidade? Um direito que consagraria a desregulamentação dos direitos fundamentais, que busca transferir aos particulares a normatização dos negócios jurídicos. Um modelo que considera que a interferência normativa do Poder Público é desagregadora, não-harmoniosa. Um sistema que prefere utilizar instrumentos não-estatais para a solução dos conflitos, tais como a arbitragem e a mediação.

O Estado Pós-Social não pode desconsiderar os fundamentos da República, os direitos humanos e direitos fundamentais. A ordem constitucional, ao assegurar a garantia da propriedade privada, dispõe que a ordem econômica valorize o trabalho humano, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. E exige que aqueles que se dediquem à atividade econômica, o façam com o objetivo de reduzir as desigualdades regionais e sociais, defendendo o meio ambiente e conferindo à propriedade privada uma função social.

Daí a importância do pensamento de Joaquín Herrera Flores para quem a existência de normas jurídicas que contenham os direitos trabalhistas permite evidenciar as situações de desvantagens criadas pelas relações de mercado e a denúncia de transgressões de condições legitimadas por princípios de justiça ⁸.

No que diz respeito ao cumprimento dos objetivos expressos nos arts. 215 e 216 da Constituição da República, a Justiça do Trabalho se apresenta como um dos sustentáculos institucionais da garantia da

8 HERRERA, Joaquin Flores. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p.64.

memória e da cidadania quanto às fontes advindas de sua missão institucional. Tal sucede porque realiza a gestão de um acervo expressivo de documentos, imagens, símbolos nos quais é narrada a história dessa instituição, do Direito do Trabalho, das relações de produção e das soluções dos conflitos.

Em se tratando de memória que envolva a Justiça do Trabalho, as relações de trabalho e o Direito do Trabalho, pode-se constatar que o interesse das pessoas e dos vários centros de cultura e pesquisa pelos documentos que integram o acervo desse órgão do Poder Judiciário é cada dia mais expressivo. Vários profissionais advindos de diferentes áreas da ciência se debruçam sobre os processos, mobiliário, as construções (bens imóveis), os símbolos e outros elementos que possam expressar o conhecimento nas mais diversas ordens: da história, da antropologia, da psicologia, da psiquiatria, da arquitetura, da economia, do direito. E o indivíduo, isoladamente considerado, também necessita conhecer e dispor desse manancial de elementos para traçar a sua própria identidade.

Neste quadro, o Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (TRT 6^a) adota um comportamento de preservação dos autos findos de processos judiciais no âmbito da instituição, tendo em conta o aspecto jurídico e também aquele que se refere ao interesse político, histórico e cultural que os reveste.

Desta forma, o Sexto Regional procurou aliar – para o ingresso no arquivo permanente – duas qualidades de sua massa documental: o potencial dos documentos com capacidade de fonte para a história e o valor estritamente legal ou jurídico (aquisição, manutenção, transferência, modificação ou extinção de direito).

Fiel a estes princípios, o TRT da Sexta Região editou a Resolução Administrativa n. 03/2010, de 02 de março, que cuida da política de gestão de autos findos dos processos judiciais e da documentação produzida e recebida no exercício da administração judiciária no âmbito dessa Corte. Procurou guiar-se pelas normas contidas no art. 20 da Lei n. 8.159, de 08 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e define a competência e o dever do Poder Judiciário Federal de proceder à gestão de documentos produzidos em razão do exercício de suas funções.

Mesmo antes da edição da Resolução n. 03/2010, constituíam-se em documentos de guarda permanente os autos findos referentes aos dissídios coletivos, bem como todos os processos a eles vinculados. Com igual qualificação acham-se os autos findos dos

processos que embasaram precedentes de súmulas.

Na norma em vigor, o TRT de Pernambuco fez constar como de guarda permanente esses tipos de autos, bem como todos aqueles em que os assuntos tratados estejam relacionados aos direitos fundamentais, nesses inseridos os das minorias, tais como indígenas, menores, negros, portadores de necessidades especiais.

Ademais, procurando conservar seu rico acervo histórico, também estão consignados na Resolução aludida como de guarda permanente, os autos findos de processos originários de 1ª instância já recolhidos em arquivo a esse título até a entrada em vigor da Resolução n. 03/2010. Tais autos deverão ser avaliados pela Comissão de Gestão Documental, destacando como prioritários os que contenham documentos de relevância político-histórico-cultural anteriores ao ano de 1985.

Em face da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004, todos os autos findos que digam respeito à matéria estampada nessa norma jurídica também integram a guarda permanente.

É interessante destacar que o conteúdo de inúmeros processos anteriores a 1985 dizem respeito a uma fase rica da história política e social de Pernambuco e a preservação desse acervo propicia a pesquisa em várias áreas da ciência, especialmente da História. Ademais, também é atendido o projeto Memória da Justiça do Trabalho: passado, presente e futuro.

Consciente da revelação política que os documentos criados no período de 1964 a 1985 contêm, o TRT de Pernambuco obteve o direito de inserção do acervo documental no Projeto Memórias Reveladas.

Vale lembrar que sendo o sistema jurídico dotado de natureza aberta, incompleta, permite a evolução, a modificação do direito, precisamente porque o conhecimento científico é igualmente incompleto e provisório.

Daí porque consta da Resolução Administrativa n.03/2010 que os magistrados poderão formular proposta fundamentada de guarda definitiva dos processos que julgarem representativos de temas cuja relevância histórica justifique essa modalidade de conservação, nos termos da parte final do parágrafo único do art. 112 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, de 28 de outubro de 2008, alterado pelo Ato GCGJT n.07/2009, publicado em 27 de novembro de 2009 no DJT. Esses autos serão remetidos à

Coordenação Permanente de Avaliação de Documentos que analisará a proposta e dará a destinação final dos autos.

Essa participação da magistratura confere-lhe o poder demonstrar que a ciência jurídica deve ser compreendida como dotada de uma possível força transformadora, transcendendo a mera atividade de interpretação dos textos, adaptando-os aos interesses da coletividade, como divisado por Lédio Rosa de Andrade ⁹.

Buscando a democratização da cultura e a pesquisa histórica, em Pernambuco, há mais de 10 anos, a Universidade Federal de Pernambuco promove estudos valiosíssimos nos autos findos pertencentes ao acervo do TRT da Sexta Região. Fruto de um Convênio de Cooperação Técnica, firmado entre o Tribunal Regional da Sexta Região e a Universidade Federal de Pernambuco, 170 mil processos foram cedidos provisoriamente àquele Centro. Os resultados dessas pesquisas deram ensejo à edição de livros, cadernos de estudos, monografias de graduação e de pós-graduação, teses de doutorado e mestrado, seminários.

O fato de o Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região ter sido escolhido pelos demais Tribunais do Trabalho do Brasil para realizar o III Encontro Nacional da Memória da Justiça do Trabalho, no ano de 2008, revela o reconhecimento da comunidade científica do papel deste órgão do Judiciário no tocante à cidadania e preservação da memória. Parcela considerável de juristas, arquivistas, historiadores, museólogos, arquitetos, economistas, entre outros estudiosos do tema referente à cidadania e memória se fez representar nesse evento, produzindo, ao final, um livro que serve de referência para os anais da ciência no Brasil. Esse livro é intitulado “III Encontro Nacional da Memória da Justiça do Trabalho no Brasil”¹⁰.

A tentativa de democratizar e adotar padrões comuns regionais aos acervos públicos judiciais também guiou o TRT da 6ª Região ao realizar em 2009 o I Fórum Regional de Arquivos Judiciais, contando com a participação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Seu tema: “Gestão

9 ANDRADE, Lédio Rosa de. *Juiz Alternativo e Poder Judiciário*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, p.38.

10 *III Encontro Nacional da Memória da Justiça do Trabalho*. Org. Eneida Melo Correia de Araújo e Outras. Recife: Livraria Nossa Editora, 2008.

e Preservação Documental: dos Arquivos Textuais aos Arquivos Eletrônicos”. Para a sua consecução, foi fundamental o reconhecimento conferido pela Fundação de Apoio à Ciência e à Tecnologia do Estado de Pernambuco (FACEPE) que, pela vez primeira, aprovou no Nordeste, um Projeto na área do Poder Judiciário sobre gestão documental. Este projeto é de autoria da Professora Dra. Marília Gama, Coordenadora de Gestão Documental e Memória, lotada no Tribunal do Trabalho da 6ª Região.

Em 2009, ao TRT 6ª Região foi conferida a Medalha “Centenário da Confederação do Equador”, como reconhecimento do Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico de Pernambuco (IAHG) pelo trabalho de preservação do acervo de processos históricos da Justiça do Trabalho.

E tendo em vista que era preciso um espaço físico adequado e com maior capacidade de armazenamento de 1 milhão e 700 mil processos que constituem o acervo do Tribunal, foi executada uma ampla reforma na edificação do Arquivo. Nesse local, continuará o trabalho valioso de servidores que se dedicam à guarda, identificação e destinação de documentos, das fontes culturais e científicas que possam contribuir para a cidadania e para a pesquisa histórica.

Deve-se, portanto, prosseguir essa tarefa seguindo a advertência de Ana Maria de Almeida Camargo: a de que “... o arquivo deve permanecer impermeável a todos os significados que o processo de conhecimento científico pode, a partir dele, produzir”¹¹.

Importa mencionar o papel importante neste processo de educação e produção científicas que detém o Memorial da Justiça do Trabalho, criado no ano de 2008, pela então Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, Desembargadora Josélia Moraes da Costa. O Memorial foi inserido no Instituto Brasileiro de Museus (IBRAM) e obteve o reconhecimento do Ministério da Cultura.

Uma variedade rica de elementos que dizem respeito às partes que se defrontam no processo, às categorias de trabalhadores e empregadores envolvidas em dissídios individuais e coletivos, bem como ao mobiliário, emblemas, fotos, medalhas, insígnias e outros símbolos compõem o acervo histórico do TRT da Sexta Região.

O Memorial/Museu também obteve da UNESCO o título de patrimônio cultural da humanidade, em face da riqueza de elementos

11 CAMARGO, Ana Maria de Almeida. *Op. Cit.*, p. 55.

históricos que abriga.

Nesse contexto deve ser realçado que o Ministério da Educação reconheceu a importância da preservação documental do Judiciário Trabalhista, ao aprovar no Edital Proext UFRPE-MEC 2011 o projeto intitulado: “Preservando a Memória da Justiça do Trabalho em Pernambuco de 1964-1985: Catalogação, Organização, Descrição e Digitalização do Acervo Documental Trabalhista existente no Memorial da Justiça do Trabalho”. Em razão desse aval do governo brasileiro foi possível catalogar todos os dissídios coletivos existentes no Memorial, tendo como um dos resultados, a publicação de um livro da Editora Universitária da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE). O trabalho dos 8 (oito) bolsistas do Projeto deu ensejo, ainda, a que se submetesse o referido acervo ao Edital MOW-BRASIL 2012 – Comitê Nacional do Brasil no Programa Memória do Mundo da UNESCO.

Consciente da preocupação dos estudiosos dos mais diversos campos do conhecimento científico com a formação e conservação da memória da Justiça do Trabalho e a necessidade de continuar a pesquisa histórica, o TRT de Pernambuco inseriu a Gestão Documental em seu Planejamento Estratégico para o período de 2009-2015, constando como uma de suas metas prioritárias.

Como se vê “os documentos existem para provar muita coisa, para trazer-nos o que os mais fanáticos chamam de evidência”, na assertiva sempre oportuna e eloquente de Antonio Paulo Resende ¹².

5. CONCLUSÃO

A expressão pública de respeito e reconhecimento da importância da Consolidação das Leis do Trabalho para a sociedade e para as relações de trabalho se traduz no compromisso em conservá-la viva. Compreendê-la e interpretá-la à luz da Constituição da República e das normas de Direito Internacional do Trabalho é uma diretriz justa a lhe conferir atualidade e efetividade.

A existência de uma legislação trabalhista pautada no respeito aos direitos humanos, que confere valor fundamental ao desempenho da atividade profissional do indivíduo revela-se, portanto,

12 RESENDE, Antônio Paulo. *Op. Cit.*, p.474

da maior importância no atual contexto histórico.

É que não se pode deixar de mencionar as renovadas tentativas de substituir o conjunto de proteção às relações de trabalho por preceitos individualistas, que privilegiam o capital em detrimento do trabalho do homem. Tampouco devem ser olvidadas as sucessivas investidas de segmentos econômicos contra as estruturas clássicas do Direito do Trabalho, impregnadas de proteção ao trabalhador, em que se sustenta o contrato de trabalho.

Como um alerta à necessidade de manutenção desse extrato de proteção social, cumpre realçar que o Brasil elegeu, ao editar a Constituição da República, como um dos seus objetivos a edificação de uma sociedade solidária, pressupondo o abandono de um individualismo arraigado e a aproximação dos homens, o que exige o resgate de toda a sua trajetória.

Por sua vez, a preservação dos documentos que contêm a comprovação de direitos afirmados existentes pelos magistrados do trabalho ao decidirem as questões que lhes foram submetidas permite a identificação dos fatos marcantes para a história do trabalho e do Direito do Trabalho. A guarda dos documentos torna possível o registro da história política, social e cultural de uma sociedade e de uma instituição.

E a pesquisa, entre outras expressões científicas, confere oportunidade ao indivíduo para que conheça a história da formação das relações sociais, dos conflitos, das resoluções desses conflitos e do nível de solidariedade de uma comunidade. Autoriza, ainda, que se obtenha a prova de determinada situação jurídica constituída. Oferece condições para que os cidadãos e as instituições recolham fatos relativos às mais variadas áreas do saber.

A manutenção dos acervos referentes à história da Justiça do Trabalho, de suas estruturas formais, dos documentos que traduzem a interpretação conferida ao direito ao longo dos tempos e do desempenho dos diversos atores sociais também enriquece o patrimônio cultural e a pesquisa científica do país. E torna efetivos os princípios constitucionais e os objetivos do Estado no que diz respeito à produção, promoção e difusão de bens culturais.

Dentro de tal contexto, observa-se que enquanto poder, o Judiciário Trabalhista tem o dever e o direito constitucional de oferecer uma diversidade de fontes de informação à sociedade mediante um acervo que deve ser conservado zelosamente.

Nunca é demais repetir que o direito à memória é direito

de personalidade e, como tal, direito humano, cabendo ao Estado e a sociedade desenvolver todos os esforços para que esse direito seja protegido e efetivado.

Escrever, lembrar, registrar, guardar, conservar, divulgar, participar dessa história é o convite que a história dirige aos indivíduos e às instituições.

6. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Lédio Rosa de. Juiz Alternativo e Poder Judiciário. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CAMARGO, Ana Maria de Almeida. “Valor Histórico e Outros Valores Atribuídos aos Arquivos”. *In II Encontro Nacional da Memória da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, pp.53-55.

GOMES, Ângela Maria de Castro. “Justiça do Trabalho no Brasil: Notas de uma Pesquisa”. *In Memória e Preservação de Documentos: Direitos do Cidadão*. Coord. Magda Barros Biavaschi e outras. São Paulo: LTr, 2007, pp. 19-30.

GUILLEN, Isabel Cristina Martins. “Memória e Patrimônio no Movimento Negro Pernambucano”. *In História, Cultura, Trabalho: questões da contemporaneidade*. Org. Antônio Torres Montenegro e outros. Recife: Universitária, 2011, pp.215-226.

HERRERA, Joaquin Flores. A (re) invenção dos Direitos Humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HOUAISS, Antônio e AMARAL, Roberto. Modernidade no Brasil – Conciliação ou Ruptura. Petrópolis: Vozes, 1995.

MONTENEGRO, Antonio Torres. História, Metodologia, Memória. São Paulo: Contexto, 2010.

RESENDE, Antônio Paulo. “História e Afetividade: Os amores de Prometeu e os sonhos de Freud”. *In História: cultura e sentimento. Outras Histórias do Brasil*. Org. Antonio Torres Montenegro e outros. Recife: Universitária UFPE, 2008, pp. 471-492.

SALDANHA, Nelson Nogueira. A Velha e Nova Ciência do Direito. Recife: Universitária, 1974.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE¹

Hugo Cavalcanti Melo Filho

Juiz do Trabalho em Pernambuco. Mestre e Doutor em Ciências Políticas (UFPE). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Salamanca.

Na abordagem do importante tema da judicialização da saúde no Brasil, adotarei a metodologia retórica de Peter Haberle, que consiste na formulação de um catálogo de perguntas, as quais, uma vez respondidas, permitirão intuir a extensão e a complexidade da matéria. E as questões são as seguintes:

- 1) Quais os fundamentos do dever do Estado de tutelar a saúde?
- 2) O que explica o assombroso quadro de judicialização da saúde?
- 3) Nesse domínio, quais são os temas objeto de judicialização?
- 4) Quais são as críticas reiteradas às decisões judiciais nessa matéria?
- 5) Como o Poder Judiciário tem se posicionado a respeito do problema?

Passo às repostas:

1) Quais os fundamentos do dever do Estado de

¹ Palestra proferida na Sessão Especial sobre Direito Humano à Saúde promovida pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, em Brasília, no dia 20 de agosto de 2012.

tutelar a saúde?

Ainda em seu preâmbulo, a Constituição da República Federativa do Brasil indica que o Estado democrático por ela instituído se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Já o art. 1.º, inciso III, erige a dignidade da pessoa humana como fundamento da própria República e do Estado democrático de direito.

Nessa mesma linha, nos artigos 5.º, caput e §§ 1º e 2.º, 6.º e 196 a 200, a Carta Magna trata da igualdade, do direito à vida, da eficácia imediata dos direitos fundamentais e do direito à proteção e à saúde.

O direito à saúde está relacionado em nossa constituição como um direito social. Os direitos sociais, tal como os direitos de liberdade, são direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, porque considerados como imprescindíveis ao desenvolvimento do homem, de modo a assegurar a dignidade cabível a cada ser humano individual e socialmente².

Portanto, a Constituição de 1988 afirma o direito à saúde como direito fundamental, que demanda ações do Estado contra a carência que atinge o indivíduo. Exige do Estado deveres de respeito, deveres de proteção e deveres de promoção³.

Vamos à segunda pergunta:

2) O que explica o assombroso quadro de judicialização da saúde?

Se o cumprimento dos deveres estatais de promoção do acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos são negligenciados, o caminho natural é que haja uma invocação jurídica de um determinado direito social, como é o caso do direito à saúde, em determinada situação concreta. O mesmo se diga em relação ao descumprimento de contratos por parte das operadoras de planos de saúde.

²Nesse sentido, prefácio de Jorge Reis Novais, in CAÚLA, César. *Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil*. São Paulo: Podium, 2010, p. 19.

³ *Ibidem*, p. 20

Mas, por que isso ocorre com maior intensidade agora do que antes? Por exemplo, uma pesquisa realizada em 2008 sobre a judicialização da saúde revelou que no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foram localizadas 111 (cento e onze) decisões relacionadas à saúde suplementar com pedidos assistenciais, somente no ano de 2005, número superior ao total das decisões analisadas de 1991 a 1998⁴.

Está claro que, neste momento, aparece com vigor o protagonismo social e político do Poder Judiciário, coincidindo com o fenômeno da deslegitimação dos poderes políticos e da crise de crença na autoridade pública.

Neste novo cenário, o Judiciário vem recebendo diferentes tipos de demandas, que terminam por promover uma significativa pressão sobre o aparato judicial.

A função do Judiciário sofreu substancial modificação. Passou a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, e também implementando o conteúdo promocional do Direito. Coube-lhe o desafio eliminar a distância entre a promessa de direito e a sua efetivação.

A idéia de acesso à Justiça não mais se limita ao mero acesso aos tribunais: “não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”⁵. Trata-se, a rigor, da promoção da cidadania àqueles que se encontram em condição social desfavorável.

Mas, por que o acesso à Justiça e a luta por direitos se orienta, crescentemente, em direção ao Judiciário? Na verdade, demandas que antes eram dirigidas ao Legislativo e são apresentadas, agora, ao Judiciário, na expectativa de que ele venha a suprir determinados serviços negligenciados pela Administração Pública.

Registre-se que o atual protagonismo do Judiciário é menos o resultado desejado por esse Poder e mais um efeito inesperado da transição para a democracia, sob a circunstância de uma reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade. E a denominada crise do

4 Dado obtido no relatório de pesquisa “Judicialização da Saúde Suplementar, Volume II, elaborado por Jordana Miranda Souza e Danielle da Silva Peres, publicado pela UNIMED/BH, em 2010, p. 25. rio da pesquisa

5 WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in *Participação e Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 128-129.

Poder Judiciário nada mais é do que a sua súbita adaptação à feição contemporânea da sociedade brasileira, sem estar equipado material, conceitual e doutrinariamente para dar conta da carga de novos problemas que a sociedade passou a lhe apresentar⁶.

Não bastasse isso, na questão específica da proteção à saúde, “o Brasil mantém um intrincado e gigantesco sistema de prestação de serviços de saúde, direcionado à prestação universal e gratuita de serviços de assistência”⁷, que envolve todos os Estados da federação, os quais devem atuar articuladamente. O Sistema Único de Saúde, embora tenha representado grande avanço na assistência à população, não tem a eficácia desejada, “notadamente em razão das características socioeconômicas brasileiras, em que avultam impressionantes desigualdades sociais e regionais, e da grandeza do espaço geográfico a ser coberto”⁸, bem assim a existência de órgãos com atividades concorrentes ou complementares.

Assim, são notórias as “falhas no serviço de saúde, de insuficiência de quadro médico, de baixa qualificação do serviços em geral, de carências materiais elementares, de superlotação de equipamentos públicos de saúde”⁹, de terceirização de mão-de-obra, fragilidade dos programas de prevenção de doenças, falta de medicamentos, etc.

Some-se a tudo os incalculáveis pontos de atrito que podem ser gerados nas relações contratuais entre o consumidor e as operadoras de planos de saúde suplementar, e está delineado o cenário da absurdamente excessiva judicialização da saúde no Brasil.

Passemos à terceira questão:

3) Nesse domínio, quais são os temas objeto das demandas judiciais?

Registre-se, inicialmente, que não há dados definitivos quanto a esta questão.

6 Assim, VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 12.

7 Cf. Caúla, *op. cit.*, pp. 78-79.

8 *Ibidem*, p. 81

9 *Ibidem*, pp. 81-82

De qualquer modo, aqui é necessário fazer uma divisão entre as ações promovidas em face do Estado e aquelas ajuizadas contra os operadores de planos de saúde.

Quanto a estas últimas, ações contra as operadoras de planos de saúde, as discussões no âmbito do Fórum Nacional de Saúde do Conselho Nacional de Justiça identificou como as mais comuns as que envolvem, entre outros, os seguintes temas¹⁰:

Tema 1

Os contratos de plano de saúde antigos (antes da Lei 9.656/98) e o Direito Intertemporal

Esse é um problema recorrente e que apresenta divergência de interpretação entre o STJ e o STF, ainda não enfrentada.

O STF entende que a lei nova não se aplica aos efeitos dos contratos celebrados antes da vigência da nova lei e sim aos ocorridos a partir dela, em respeito ao ato jurídico perfeito.

Já o STJ tem aplicado a lei nova (inclusive o Estatuto do Idoso, no caso de aumento de preço por variação etária) nos contratos firmados antes da vigência dela, desde que o aumento tenha ocorrido depois.

Isso gera muitos recursos. As operadoras alegam no STJ (em sede de Recurso Especial) a violação de garantia constitucional e a corte não conhece da matéria, porque entende que é da competência do STF. A operadora então interpõe o Recurso Extraordinário e o STF não conhece da matéria porque importa em exame do contrato para saber a data da celebração do negócio e, portanto, implica em exame de prova, o que não é possível naquela Corte.

O resultado é uma insegurança jurídica que envolve mais de 7.000.000 de usuários que ainda tem contratos antigos, sem falar naqueles que foram celebrados antes do Estatuto do Idoso e depois da Lei 9.656/98.

Tema 2

Cobertura nos Casos de Urgência e Emergência

O prazo para atendimento de urgência e emergência fixado

10 Sistematização proposta pelo Juiz Luís Mário Moutinho, membro do Comitê Executivo do Fórum, encaminhada aos membros do Comitê, por mensagem eletrônica, em 16.8.12. O texto utilizado na descrição dos cinco temas selecionados correspondem, salvo acréscimos e supressões pontuais por mim promovidos, à redação original do Juiz Moutinho

na lei é de 24 horas, sem qualquer distinção. A regulamentação da ANS extrapola o limite regulamentar e coloca que no caso de emergência na segmentação hospitalar durante o prazo de carência (180 dias) o atendimento será ambulatorial, enquanto que no caso de urgência, a cobertura será integral. Como se observa, a regulamentação dada não se compatibiliza com os temas da lei e cria tratamento diferenciado para situações idênticas (urgência e emergência).

Outro aspecto nesse tema é que a regulamentação, para o atendimento ambulatorial, nas situações de urgência e emergência, durante o prazo de carência, estabeleceu um atendimento de 12 horas, quando o objetivo da lei (e deveria ser o da regulamentação) é preservar a vida, o órgão ou a função em risco, em razão da emergência ou da urgência. Não há como se estabelecer, previamente, prazo, quando menos de 12 horas, para retirar o enfermo da situação de risco.

Tema 3

Recusa de cobertura em geral

O país tem mais de 47.000.000 de usuários de planos de saúde.

O que se tem observado é que as operadoras contam com a ineficiência e limitações de aparelho estatal para coibir os abusos, fato que estimula a 'indústria' da indevida recusa de cobertura.

A ANS também não tem estrutura para fiscalizar esse gigantesco mercado e o MP tem tantas outras atribuições que esse setor fica num segundo plano.

Os demais órgãos de defesa do consumidor têm uma cultura de resolver individualmente os conflitos, o que só alimenta o ânimo das operadoras de continuar com o lucrativo comportamento de recusar indevidamente as coberturas.

A prova de tudo isso está no baixo número de ações coletivas existentes nas serventias judiciais e as poucas que existem são manejadas pela própria sociedade civil através das associações de defesa dos consumidores que, sem dúvida alguma, não estão estruturadas para a tarefa.

Acumulam-se, então, os processos sobre a mesma temática e cuja decisão final, em regra, reconhece a abusividade do comportamento das operadoras.

Tema 4

Fornecimento de órtese, prótese e endoprótese e procedimentos com robótica e vídeo

De acordo com a regulamentação da ANS, o médico assistente do consumidor deve indicar três fabricantes que forneçam as OPE, ficando a escolha para operadora e, se houver divergência entre esta e o médico assistente, um terceiro médico será convocado para desempatar a questão.

Ocorre que, frequentemente, embora o médico assistente do consumidor faça a indicação dos três fabricantes quando do pedido de liberação para cobertura da despesa, o plano a recusa, com fundamento no custo excessivo.

Quanto aos procedimentos com robótica e vídeos, o rol de procedimento é apenas a cobertura mínima, segundo as regras da ANS. Portanto, se o usuário é portador de uma enfermidade coberta pelo contrato e o procedimento não está ainda no rol, a operadora tem a obrigação de cobrir a despesa para atender ao objeto do contrato. Acontece que no caso dos procedimentos com robótica, vídeo, laser, etc., a regulação diz que só estará obrigada a cobrir aquilo que estiver explícito no rol de procedimentos. Mas aí, a enfermidade coberta pelo plano será tratada com uma técnica atrasada e invasiva, com evidente violação da lei e do contrato.

Tema 5

Indenização por Danos Morais

O comportamento ilícito das operadoras, diuturnamente reconhecido nas milhares de ações propostas pelos consumidores, demonstra existir lesão aos direitos da personalidade.

O STJ entende que o simples inadimplemento de uma cláusula contratual não induz dano moral, porém, no caso de planos de saúde a presunção é de que há dano imaterial porque o inadimplemento se refere a bem jurídico que envolve a dignidade do consumidor.

Acontece que a indenização por danos morais tem dupla função: a primeira, uma satisfação para a vítima, como forma de minorar a tristeza e angústia que foi injustamente imposta pela operadora com a indevida recusa de cobertura e, a segunda, pedagógica, para impedir, pela punição, que o ofensor, a operadora, torne a assim se comportar.

No Brasil as indenizações são pífias, de modo que resta não

atendida a segunda finalidade, o que gera um círculo vicioso.

Ainda há outros temas, menos frequentes, como recusa de cobertura por entender o médico auditor da operadora que aquele procedimento solicitado pelo médico assistente do consumidor enfermo não é o mais adequado por razões meramente econômicas, para que o profissional adote métodos mais baratos, muitos dos quais atrasados tecnologicamente, e o da cobertura de doenças e lesões preexistentes. E, ainda, a judicialização das multas aplicadas pela agência reguladora.

Já as ações contra os entes estatais podem tratar de pedidos de medicamentos e tratamentos constantes nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Estado, ou seja, na padronização estabelecida pela Política Pública de Saúde, em seus três níveis de governo, ou podem ter relação a bens e produtos excepcionais e de alto custo e outros não padronizados pela política de saúde.

No que concerne aos pedidos de tratamentos e dispensação de medicamentos previstos em lei, planos ou protocolos específicos estabelecidos pelo SUS, embora representem, talvez, a maior parte das demandas, “os problemas são meramente circunstanciais, envolvendo carências eventuais dos estoques públicos ou discussão específica de contingências pessoais”¹¹, ausência de leitos hospitalares, insuficiência de profissionais. Em tais casos, não está em discussão a obrigação estatal de atendimento e fornecimento de medicação e sim a ineficácia do próprio sistema.

Os grandes problemas são enfrentados nas ações em que se postulam tratamentos e medicamentos não previstos nas leis, nos protocolos e diretrizes das políticas públicas de saúde, todas elas fundadas na aplicação direta da Constituição. Nesses casos, sobreleva o problema de o juiz não ter informações suficientes sobre a “eficácia terapêutica dos medicamentos e tratamentos não-padronizados, se estes possuem equivalentes terapêuticos oferecidos pelos serviços públicos de saúde capazes de tratar adequadamente os cidadãos que buscam a tutela judicial, e se estes cidadãos oferecem ou não resistência terapêutica a estes medicamentos padronizados”¹². Há, ainda, o problema da utilização do judiciário para fins escusos, como o

11 Cf. Caúla, *op. cit.*, pp 23-24.

12 MARQUES, Sílvia BADIM. Judicialização do direito à saúde. Revista de Direito Sanitário, v.9, n. 2, São Paulo, julho/out. 2008. Versão eletrônica disponível em http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792008000200005. Acesso em 19.8.12.

atendimento de interesses da indústria farmacêutica e de próteses, por exemplo. Também não é desconhecida a repetição de ações, pelo mesmo cidadão, apresentadas em face da União, do Estado e do Município.

Somem-se a estas demandas aquelas envolvendo a alegação de direitos sobre testes com medicamentos, ajuizadas para evitar a comercialização de produtos genéricos, ações em que se busca prioridade na inspeção de plantas industriais para a liberação da comercialização de medicamentos, entre outras.

Acrescentaria uma terceira categoria de demandas judiciais envolvendo a tutela à saúde, todas relacionadas com o meio-ambiente de trabalho. Refiro-me aos acidentes de trabalho e doenças a ele equiparadas, que apresentam grande potencial de litigância. Primeiro, poderão gerar ações na Justiça Estadual, do trabalhador acidentado em face do órgão previdenciário. Gerarão ações na Justiça do Trabalho, em que o obreiro buscará reparação por danos morais decorrentes do acidente ou da doença. Por fim, uma vez reconhecida a culpa do empregador, poderão gerar ações de regresso do INSS contra a empresa, para ressarcimento dos recursos despendidos com o benefício previdenciário.

Acidentes de trabalho, aliás, são muito comuns nos hospitais e clínicas, seja pela falta de qualificação dos profissionais, em regra prestadores de serviços terceirizados, seja pelas excessivas jornadas de trabalho ali praticadas, bem como os inúmeros vínculos de trabalho mantidos por cada profissional. A prática de terceirização de serviços médicos, adotada nas redes pública e privada, gera extremos com a existência de hospitais sem nenhum profissional a ele formalmente vinculado, em evidente afronta às normas trabalhistas (arts. 2.º e 3.º da CLT) e mesmo à jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula 331). Quanto às jornadas excessivas, há centenas de registros no CNES de duração semanal de trabalho superior a 168 horas, que é a duração da semana inteira¹³. Tais acúmulos se dão, em regra, pelo cumprimento de escalas de 12 por 36 horas, prestadas a mais de um tomador de serviços, hipótese que afronta as disposições constitucionais e legais sobre o tema (art. 7.º XIII e 59, § 2.º, da CLT).

Semelhantes características da prestação de serviços na área de saúde, por razões evidentes, terminam produzindo frequentes erros médicos que, por sua vez, ensejam ações judiciais em que se postulam indenizações por danos materiais e morais.

Impõe-se, aqui, a resposta à quarta pergunta:

13 <http://cnes.datasus.gov.br>.

4) Quais são as críticas reiteradas às decisões judiciais nessa matéria?

Todos os aspectos acima referidos, submetidos ao Poder Judiciário, especialmente no caso de medicamentos excepcionais, abrem espaço ao ativismo judicial, que provoca uma reação de segmentos dos outros poderes e das corporações econômicas, desacostumados, uns e outros, a conviver com essa situação. Ainda que se enfatize que o Judiciário, agindo sempre por provocação do direito de ação, não sai em busca de uma ingerência em políticas públicas, programas econômicos ou planos de governo.

As críticas são generalizadas, porque as decisões, em sua esmagadora maioria, são favoráveis aos cidadãos demandantes. Por exemplo, pesquisa realizada em São Paulo, no período de 1997 a 2004, revelou que em 93,5% dos casos de pedidos de dispensação de medicamentos excepcionais, estes foram concedidos em caráter liminar e, ao final, 96,4% dos processos foram julgados procedentes e nenhum improcedente (os demais 3,6% foram extintos sem julgamento)¹⁴. Por força de decisões como estas, apenas em 2003 foram gastos R\$ 1.050.000.000,00 (um bilhão e cinquenta milhões de reais) no fornecimento de medicamentos excepcionais no país¹⁵. Há informações divulgadas de que 50% de todo o orçamento destinado à saúde no Rio Grande do Sul têm sido comprometido com a compra de medicamentos por ordem judicial¹⁶. Outro exemplo: em 2007, no Estado do Rio de Janeiro, foram gastos com os programas de assistência farmacêutica R\$ 240.621.568,00, enquanto que ao saneamento básico foram destinados apenas R\$ 102.960.276,00¹⁷.

Tais decisões judiciais são criticadas, especialmente, ao argumento de que o atendimento de tais pedidos atende aos interesses das

14 Cf. BADIM, Sílvia e DALLARI, Sueli. *Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo*. Revista Saúde Pública. V. 41, n.º 1, Universidade de São Paulo, 2007, *apud* Caúla, *op. cit.* pp. 21 e 29.

15 Cf. Caúla, *op. cit.*, p. 25

16 Cf. AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle. *Há direitos acima do orçamento?*, p. 102, *apud* Caúla, *op. cit.*, p. 132

17 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042. Acesso em 19.8.12.

classes privilegiadas, que têm maior facilidade de acesso ao Judiciário, e terminam por inviabilizar políticas públicas de saúde eficazes, uma vez que comprometem, com a entrega a poucas pessoas de atendimentos e medicamentos extremamente caros, os escassos recursos destinados à proteção à saúde de toda a população¹⁸. Enfim, o entendimento é o de que “o benefício auferido pela população [com tais decisões] é significativamente menor do que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública”¹⁹.

O percentual de êxito dos demandantes não é diferente nas ações contra as operadoras de planos de saúde.

Pesquisa encomendada pela Unimed/Belo Horizonte, publicada em 2010, e que avaliou decisões dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro, constatou que, na maioria dos acórdãos estudados, o consumidor obteve êxito em seu pedido assistencial. O percentual médio de aproveitamento do consumidor, nos quatro Tribunais de Justiça estudados nos três anos objeto de análise, foi de 86% (chegando a 94% no Rio de Janeiro). As operadoras tiveram êxito em apenas 14% dos casos²⁰.

O referido documento faz referência a inconsistências em tais julgamentos, apontando que 40% (quarenta por cento) dos acórdãos examinados não mencionaram o diagnóstico do paciente, ou seja, qual teria sido a causa motivadora da ação judicial. Em 88% (oitenta e oito por cento) dos acórdãos, a idade do consumidor não foi informada, e em 26,5% (vinte e seis vírgula cinco por cento) omitiu-se também a data em que o plano de saúde teria sido contratado²¹.

Ocorre que as recentes pesquisas de satisfação, feitas com os consumidores, como a da Data Folha, apontando que 77% dos usuários afirmaram que sofreram algum problema com o atendimento²², bem assim as duras medidas recentemente adotadas pela ANS, indicam

18 Assim, *v. g.*, Caúla e Barroso, *op. cit.*, *passim*

19 Barroso, *op. cit.*

20 *Op. cit.*, pp. 48-49

21 *Ibidem*, p. 34

22 Serviço telefônico recebe reclamação contra planos de saúde. Disponível em www.procon.pe.gov.br/noticias/ler.php?id=3251. Data de publicação: 16.8.12. Acesso em 19.8.12.

que não é sem razão que o quadro das decisões judiciais esteja assim delineado²³.

De todo modo, as críticas parecem desconsiderar que os julgadores, especialmente os de primeira instância, “deparam-se com o insuportável encargo de realizar escolhas trágicas”²⁴, muitas vezes sem o conhecimento amplo de todas as questões médicas envolvidas.

Feitas todas estas considerações, é momento de responder a última pergunta:

5) Como o Poder Judiciário tem se posicionado a respeito do problema?

Muitas são as sugestões apresentadas para a redução das demandas judiciais envolvendo a proteção à saúde. Por exemplo, o Prof. Luís Roberto Barroso²⁵ sugere, quanto ao fornecimento de medicamentos, que: no âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos; a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas e nestas a) o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; b) o Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; c) o Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; d) o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

Talvez em nenhuma outra esfera a preocupação com o excesso de demandas nesta área é maior do que no próprio Judiciário. Atento ao problema, o Conselho Nacional de Justiça instituiu, em 2010, o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde. Como providência inicial foi criado um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde. Diversas outras medidas foram tomadas em reuniões e encontros até dezembro de 2011. Em junho de 2012 o Fórum foi reestruturado, com nova composição do

23 Operadoras têm planos de saúde suspensos. Disponível em ans.gov.br. Data de publicação 10.7.12. Acesso em 19.8.12.

24 Cf. Caúla, op. cit., p. 141.

25 Op. cit., passim.

Comitê Executivo, agora formado por magistrados, representante do Ministério da Saúde, da ANS e, mais recentemente, da ANVISA.

Desde então, muitas providências foram definidas: pesquisa diagnóstica da judicialização; incorporação no rol de cobertura da ANS as decisões sumuladas ou de repercussão geral, para que os contratos das operadoras não contenham cláusulas nulas de pleno direito, evitando-se demandas judiciais futuras; fornecimento aos magistrados de informações científicas de credibilidade na área de tecnologia da saúde, por meio da incorporação, no site do CNJ, das Notas Técnicas da Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS); disponibilização, no site do CNJ, dos nomes dos conciliadores representantes das operadoras de planos de saúde, para estimular a conciliação; proposta de homologação e encaminhamento para imediata execução judicial dos acordos firmados no âmbito dos PROCON e descumpridos; obrigatoriedade de fornecimento pelas operadoras, em linguagem acessível, a razão da negativa da prestação; projeto para o combate ao encarecimento artificial dos serviços de saúde; projeto de curso de direito sanitário, para qualificação dos magistrados; elaboração de memorial sobre as competências no sistema de saúde; elaboração de manual sobre estruturação e atividades dos Comitês Estaduais do Fórum de Saúde; reunião com representantes de todos os Comitês Estaduais; programação da I Jornada sobre Direito Sanitário, a ser realizada ainda em 2012; reuniões de trabalho com representantes das operadoras de planos de saúde, com dirigentes da ANVISA, representantes dos PROCON; sugestões ao Ministério da Saúde e à ANVISA, para limitação da prática de sobrejornada e terceirização nos serviços de saúde.

O debate travado entre os atores envolvidos e o acúmulo de experiências, ao que parece, tem surtido efeitos animadores. A expectativa é a de que a ação do Fórum seja intensificada e cumpra o seu desiderato de redução da litigiosidade nessa área, com a qualificação dos magistrados, sempre na perspectiva do absoluto respeito à independência judicial, a otimização da fiscalização pelas agências reguladoras, o estímulo às ações coletivas, a construção de jurisprudência consentânea com as questões técnicas envolvidas, sem perder de vista, naturalmente, os ditames constitucionais que elevam o direito à saúde à condição de direito fundamental e consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042. Acesso em 19.8.12.

CAÚLA, César. Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil. São Paulo: Podium, 2010.

MARQUES, Sílvia BADIM. Judicialização do direito à saúde. Revista de Direito Sanitário, v.9, n. 2, São Paulo, julho/out. 2008. Versão eletrônica disponível em http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-41792008000200005. Acesso em 19.8.12.

MIRANDA, Jordana e PERES, Danielle da Silva (orgs.). *Judicialização da Saúde Suplementar*, Volume II. Belo Horizonte: UNIMED/BH, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in *Participação e Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

Serviço telefônico recebe reclamação contra planos de saúde. Disponível em www.procon.pe.gov.br/noticias/ler.php?id=3251. Data de publicação: 16.8.12. Acesso em 19.8.12.

Operadoras têm planos de saúde suspensos. Disponível em [HTTP://ans.gov.br](http://ans.gov.br). Data de publicação: 10.7.12. Acesso em 19.8.12.

3 A EXECUÇÃO TRABALHISTA NÃO SE SUBMETE AO PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO MENOS GRAVOSA – UM OLHAR CONTEMPORÂNEO PARA A EXECUÇÃO TRABALHISTA EFETIVA

Ben-Hur Silveira Claus

Juiz do Trabalho titular da Vara do Trabalho de Carazinho – RS. Mestre em direito pela Unisinos

*“ ... prevalece até hoje,
herdado do processo civil,
o princípio da execução menos onerosa:
protege-se o devedor, que comprovadamente
não tem direito (tanto assim que foi condenado)
em detrimento de quem, reconhecidamente,
está amparado por ele.”*

Wagner D. Giglio

RESUMO: O presente artigo fundamenta a proposição teórica de inaplicabilidade subsidiária do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho. Trata-se de uma proposta de superação do paradigma teórico civil de que a execução deve ser realizada pelo modo menos oneroso para o executado, condição de possibilidade para a efetividade da execução trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Efetividade da jurisdição. Execução trabalhista. Execução efetiva. Princípio da execução mais eficaz. Princípio da execução menos gravosa. Processo de resultado.

Sumário:

Introdução.

1. A execução perdeu eficácia quando passou a ser patrimonial.

2. Um princípio sob questionamento no próprio processo civil.

3. Compreendendo o princípio da execução menos gravosa no âmbito do processo civil.

4. A interpretação restritiva do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho – a evolução da doutrina justralhista.

5. É o resultado social negativo que muda o paradigma teórico.

6. A doutrina pela não aplicação do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho.

Conclusão.

Referências.

INTRODUÇÃO

Uma das mais nocivas influências do direito processual civil no direito processual do trabalho decorre da aplicação do princípio da execução menos gravosa no âmbito da execução trabalhista.

A invocação desse princípio tem servido para justificar diversas restrições que costumam ser opostas ao cumprimento das decisões judiciais; como se as decisões judiciais pudessem ter o seu cumprimento adiado por sucessivos argumentos vinculados ao invocado direito a uma execução menos onerosa para o devedor. Um estudo consequente sobre o déficit de efetividade na execução não pode ser realizado senão mediante o reconhecimento das deformações que esse princípio acarretou à cultura jurídica da execução da sentença, em especial no processo do trabalho, mas também no processo civil.

Essa questão estava presente nas cogitações de *Wagner D. Giglio* quando, em 2003, o autor identificava as causas da falta de efetividade da execução trabalhista. Depois referir que *Luigi de Litala* já alertava, no início da década de 1940, que o processo de execução era feito mais para a tutela do devedor do que do credor, o processualista paulista constata que o princípio da execução menos onerosa é uma herança do processo civil que compromete a eficácia do processo do trabalho: “... protege-se o devedor, que comprovadamente não

tem direito (tanto assim que foi condenado), em detrimento de quem, reconhecidamente, está amparado por ele”¹

Na afirmação de que a execução trabalhista não se submete ao princípio da menor gravosidade previsto no art. 620 do CPC está pressuposta uma doutrina comprometida com a efetividade da execução trabalhista, sob inspiração da garantia constitucional da jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV) e da garantia constitucional da duração razoável do processo do trabalho (CF, art. 5º, LXXVIII), ambas qualificadas pelo conteúdo ético que o princípio da proteção irradia para o direito material do trabalho numa sociedade marcada por severa desigualdade social.

Não se trata de uma postulação teórica original.

Se diversos doutrinadores sustentam seja mitigada a aplicação do princípio da execução menos onerosa, vários juristas já passaram a sustentar a inaplicabilidade do art. 620 do CPC à execução trabalhista. Essa última doutrina encontra-se, por exemplo, na obra de *José Augusto Rodrigues Pinto*.² Ao lado do jurista baiano, estão juristas de expressão: *Antônio Álvares da Silva*, *Sérgio Pinto Martins*, *Carlos Henrique Bezerra Leite*, *Cláudio Armando Couce de Menezes* e *José Carlos Külzer*, entre outros.

O presente artigo constitui um modesto aporte teórico para que façamos a execução trabalhista de forma mais eficaz. Essa preocupação sempre motivou a obra de *Wagner D. Giglio*: “Uma reforma ideal do processo trabalhista abandonaria o dogma da igualdade das partes e adotaria, na execução, o princípio da execução mais eficaz, em substituição ao da execução menos onerosa”.³

A preocupação de *Wagner D. Giglio* é a nossa inspiração.

I. A EXECUÇÃO PERDEU EFICÁCIA QUANDO PASSOU A SER PATRIMONIAL

A execução humanizou-se quando deixou de ser corporal e passou a

1 GIGLIO, Wagner D. Efetividade da execução trabalhista. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 172, p. 146, out. 2003.

2 PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 213.

3 GIGLIO, op. cit. , p. 147.

ser patrimonial. A legislação viria a consagrar a exigência da nova consciência jurídica que se formara sob a inspiração do cristianismo: já não era mais possível admitir a crueldade da execução corporal do executado, que permitia aos credores escravizar o executado, repartir seu corpo e até exigir a morte do devedor. A *Lex Poetelia*⁴ é um símbolo dessa viragem hermenêutica humanizadora.

Contudo, é inegável que a eficácia da execução diminuiu com o advento de seu novo perfil, de natureza patrimonial. Isso por que o êxito da execução passou a depender da existência de patrimônio do executado. Porém, não só da existência de patrimônio, mas também do registro desse patrimônio em nome do executado e da própria localização dos respectivos bens. Se era difícil a ocultação da pessoa de executado à época da execução corporal, bem mais fácil tornar-se-ia a ocultação de patrimônio com o advento da execução patrimonial, dando ensejo a simulações e fraudes, que ainda hoje caracterizam a execução, sobretudo nos países de sistema jurídico de *civil law*. Aliás, quando se trata de efetividade da jurisdição, é inevitável dirigir o olhar à experiência dos países do sistema jurídico de *commom law* no que respeita à eficácia lá alcançada no cumprimento das decisões judiciais.⁵

É fácil perceber que determinada perda de eficácia seria inevitável com o advento da execução de natureza patrimonial. As execuções mais eficazes sempre foram aquelas que autorizam a prisão do executado, como é o caso clássico da execução da obrigação de prestar alimentos devidos em face do direito de família. A cultura que se criou na sociedade é a de que não se pode dever alimentos. É por isto que o executado dá um jeito de pagar: para evitar a persuasiva sanção da prisão civil.

É a natureza corporal da sanção que confere eficácia à execução de alimentos. Nesses casos, a iminência da prisão civil do obrigado opera como fator de eficaz persuasão. O mesmo ocorria no caso de depositário infiel até o advento da Súmula Vinculante nº 25 do STF.⁶ A referida súmula veio a

4 Antes da *Lex Poetelia* (século V), a Lei das XII Tábuas autorizava o credor a escravizar e até matar o devedor.

5 “Convém salientar a extraordinária e temível eficácia das decisões da justiça inglesa que não podem ser ridicularizadas, não havendo nenhuma exceção a esse princípio. Os tribunais recorrem para a execução das suas decisões a verdadeiras ordens que, se não são respeitadas, são passíveis de sanções muito severas (*contempt of Court*), podendo chegar até a prisão.” (Roland Séroussi. *Introdução ao Direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2006, p. 24, grifo nosso).

6 Súmula Vinculante nº 25 do STF: “É ILÍCITA A PRISÃO CIVIL DE DEPOSITÁRIO INFIEL, QUALQUER QUE SEJA A MODALIDADE DO DEPÓSITO.”

fragilizar a autoridade jurisdicional na relação com o depositário que desrespeita o encargo de direito público que, para permanecer na posse do bem penhorado, assume perante o Poder Judiciário ao ser nomeado depositário.⁷ Se faltava argumento para remover de imediato o bem penhorado ao depósito do leiloeiro judicial, a Súmula Vinculante n° 25 do STF tornou indubitosa a necessidade da remoção do bem penhorado, sob pena de plácitar-se a conduta ilícita do depositário infiel que não apresenta o bem penhorado ao juízo.

A crueldade com a qual o credor podia tratar o devedor não encontra qualquer possibilidade de reprimenda diante da consagração dos direitos fundamentais. Contudo, uma reflexão consequente acerca da baixa efetividade da execução passa pelo reconhecimento de que o potencial de coerção na execução aumenta quando se combina a execução de natureza patrimonial, com aquela de natureza pessoal, em determinadas situações, caracterizadas quando o crédito goza de privilégio jurídico especial, como é o caso da pensão de alimentícia do direito de família e como parece deva ser também o caso do crédito trabalhista, cuja natureza alimentar é reconhecida de forma pacífica (CF, art. 100, § 1º).⁸

Neste particular, a sempre corajosa doutrina de *Ovídio A. Baptista da Silva* deve ser trazida à colação. Ao criticar a monetarização das sentenças

7 Entre os enunciados propositivos da Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho realizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – Anamatra, em novembro de 2010, em Cuiabá – MT está a proposta de revisão parcial da Súmula Vinculante n° 25 do STF nos seguintes termos: “PRISÃO POR ‘CONTEMPT OF COURT’ NO PROCESSO DO TRABALHO. PRISÃO DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL ECONOMICAMENTE CAPAZ. POSSIBILIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE REVISÃO PARCIAL DA SÚMULA VINCULANTE N° 25 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). A prisão civil do depositário judicial economicamente capaz, por estar autorizada pela norma do art. 5º, LXVI, parte final, da Constituição Federal, não se resume à mera ‘prisão civil por dívidas’. Tem natureza bifronte, consubstanciando também medida de defesa da autoridade pública e da dignidade do Poder Judiciário, à maneira de ‘contempt of court’, o que não está vedado pelo Pacto de San José da Costa Rica.”

8 BRASIL. Constituição (1988): “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º. Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto aqueles referidos no § 2º deste artigo.”

mandamentais através da multa como único instrumento de persuasão para induzir o obrigado ao cumprimento de sua obrigação, o processualista propõe o resgate da *categoria dos deveres* como forma de recuperação da autoridade de nosso sistema judiciário, identificando na ameaça de prisão do obrigado um meio próprio para exigir o cumprimento da obrigação mandamental: “A sociedade humana em que a ameaça de prisão perde a condição de meio coercitivo, capaz de induzir ao cumprimento da ordem contida na sentença, obrigando a que se recorra à multa, como único instrumento capaz de dobrar a resistência de obrigado, é uma comunidade humana individualista e mercantilizada que perdeu o respeito pelos valores mais fundamentais da convivência social, como o autorespeito e a dignidade pessoal, transformada, afinal na ‘grande sociedade’, em que o único dispositivo capaz de assegurar a observância das regras jurídicas é a sua monetarização. Submeter-se à prisão poderá, quem sabe, ser até um fato jornalístico que acabará glorificando o gesto de heroísmo e rebeldia”.⁹

Nada obstante o tema do presente artigo seja a inaplicabilidade do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho, a reflexão agora proposta serve de aporte crítico para o debate que se propõe, porquanto a aplicação do princípio da execução menos onerosa ao processo do trabalho tem contribuído para o enfraquecimento da execução trabalhista, quando o resgate da efetividade da execução reclama crescente poder de coerção jurisdicional na exigência do cumprimento das decisões judiciais trabalhistas.

2. UM PRINCÍPIO SOB QUESTIONAMENTO NO PRÓPRIO PROCESSO CIVIL

O princípio da execução menos gravosa encontra-se sob interrogação no próprio processo civil, tamanhos são os prejuízos que causa à efetividade da execução. Neste particular, a eloquente crítica que *Cândido Rangel Dinamarco* desenvolve acerca das distorções que a aplicação do art. 620 do CPC provoca na execução civil faz lembrar

9 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 200.

a afirmação do magistrado trabalhista *Marcelo Neves Fava* no sentido de que o art. 620 do CPC não pode ser lido como uma carta aberta de alforria do devedor.¹⁰ Não pode, mas tem sido assim, especialmente no processo civil, mas muitas vezes também no processo do trabalho.

O ilustre processualista civil, escrevendo após mais de trinta anos de vigência do CPC Buzaid e sob o peso da ineficácia da maior obra da Escola Processual Paulista, reconhece os prejuízos que a referida a norma do art. 620 do CPC tem causado à efetividade da execução civil, postulando a revisão da forma abusiva com que se tem invocado, compreendido e aplicado o princípio da execução menos gravosa no processo civil: “... as generosidades em face do executado não devem mascarar um descaso em relação ao dever de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver um direito insatisfeito, sob pena de afrouxamento do sistema executivo. É preciso distinguir entre o *devedor infeliz e de boa-fé*, que vai ao desastre patrimonial em razão de involuntárias circunstâncias da vida ou dos negócios (Rubens Requião), e o caloteiro *chicanista*, que se vale das formas do processo executivo e da benevolência dos juízes como instrumento a serviço de suas falcatruas. Infelizmente, essas práticas são cada vez mais freqüentes nos dias de hoje, quando raramente se vê uma execução civil chegar ao fim, com a satisfação do credor.”¹¹

Dinamarco é enfático quanto à necessidade de alterar a cultura de descumprimento das decisões judiciais no processo civil, propondo que se utilize o método mais eficaz para realizar a execução. Isso sob pena de inviabilizar-se o próprio sistema judiciário e de frustrar o compromisso constitucional de acesso à jurisdição efetiva - porquanto jurisdição efetiva pressupõe execução efetiva: “Quando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos. A regra do art. 620 não pode ser manipulada como um escudo a serviço dos maus pagadores nem como um modo de renunciar o Estado-juiz a cumprir seu dever de oferecer tutelas jurisdicionais adequadas e integrais sempre que possível. A triste realidade da execução burocrática e condescendente, que ao longo dos tempos se apresenta como um verdadeiro paraíso dos

10 FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009, p. 156.

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4, p. 63.

maus pagadores, impõe que o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil seja interpretado à luz da garantia do acesso à justiça, sob pena de fadar o sistema à ineficiência e por em risco a efetividade dessa solene promessa constitucional (CF, art. 5º, inciso XXXV).”¹²

Porém, é preciso compreender que a ineficácia da execução é herdeira da congênita baixa eficácia a que o sistema jurídico nacional tem relegado a sentença condenatória. A pesquisa de *Paulo Henrique Conti* tem a virtude de trazer luz a essa questão, permitindo identificar um antecedente histórico fundamental para a compreensão desse problema central do sistema jurídico brasileiro: “A resistência do devedor tornou-se regra, e não exceção! Na prática forense, a presunção que prevalece não é a de que a sentença deve ser cumprida pronta e imediatamente após proferida, em toda sua extensão, mas sim de que as obrigações nela contidas devem ser satisfeitas apenas após sua ‘lapidação’ pelas vias de resistência do devedor, incidentais à execução ou endoexecutivas, típicas ou atípicas.”¹³ O autor identifica no CPC de 1973 uma das fontes do enfraquecimento da autoridade da sentença. É que o CPC de 1973, a pretexto de conferir tratamento uniforme às execuções – tanto àquelas fundadas em sentença, quanto àquelas fundadas em títulos extrajudiciais –, acabou retirando eficácia da sentença condenatória, rebaixando o grau de certeza do título executivo judicial ao nível inferior de certeza reconhecido aos títulos extrajudiciais. Esse quadro de desprestígio à sentença condenatória no processo civil é confirmado pela decisiva circunstância de que a regra no processo civil é o duplo efeito conferido ao recurso de apelação (CPC, art. 520, *caput*, primeira parte). Neste contexto, o dever de colaboração das partes na execução é uma quimera, sobretudo no que diz respeito ao executado, que costuma resistir por todos os meios ao cumprimento da decisão judicial.¹⁴

As reais distorções que a aplicação do art. 620 do CPC tem

12 DINAMARCO, op. cit., p. 63.

13 CONTI, Paulo Henrique. A nova sentença condenatória: uma abordagem ideológica. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução Trabalhista – Amatra X*. 2. ed. São Paulo: LTr, p. 77.

14 FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009, p. 156. Pondera o autor: “No plano da principiologia, mais comum do que os deveres de cooperação do executado, faz-se presente a evocação do art. 620 do Código de Processo Civil, que dá ao devedor o *direito* de ter contra si a execução *menos gravosa*. Ora, o advérbio de comparação – menos – tem por pressuposto a existência de dois modos igualmente suficientes e eficazes para a realização concreta do título executivo.”

causado ao direito processual do trabalho foram objeto da reflexão científica de um dos juristas que mais tem se notabilizado pela preocupação com a efetividade da jurisdição trabalhista. *Antônio Álvares da Silva* observa que “o art. 620 do CPC não pode ser uma porta aberta à fraude e à ineficácia do comando sentencial. A lei fala que, na hipótese de existência de ‘vários modos’ pelos quais o credor possa executar a sentença, o juiz escolherá o menos gravoso. Mas é necessário que existam estes ‘vários modos’ e que eles não importem na diminuição de nenhuma medida prevista em lei para a entrega da prestação jurisdicional. Por exemplo, se a penhora tem uma ordem preferencial, e o credor deseja a penhora em dinheiro cuja existência ficou comprovada, não se há de romper com a preferência legal, porque o executado alega prejuízo pessoal, comercial ou de qualquer espécie. Ao aplicar a regra do art. 620, há que se considerar o que dispõe a regra do art. 612, de que ‘a execução se realiza no interesse do credor.’ Este é que é o verdadeiro norte da execução e vale como orientação geral dos atos que nela se devam praticar. Quem ganhou deve executar com êxito.”¹⁵

Ao lado de *Antônio Álvares da Silva*, alinha-se a doutrina *Francisco Antonio de Oliveira*. Para o jurista paulista, a reflexão que se impõe é pensar sobre os efeitos deletérios que o art. 620 do CPC produziu no âmbito do processo civil: “O processo civil extrapolou em cuidados, exigindo que a execução seja feita da forma menos gravosa, quando a execução puder ser feita por vários meios (art. 620, CPC), princípio que vem sendo deturpado por interpretações incoerentes, desmerecendo o credor.”¹⁶

3. COMPREENDENDO O PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO MENOS GRAVOSA NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL

Quando se examina o tema da execução menos gravosa para

15 SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007, p. 65-66.

16 OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

o executado no âmbito do processo civil, a primeira questão que se impõe examinar diz respeito à hierarquia dos princípios reitores da execução.

Para o objetivo do presente estudo, trata-se de cotejar o princípio da execução mais eficaz com o princípio da execução menos gravosa. Neste particular, é preciso resgatar a consideração básica de que o princípio da execução mais eficaz prevalece sobre o princípio da execução menos gravosa. Essa consideração decorre tanto de fundamento lógico quanto de fundamento axiológico. O fundamento lógico está em que a execução forçada constitui o sucedâneo do não-cumprimento espontâneo da sentença: a execução forçada somente se faz necessária porque o executado não cumpre sua obrigação espontaneamente; citado para pagar, o executado omite-se. O fundamento axiológico está em que o equilíbrio da ordem jurídica somente se restaura mediante a reparação do direito violado pelo cumprimento da obrigação estabelecida na sentença; cumprimento coercitivo, regra geral.

A superioridade hierárquica do princípio da execução mais eficaz sobre o princípio da execução menos gravosa, além de decorrer de fundamento lógico e axiológico, encontra confirmação na dimensão tópico-sistemática do ordenamento jurídico, porquanto as fontes normativas desses princípios estão localizadas em dispositivos legais hierarquizados em uma determinada estrutura normativo-sistemática, típica das codificações. Examinemos esse aspecto topológico-sistemático.

Enquanto o princípio da execução mais eficaz está implícito no preceito do art. 612 do CPC, que fixa a diretriz de que a execução realiza-se no interesse do credor, o princípio da execução menos onerosa está previsto no art. 620 do CPC. Ambos os preceitos estão localizados no capítulo que trata das disposições gerais sobre a execução. Porém, o art. 612 *precede* ao art. 620. Essa precedência tópica expressa a preeminência que o sistema normativo outorga ao credor na execução, ao estabelecer que “... realiza-se a execução no interesse do credor” (CPC, art. 612). Além disso, o art. 612 *abre* o respectivo capítulo do CPC, fixando a *regra geral* da execução: a execução realiza-se no interesse do credor.¹⁷ Já o art. 620 do CPC *encerra* o capítulo, estabelecendo uma *exceção* àquela regra geral: a execução será feita pelo modo menos

17 É intuitivo que a regra geral de que a execução realiza-se no interesse do credor deve ganhar maior densidade em se tratando de execução de título executivo judicial.

gravoso para o devedor, *quando* por vários meios o credor puder promover a execução.

A natureza excepcional da regra do art. 620 do CPC torna-se ainda mais evidente quando se atenta à diretriz hermenêutica de que o preceito exceptivo deve ser examinado à luz da regra geral. Em segundo lugar, o advérbio de tempo “*quando*” indica que a regra de exceção terá cabimento somente em determinada situação específica (e em concreto), o que exige exame casuístico para aferir a configuração da hipótese exceptiva. É preciso que seja possível, no caso concreto, realizar a execução por vários modos. E isso constitui exceção na prática, pois geralmente a execução não pode ser realizada por vários meios. Mas também é necessário que a execução seja igualmente eficaz pelos diversos modos viáveis para a sua realização, a fim de que tenha incidência o preceito excepcional do art. 620 do CPC. E isso constitui exceção na prática; é que a adoção de um determinado meio costuma tornar a execução mais eficaz. O art. 612 do CPC recomenda que se opte por esse meio mais eficaz de concretizar a execução.

Vale dizer, a incidência da regra excepcional do art. 620 do CPC tem por pressuposto a observância à regra geral da execução mais eficaz. Não se trata, portanto, de uma norma para neutralizar a regra geral da execução mais eficaz: a exceção confirma a regra, não podendo sobrepujá-la. Trata-se de uma regra que, desde que esteja assegurada a execução mais eficaz, permite que a execução seja feita por modo que seja menos gravoso para o executado no caso concreto. De acordo com a doutrina de Francisco Antonio de Oliveira, é necessário compreender que a execução trabalhista deve ser realizada no interesse do credor e não no interesse do devedor. O jurista paulista explica: “Menos gravoso não significa que, se houver duas possibilidades de cumprimento da obrigação que satisfaçam da mesma forma o credor, escolher-se-á aquela mais benéfica ao devedor. Se existirem duas formas de cumprimento, mas uma delas prejudica o credor, escolher-se-á aquela que beneficia o credor.”¹⁸

Se houver vários modos de promover a execução e todos forem eficazes na mesma medida, somente então a execução deve ser realizada pelo modo menos gravoso para o executado. Contudo, se a execução for mais eficaz quando realizada pelo modo mais gravoso para o

18 OLIVEIRA, op. cit., p. 93.

executado, tem aplicação a regra geral do art. 612 do CPC: adota-se a execução desse modo, não porque seja o mais gravoso, mas porque é o mais eficaz no caso concreto. Da mesma forma, adota-se o modo menos gravoso quando for ele o mais eficaz para a execução, não porque seja o menos gravoso, mas por ser o mais eficaz no caso concreto.

4. A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO MENOS GRAVOSA NO PROCESSO DO TRABALHO – A EVOLUÇÃO DA DOCTRINA JUSTRABALHISTA

A baixa eficácia da execução atenta contra a garantia constitucional da jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Daí a doutrina ter evoluído para postular uma nova interpretação para o princípio da execução menos gravosa. Isso porque a aplicação do art. 620 do CPC dificulta o êxito das execuções, quadro que coloca em questão a própria eficiência do Poder Judiciário.¹⁹

No processo civil, a execução tem o executado em situação de inferioridade econômica em relação ao exequente, ao passo que, no processo do trabalho, é o exequente a parte que se encontra em situação de hipossuficiência econômica em relação ao executado. A situação inverte-se. E a hermêutica não pode desconhecer os fatos em relação aos quais o direito será aplicado (LICC, art. 5º). A parte hipossuficiente não tem condições econômicas para resistir à demora processual. Vai se tornando cada vez mais vulnerável a acordos prejudiciais.

Sendo o executado a parte hipossuficiente no processo civil, compreende-se que o princípio da menor gravosidade possa socorrer-lhe eventualmente (CPC, art. 620). Porém, mesmo aí esse socorro somente se faz viável depois de assegurada a prevalência do princípio de que a execução realiza-se no interesse do credor (CPC, art. 612). Vale dizer, esse socorro está condicionado à preeminência da eficácia da execução. Nesse particular, a execução civil será realizada da forma menos gravosa somente depois de garantida a maior eficácia na sua

19 BRASIL. Constituição (1988): "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência**...".

consumação. Em outras palavras, mesmo no processo civil, sobretudo depois das referidas minirreformas legislativas, a execução realiza-se pela forma mais eficaz, independentemente de ser a forma mais ou menos gravosa. Não é a maior ou a menor gravosidade que define o modo pelo qual a execução civil realizar-se-á. A execução civil realizar-se-á pelo modo mais eficaz. Essa é a interpretação que se impõe à leitura do art. 620 do CPC após as minirreformas legislativas realizadas no processo civil. Isso porque as minirreformas legislativas reforçaram o compromisso com a efetividade da execução, o que realça a ideia de que o preceito exceptivo do art. 620 do CPC subordina-se ao princípio geral do art. 612 do CPC. A execução civil realiza-se no interesse do credor. Esse princípio preside a execução. De modo que, para a consecução da execução, o magistrado orientar-se-á pela maior eficácia do procedimento executivo.

A não aplicação do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho decorre de um fundamento sócio-econômico específico à relação jurídica de direito material do trabalho. Trata-se da natureza alimentar do crédito trabalhista. Esse elemento é decisivo, pois se cuida da tutela jurídica da própria subsistência da pessoa do trabalhador. Não se precisa sequer recordar que o interesse econômico do empregador subordina-se ao interesse de sobrevivência digna do trabalhador. Basta pensar que a execução trabalhista visa recompor, e “a posteriori”, o equilíbrio decorrente do descumprimento da legislação do trabalho já ocorrida há muito tempo. Se no processo civil, o executado costuma ostentar situação econômica de inferioridade em relação ao exequente, no processo do trabalho a situação é oposta - o exequente é a parte hipossuficiente. Daí a necessidade de tutela jurídica efetiva, sem demora.

5. É O RESULTADO SOCIAL NEGATIVO QUE MUDA O PARADIGMA TEÓRICO

Os modelos teóricos não costumam progredir por força de *insights* dos cientistas. Se a aplicação de determinado modelo teórico produz resultado social negativo, aí então o paradigma ingressa num ambiente de questionamento teórico, com vistas à produção de um resultado social aceitável. Em outras palavras, é o resultado social alcançado pelo modelo teórico adotado que interroga o paradigma científico. *Boaventura de Sousa Santos* sintetiza assim a influência decisiva que o resultado social tem na ruptura do paradigma científico: “Só a concepção pragmática da ciência

permite romper a circularidade da teoria.”²⁰

A aplicação do princípio da execução menos onerosa para o devedor é um dos fundamentos que entravam a execução trabalhista. Vale dizer, o resultado social da aplicação deste princípio tem sido manifestamente negativo para a efetividade da execução na Justiça do Trabalho. Isso porque o referido princípio tem sido invocado para justificar as principais medidas de resistência à execução trabalhista e tem sido muitas vezes acolhido em detrimento ao princípio da execução mais eficaz. O prejuízo à efetividade da jurisdição trabalhista é evidente (CLT, art. 765). Como lembra *Hermann de Araújo Hackradt*, “nenhum dano se torna maior do que o próprio desvirtuamento do conceito de Justiça Social através de um procedimento ineficaz e demorado, principalmente quando se tem em contraposição uma correlação de forças absolutamente desigual.”²¹

Esse aspecto não escapou à percepção de *Leonardo Dias Borges*. Examinando os efeitos nocivos decorrentes da aplicação do princípio da execução menos gravosa no âmbito da execução trabalhista, o jurista identifica no art. 620 do CPC uma das causas da ineficácia da jurisdição trabalhista: “Procrastinar desnecessariamente o processo, sob o falacioso argumento da ampla defesa e dos demais institutos que norteiam a execução civil, por vezes incompatíveis, em sua totalidade, com a execução trabalhista, é desumanizar o direito, bem como desconhecê-lo a origem e a finalidade”.²²

Também *Carlos Eduardo Oliveira Dias* e *Ana Paula Alvarenga Martins* perceberam os concretos efeitos deletérios que a aplicação do art. 620 do CPC no processo do trabalho tem causado à efetividade da execução trabalhista, conforme revela a realista observação respectiva:

20 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1990, p. 170: “A concepção pragmática da ciência e, portanto, da verdade do conhecimento científico parte da prática científica enquanto processo intersubjectivo que tem eficácia específica de se justificar teórica e sociologicamente pelas consequências que produz na comunidade científica e na sociedade em geral. Por isso, existe uma pertença mútua estrutural entre a verdade epistemológica e a verdade sociológica da ciência e as duas não podem ser obtidas, ou sequer pensadas, em separado. Porque só são aferíveis pela sua eficácia produtiva, são indiretas e prospectivas. Só a concepção pragmática da ciência permite romper com a circularidade da teoria.”

21 HACKRADT, Hermann de Araújo. Princípios da execução e o art. 620 do CPC. In: Castro, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. *Processo de execução: homenagem ao Ministro Francisco Fausto*. São Paulo: LTr, 2002, p. 24.

22 BORGES, Leonardo Dias. *O moderno processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997, p. 80.

“...o objetivo principal da execução é a satisfação do crédito, não podendo ser invocado o art. 620 do CPC como forma de suprimir a verdadeira efetividade do processo, transformando a execução, que seria um direito do credor, em um verdadeiro suplício.”²³ A distorcida cultura jurídica criada a partir do art. 620 do CPC tem deturpado a ideia de respeito às decisões judiciais, justificando infundados atos de resistência ao cumprimento das sentenças, de modo que resistir ao cumprimento da sentença tem se tornado um rito necessário, capaz de legitimar inúmeros incidentes – a maioria, protelatórios – destinados a eternizar as demandas. *Francisco Antonio de Oliveira*, sempre atento às conseqüências práticas da aplicação da legislação, observa que atualmente, na vigência do art. 620 do CPC, “em vez de honrar a obrigação, a empresa procrastina a execução com o uso de inúmeros expedientes processuais e aplica o dinheiro em seu capital de giro, cujo rendimento servirá para saldar a execução de forma vantajosa. Isso quando não vence o exequente pela demora e acaba por fazer um acordo vantajoso, com o pagamento de valor irrisório, depois de ganhar a ação e esperar vários anos.”²⁴

Assim compreendida a questão, a não aplicação do princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho é uma condição científica e social para a realização das garantias constitucionais da efetividade da jurisdição e da duração razoável do processo. Essa conclusão se torna ainda mais consistente diante da doutrina processual contemporânea que extrai da ordem constitucional a existência de uma garantia fundamental à tutela executiva efetiva (*Marinoni*).

Mas haveria fundamento para acolher tal conclusão? Diversos juristas vem afirmando que sim.

6.A DOCTRINA PELA NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EXECUÇÃO MENOS GRAVOSA AO PROCESSO DO TRABALHO

Se alguns juristas limitam-se a mitigar a aplicação do

23 DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; MARTINS, Ana Paula Alvarenga. *Os abusos do devedor na execução trabalhista: estudos de processo de execução*. São Paulo: LTr, 2001, p. 182.

24 OLIVEIRA, op. cit., p. 133..

princípio da execução menos gravosa no processo do trabalho, outros juristas são categóricos em sustentar a inaplicabilidade desse princípio na execução trabalhista.

Enquanto *Francisco Meton Marques de Lima* pondera que a execução “deve ser econômica, da forma menos gravosa para o executado, desde que satisfaça, de maneira mais efetiva possível, o direito do exequente”,²⁵ *Carlos Henrique Bezerra Leite* faz um resgate autêntico da autonomia do direito processual do trabalho e propõe “inverter a regra do art. 620 do CPC para construir uma nova base própria e específica do processo laboral: a execução deve ser processada de maneira menos gravosa ao credor.”²⁶

A posição de *Cláudio Armando Couce de Menezes* é semelhante àquela defendida por *Carlos Henrique Bezerra Leite*. Depois de fundamentar seu posicionamento na a condição de inferioridade econômica do trabalho, *Couce de Menezes* sustenta que “... não cabe perquirir se a execução pode ser feita de forma menos onerosa ao empregador executado. Mas, sim, como fazê-lo de maneira a torná-la mais rápida, célere e efetiva, evitando manobras de devedor destinadas a impedir ou protelar a satisfação do crédito obreiro.”²⁷

Para *José Augusto Rodrigues Pinto* a aplicação do princípio da execução menos gravosa ao processo do trabalho não passa pelo crivo do art. 769 da CLT. Entende o jurista que não se faz presente no caso o requisito da compatibilidade do art. 620 do CPC com os princípios do direito processual do trabalho.

A consistência da fundamentação justifica a reprodução integral do argumento: “Refleta-se imediatamente sobre o pressuposto da *compatibilidade*, fixado no art. 769 da CLT para autorizar a aplicação supletiva da norma de processo comum ao sistema processual trabalhista. O art. 620 do CPC é, evidentemente, *tutelar do interesse do devedor*, exposto à violência da constrição. A tutela é bastante compreensível dentro de um sistema processual que navega em águas de

25 LIMA, Francisco Meton Marques de. *Manual sintético de processo e execução do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 142.

26 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 977.

27 MENEZES, Cláudio Armando Couce de. *Teoria geral do processo e a execução trabalhista*. São Paulo: LTr, 2003, p. 171.

interesse processuais caracteristicamente privados, porque oriundos de relação de direito material subordinada à ideia da *igualdade jurídica e da autonomia da vontade*. O sistema processual trabalhista flutua num universo dominado pela prevalência da *tutela do hipossuficiente econômico*, que se apresenta como *credor da execução trabalhista*. Em face da evidente *oposição de pressupostos*, sustentamos que, *em princípio, o art. 620 do CPC não pode suprir a omissão legal trabalhista*, por ser incompatível com a filosofia tutelar do economicamente fraco, que lhe dá caráter. Sua aplicação coloca em confronto a proteção do interesse econômico do devedor (a empresa) e o direito alimentar do credor (o empregado), a cujo respeito não pode haver hesitação de posicionamento do juiz do trabalho ao lado do empregado.”²⁸

A incompatibilidade do art. 620 do CPC com o direito processual do trabalho também é identificada por *José Carlos Külzer*. Para o autor, o princípio da proteção deve ser aplicado também na fase de execução, “... não podendo assim ser transposta para o Processo do Trabalho, pura e simplesmente, a recomendação do art. 620 do Código de Processo Civil de que a execução se processo pelo modo menos gravoso ao devedor, sem ser considerado que tal regra tem como pressuposto a igualdade das partes na fase de conhecimento, o que não acontece, no entanto, no Direito do Trabalho.”²⁹

O aperfeiçoamento do processo do trabalho postulado por *Wagner D. Giglio* tem em *Sérgio Pinto Martins* um de seus mais lúcidos defensores “Na execução trabalhista deveria ser abandonado o princípio da execução menos onerosa para o devedor (art. 620 do CPC), para a mais eficiente e rápida, mas sempre prestigiando o contraditório e a ampla defesa.”³⁰

CONCLUSÃO

Uma adequada hermenêutica para a execução trabalhista tem

28 PINTO, op. cit., p. 213.

29 KÜLZER, José Carlos. *A contribuição dos princípios para a efetividade do processo de execução na Justiça do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2008, p. 39-40.

30 MARTINS, Sergio Pinto. *Novos rumos do processo do trabalho. Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 325, p. 74, jan. 2011.

como primeira fonte de direito a Constituição Federal. Mais precisamente, o ponto de partida está na garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), aqui compreendida como a concreta garantia de alcançar o pagamento do crédito trabalhista previsto na sentença. Além disso, tal pagamento deve ser realizado em prazo razoável (CF, art. 5º, LXXVIII). A imperatividade desses comandos constitucionais ganha ainda maior densidade sob o influxo do princípio jurídico da proteção, que inspira o direito material do trabalho, mas também se comunica ao direito processual do trabalho, porquanto se trata de execução de crédito de natureza alimentar a que a ordem legal confere privilégio diante de créditos de outra natureza jurídica (CTN, art. 186); mais do que isso, se trata de crédito representativo de direito fundamental (CF, art. 7º).

No esforço hermenêutico desenvolvido para dotar a jurisdição trabalhista de maior efetividade, a jurisprudência trabalhista evoluiu para afirmar que a existência de previsão legal de que a arrematação realizar-se-á pelo maior lance (CLT, art. 888, § 1º) é suficiente para afastar a aplicação subsidiária do conceito de preço vil previsto no art. 692 do CPC na execução trabalhista, por inexistência de omissão do processo do trabalho (CLT, art. 769).

Assim como a execução trabalhista ganhou efetividade ao rejeitar a aplicação subsidiária do art. 692 do CPC, é chegado o momento de evoluir para, por incompatibilidade (CLT, art. 769), rejeitar a aplicação subsidiária do art. 620 do CPC na execução trabalhista, para o resgate da vocação do processo do trabalho como processo de resultado.

A propósito de efetividade da execução, é interessante recordar a consideração com a qual *Wagner D. Giglio* inicia o texto - histórico - que fornece a epígrafe do presente artigo: “Um hipotético observador, nos últimos anos deste século, provavelmente consideraria nosso atual processo, em geral, e o trabalhista, em particular, com o espanto e a incredulidade que, hoje, nos despertam os ‘juízos de Deus’ e a Justiça Medieval. E perguntaria a si mesmo como teriam os jurisdicionados de nossos dias suportado o suplício de aguardar a solução de sua demanda por anos e anos, sem desespero ou revolta.”³¹

O recente anteprojeto de lei apresentado pelo TST ao

31 GIGLIO, op. cit., p. 146.

Congresso Nacional, para aperfeiçoar a execução trabalhista, parece ter buscado inspiração na doutrina de *Wagner D. Giglio*. Conforme inicialmente mencionado, o erudito processualista paulista afirmara: “Uma reforma ideal do processo trabalhista abandonaria o dogma da igualdade das partes e adotaria, na execução, o princípio da execução mais eficaz, em substituição ao da execução menos onerosa”.³² Desde então passaram quase dez anos. Nesse período, sobreveio a Emenda Constitucional n. 45/2004, que eleva a duração razoável do processo à condição de garantia fundamental do cidadão. O CPC foi dinamizado, para recuperar efetividade. O art. 878-D do anteprojeto do TST propõe: “Art. 878-D. Havendo mais de uma forma de cumprimento da sentença ou da execução do título extrajudicial, o juiz adotará sempre a que atenda à especificidade da tutela, à duração razoável do processo e ao interesse do credor.”³³

São ventos benfazejos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Leonardo Dias. *O moderno processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

CONTI, Paulo Henrique. A nova sentença condenatória: uma abordagem ideológica. In: SANTOS, José Aparecido dos (Coord.). *Execução Trabalhista – Amatra X. 2. ed.* São Paulo: LTr.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; MARTINS, Ana Paula Alvarenga. *Os abusos do devedor na execução trabalhista: estudos de processo de execução*. São Paulo: LTr, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4.

FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.

GIGLIO, Wagner D. Efetividade da execução trabalhista. *Revista Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, n. 172, out. 2003.

32 GIGLIO, op. cit., p. 147.

33 O anteprojeto de lei do TST foi concluído em maio de 2011. Prevê alterações na CLT, com a finalidade de dotar a execução trabalhista de maior efetividade e celeridade.

HACKRADT, Hermann de Araújo. Princípios da execução e o art. 620 do CPC. In: Castro, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de. *Processo de execução: homenagem ao Ministro Francisco Fausto*. São Paulo: LTr, 2002, p. 24.

KÜLZER, José Carlos. *A contribuição dos princípios para a efetividade do processo de execução na Justiça do Trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Manual sintético de processo e execução do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. Novos rumos do processo do trabalho. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 325, p. 74, jan. 2011.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. *Teoria geral do processo e a execução trabalhista*. São Paulo: LTr, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 2. ed. Porto: Afrontamento, 1990.

SILVA, Antônio Álvares da. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

4 A DEPRESSÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO E SUA CARACTERIZAÇÃO COMO DOENÇA LABORAL

Cristiana Marques dos Reis Guimarães

Advogada. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola Superior de Magistratura Trabalhista (Esmatra6).

RESUMO: Ensaio sobre normas de proteção no ambiente do trabalho, à luz da CF e da CLT; retrata a depressão como doença do trabalho, o nexo causal, além da responsabilidade da empresa em tais casos. O artigo demonstra que a depressão, junto com a LER/DORT, é uma doença de grande disseminação mundial. Verifica-se a necessidade de proteção do ambiente de trabalho, por ser propício ao desenvolvimento de várias patologias associadas às tarefas dos obreiros, demonstrando urgência na adoção de medidas preventivas, visando minimizar as doenças ocupacionais.

PALAVRAS-CHAVE: doenças do trabalho, depressão, trabalho

ABSTRACT: Essay about working environment protection rules, related to CF and CLT; reflects on 'depression' as a work related disease, the causality, as well as the company's responsibility in both cases. The article shows that 'depression', as well as the RSI/DORT, is a disease spread worldwide. The working environment protection is necessary in order to avoid a wide range of several illnesses related to the subjects from the workers, showing the urgency of taking preventive action aiming at minimizing occupational diseases.

I. INTRODUÇÃO

As doenças que podem ser desenvolvidas no meio ambiente de trabalho são um assunto de grande repercussão mundial, sendo mais comum encontrar entre elas: as Lesões por esforço repetitivo, conhecidas como LER, os distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho, conhecidos como DORT, e a depressão.

Devido ao fato do ambiente de trabalho ser um local propício ao desenvolvimento de tais doenças, todo homem que desempenha suas atividades profissionais em um ambiente laboral, deve ficar atento aos efeitos decorrentes da repetição de movimentos, pois independente da atividade desenvolvida, a postura é extremamente fundamental para a prevenção de doenças, tendo em vista que, executar a mesma função cotidianamente, dependendo das condições em que são realizadas, pode ser um fator de risco para o aparecimento de problemas físicos e, porque não dizer também, psíquicos.

As doenças por esforços repetitivos podem ser facilmente adquiridas em um local de trabalho que não seja dotado de mecanismos que visem evitar o desencadeamento dessas patologias, ou pelo menos neutralizar os riscos que contribuem para o seu desenvolvimento, podendo assim, atingir o trabalhador em decorrência da função exercida, por culpa ou dolo do empregador.

A depressão é conhecida como a doença do século e atinge cada vez mais um número maior de pessoas. A mesma pode ser desenvolvida no ambiente laboral devido às constantes mudanças tecnológicas, as quais todos os trabalhadores estão sujeitos, bem como obrigados à adaptação célere, juntamente com o modo de vida estressante dos grandes centros urbanos. Para tanto, é necessária a adoção de medidas preventivas por parte dos empregadores, os quais devem sempre zelar pela saúde dos obreiros a eles submetidos, procurando garantir qualidade de vida no ambiente laboral, devendo haver atuação conjunta com os empregados.

É sabido que, para a depressão ser considerada oriunda do trabalho desenvolvido pelo empregado, e este passe a fazer jus à devida indenização, é necessário que fique caracterizado o nexa causal entre a doença e o labor, uma vez que, suas causas não são de fácil detecção. Na grande maioria das vezes, para se verificar o nexa de causalidade é necessário ser realizada perícia médica por um profissional especializado na área, para que o mesmo possa investigar de maneira minuciosa a relação entre o trabalho desempenhado e a aquisição da doença depressiva.

2. AMBIENTE DE TRABALHO

Como bem descreve Sergio Pinto Martins,

Até o início do século XVIII, não havia preocupação com a saúde do trabalhador. Com o advento da Revolução industrial e de novos processos industriais – a modernização das máquinas –, começaram a surgir doenças ou acidentes decorrentes do trabalho. A partir desse momento, há necessidade de elaboração de normas para melhorar o ambiente de trabalho em seus mais diversos aspectos, de modo que o trabalhador não possa ser prejudicado com agentes nocivos a sua saúde. O direito passou a determinar certas condições mínimas que deveriam ser observadas pelo empregador, inclusive aplicando sanções para tanto e exercendo fiscalização sobre as regras determinadas.¹

Foi com a Revolução Industrial que surgiu a preocupação com a saúde dos trabalhadores, pois, até então, as atividades desenvolvidas não acarretavam prejuízos significativos aos mesmos. Como a revolução ocasionou o desenvolvimento do maquinário, com novos procedimentos de produção e inovações técnicas, começaram a aparecer novas doenças e acidentes, tendo em vista que houve consideradas transformações no modo de produção. Devido a isto, passou-se a estabelecer condições mínimas a serem observadas tanto pelo empregado, quanto pelo empregador, com a finalidade de combater as nocividades capazes de ameaçar o âmbito laboral, garantindo a salubridade do mesmo.

Com a Revolução de 1930, houve a criação do Ministério do Trabalho, percebendo-se que começou a surgir o interesse pela saúde do trabalhador, bem como pela sua segurança no ambiente laboral. Ainda neste mesmo ano, surgiram várias leis de proteção aos obreiros,

1 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 621.

as quais, em 1943, foram reunidas na Consolidação das Leis Trabalhistas, que dedica o Capítulo V do Título II, a segurança e a medicina do trabalho, estabelecendo várias exigências visando à proteção da saúde ocupacional dos trabalhadores.

No entanto, não raro, em razão da grande concorrência, pressão exercida pelos superiores hierárquicos, influência de altas e modernas tecnologias, que exigem adaptação imediata, aliado aos agentes penosos, insalubres e perigosos, o local de trabalho acaba sendo afetado por doenças físicas e psíquicas, as quais geram impactos indesejáveis na saúde do homem, bem como na sua qualidade de vida.

Além do que foi exposto, é comum nos dias atuais que a classe patronal, tendo como preocupação principal o lucro da empresa, bem como os compromissos financeiros, não realize investimentos para prevenir os acidentes nos locais de trabalho e, com isso, acabe por deixar de lado a prevenção de riscos à saúde e à vida do trabalhador não tendo como foco um ambiente em condições satisfatórias para aqueles que nele laboram diariamente.

Retrata o Procurador Regional do Trabalho Raimundo Simão de Melo:

... meio ambiente de trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca a agressão a toda a sociedade que, no final das contas, é quem custeia a previdência social...²

Sabe-se que o ambiente de trabalho é o local em que o obreiro passa a maior parte do seu dia, sendo de suma importância que seja um lugar sadio, livre de doenças, de infortúnios e bem adaptado para aqueles que nele laboram, pois é nele que desenvolvem atividades de acordo com as suas aptidões.

Convém lembrar, todavia, que não é apenas o empregador o responsável por manter um bom local de trabalho, como bem leciona Sérgio Pinto Martins:

2 MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do trabalho e a Saúde do Trabalhador**. 3º ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 27.

Os empregados devem observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções ou ordens de serviço quanto às precauções no local de trabalho, de modo a evitar acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. Devem também colaborar com a empresa na aplicação das normas de medicina e segurança do trabalho. Considerando-se falta grave do empregado quando este não observa as instruções expedidas pelo empregador, assim como não usa os equipamentos de proteção individual que lhe são fornecidos pela empresa (art.158 CLT).³

A Carta Magna de 1988, em seu art. 200, VIII, ao dispor sobre a saúde, menciona entre as suas atribuições, a competência para colaborar com a proteção do meio ambiente do trabalho, restando claro que, caso seja degradante, além de prejudicar demasiadamente a saúde do obreiro, vai de encontro ao que determina a Lei Maior.

3. NORMAS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, consagra os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;

³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24 ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 622.

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição⁴.

Percebe-se que uma pessoa que desenvolve suas atividades em local de trabalho impróprio, que seja capaz de trazer-lhe prejuízos, sejam eles imediatos ou até mesmo futuros à sua saúde, independentemente da tarefa desenvolvida, contraria o disposto no art. 1º da Carta Magna. Assim, tal situação deve ser combatida e evitada tanto pelo empregador, quanto pelos obreiros, os quais são os maiores alvos.

Com relação aos direitos fundamentais expressos no art. 1º da CF/88, os quais são os alicerces do ordenamento jurídico brasileiro, deve-se destacar a dignidade da pessoa humana, princípio de caráter absoluto.

A dignidade da pessoa humana, por ser considerada um direito fundamental, deve ser estritamente preservada e respeitada, tanto fora quanto dentro do ambiente laboral, o qual deve ser um lugar adaptado para o trabalhador que nele labora, a fim de que possa lhe proporcionar uma maior satisfação em relação a tarefa realizada.

Sabe-se, ainda, que o Estado brasileiro é capitalista, estando o desenvolvimento da economia do país intrinsecamente relacionado com o trabalho humano, isto é, com a atividade produtiva. Desta feita, conforme se depreende da leitura do caput do art. 170 da CF/1988: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”⁵, pode-se perceber que a dignidade humana é a base norteadora de toda a atividade econômica e de todos os outros princípios mencionados nos incisos do artigo em questão.

A própria Lei Maior também estatui no art. 6º os direitos

4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> – Acesso em: 30 de maio de 2012.

5BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> - Acesso em: 26 jun. 2012.

sociais, e no 7º, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Dentre os direitos sociais merecem destaque o direito à saúde e à segurança, os quais, assim como os demais, são de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, que deve sempre buscar melhorar as condições e qualidades de vida do cidadão, inclusive como trabalhador, no local da prestação do serviço.

Já quanto ao art. 7º, o mesmo se refere em seu inciso XXII, ao direito do trabalhador de ter os riscos inerentes ao trabalho reduzidos, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Estas normas precisam ser devidamente respeitadas, tanto pelo patrão quanto pelo empregado, para que possam gerar resultados satisfatórios, sendo ainda necessário, que haja fiscalização, por parte dos órgãos responsáveis, com a finalidade de verificar se as mesmas estão sendo cumpridas e postas em prática, adotando, conseqüentemente, as penalidades cabíveis, em caso de descumprimento de tais regras.

A palavra “trabalho” é vista pela *Lex Max* num sentido bastante amplo, não restrito apenas às relações existentes entre empregado e empregador, sendo o primado do trabalho abordado como a base da ordem social do Brasil, objetivando o bem estar e a justiça social, conforme se depreende da leitura do art. 193 da CF/88:

A ordem social tem como base o primado do trabalho e, como objetivo, o bem estar e a justiça sociais.⁶

Como bem sintetiza Norma Sueli Padilha:

Assim é que a Constituição considera o **trabalho** como um dos **fundamentos da República**, um valor social, ao lado da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político (art. 1º). Estabeleceu, ainda, que a ordem econômica deverá estar apoiada na **valorização do trabalho** (art. 170) e a ordem social terá como

6BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> – Acesso em: 17 jun. 2012.

base o **primado do trabalho** (art. 193). O trabalho é também considerado **um Direito Social** (art. 6º) e a educação deverá estar voltada para o desenvolvimento da pessoa e **sua qualificação para o trabalho** (art. 205). Tais disposições constitucionais nos dão conta das premissas básicas da dignificação do trabalho humano e sua primazia sobre a ordem econômica.⁷

O Título II, capítulo V da Consolidação das Leis Trabalhistas, menciona especialmente a legislação protetiva do meio ambiente do trabalho, abordando do art. 154 a 201, a segurança e medicina do trabalho.

É preciso que haja efetiva diminuição ou até mesmo neutralização dos riscos que são inerentes ao trabalho e para tanto, há órgão dotado de competência para velar pela segurança e medicina do trabalho, sendo de atribuição específica da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego (SRTE) a fiscalização e inspeção nas empresas.

O empregador, juntamente com o empregado, deve adotar medidas que sejam cabíveis para manter um local de trabalho digno e seguro para o desenvolvimento das atividades diárias, sendo necessária a atuação conjunta da classe econômica e da classe trabalhadora. A esse respeito, a CLT, nos artigos 157 e 158, destaca:

Art. 157 - Cabe às empresas: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV - facilitar o exercício da fiscalização pela

7 PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 381.

autoridade competente.

Art. 158 - Cabe aos empregados: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada:

a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;

b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa⁸

Ademais, há também as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, conhecidas como CIPAs, as quais são de composição paritária, com representante das empresas e dos empregados, tendo como objetivo principal prevenir as doenças e acidentes nos locais de trabalho.

A Norma Regulamentadora nº 06 dispõe sobre os equipamentos de proteção individual, sendo considerado EPI, todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.⁹ Segundo a CLT, no art. 166, cabe a empresa, sempre que for necessário, fornecer tais equipamentos aos empregados de forma gratuita, cabendo a estes fazer o uso correto dos mesmos, considerando-se ato faltoso a recusa injustificada do uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pelo empregador.

É interessante mencionar que não basta colocar à disposição dos trabalhadores os EPIs, na medida em que tais equipamentos não

8 < BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro – RJ, 9 de agosto de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>> - Acesso em - 8 de julho 2012.

9<[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DC56F8F012DCDAD35721F50/NR06%20\(atualizada\)%202010.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DC56F8F012DCDAD35721F50/NR06%20(atualizada)%202010.pdf)> – Dispõe sobre EPI. Acesso em: 08 jul. 2012.

eliminam por completo a nocividade contra a saúde e integridade física do empregado. É indispensável que se busque eliminar por completo ou pelo menos minimizar os riscos e infortúnios capazes de desencadear os acidentes e doenças no âmbito laboral. Nos casos em que a concessão do EPI é necessária, também tem que haver a substituição periódica dos equipamentos, para que mantenham a sua funcionalidade.

Sobre o tema tratado, o TST editou a Súmula 289, com o seguinte teor:

Súmula nº 289 do TST
 INSALUBRIDADE. ADICIONAL.
 FORNECIMENTO DO APARELHO DE
 PROTEÇÃO. EFEITO (mantida) - Res. 121/
 2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado¹⁰

4. A DEPRESSÃO COMO DOENÇA DO TRABALHO

Antonio Nunes Barbosa Filho, em sua obra *Segurança do Trabalho e Gestão Ambiental*, retrata que,

Nas últimas décadas do século XX vimos surgir relatos de afecções relacionadas às atividades laborais de duas naturezas que foram descritas como os males ocupacionais do século vindouro. Ao lado das questões relativas à saúde mental no trabalho,

10 TST. **Súmula 289**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-289>. Acesso em: 08 jul. 2012.

as então chamadas lesões por esforço repetitivo (LER) ganharam destaque na mídia em razão dos danos que acometiam certos trabalhadores...¹¹

Atualmente, a depressão juntamente com o grupo das LER/DORT são doenças de grande disseminação mundial, atingindo as mais variadas profissões, sendo exemplos de doenças do trabalho, uma vez que, podem ser adquiridas ou desencadeadas em qualquer atividade realizada, sem que, necessariamente, tenha algum vínculo direto com certa profissão.

O trabalho repetitivo, bem como o burocratizado, mascara as possibilidades de criatividade do trabalhador, tendo em vista que nada pode ser inovado. Corroborando com tal entendimento, o que dispõe o anexo da Instrução Normativa N^o 98/03 do INSS:

Há uma exigência de adequação dos trabalhadores às características organizacionais das empresas, com intensificação do trabalho e padronização dos procedimentos, impossibilitando qualquer manifestação de criatividade e flexibilidade, execução de movimentos repetitivos, ausência e impossibilidade de pausas espontâneas, necessidade de permanência em determinadas posições por tempo prolongado, exigência de informações específicas, atenção para não errar e submissão a monitoramento de cada etapa dos procedimentos, além de mobiliário, equipamentos e instrumentos que não propiciam conforto¹²

Todos os fatores que contribuem para o desencadeamento de doenças no âmbito laboral devem ser combatidos. Devem-se respeitar os limites físicos e psíquicos dos trabalhadores, buscando sempre

11 BARBOSA Filho, Antonio Nunes. **Segurança do trabalho e gestão ambiental**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 263.

12 BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC N^o 98, de 05 de dezembro de 2003. Dispõe sobre Atualização clínica das lesões por esforços repetitivos (LER) distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT). **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 10 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/imagens/paginas/38/inssdc/2003/anexos/IN-DC-98-ANEXO.htm>> Acesso em 26 jun. 2012

prevenir a ocorrência de acidentes e doenças, realizando para tanto, investimento e as devidas adequações dos obreiros ao local em que desenvolvem as suas atividades.

A depressão é a doença do século, muito mais comum do que se imagina, pois cerca de 10% a 25% das pessoas que se consultam com clínicos gerais apresentam tal patologia, estando a doença presente em todas as classes sociais, atingindo todas as idades, porém sendo mais comum entre os 20 e 40 anos, independente de ser homem ou mulher.

No ambiente laboral, o depressivo deixa de ter iniciativa para elaboração de suas tarefas diárias, perde a concentração para realizar seus trabalhos cotidianos, tem a capacidade reduzida para tomar decisões, mesmo que de suma importância, e até mesmo aquelas mais corriqueiras, mas também não menos relevante e acaba perdendo o interesse para desempenhar atividades até então realizadas com prazer e bastante satisfação. Tal fato fica extremamente claro e pode acabar gerando um isolamento daquele que apresenta a patologia e, com isso, contribuir para o desenvolvimento desta.

Segundo pesquisa do Ministério da Previdência Social, ao avaliar o número de afastamentos do trabalho, constatou-se que: “os transtornos mentais e comportamentais representaram mais de um terço dos casos entre 2000 e 2005 (percentual de 33,5%), ao lado dos distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT). As áreas profissionais mais afetadas pelos transtornos do humor são: mercado financeiro, refino de petróleo, transporte ferroviário urbano e bancos comerciais”.¹³

O agravamento ou o desencadeamento da depressão tem como um dos fatores preponderantes o estresse, aliado ao assédio moral que o trabalhador possa estar sendo submetido, lembrando que, a exposição durante a jornada de trabalho, a humilhação e constrangimento constantes, acaba gerando transtornos psicológicos, acarretando danos à saúde física, como também mental do indivíduo, o qual, muitas vezes, pode acabar se tornando incapaz para desenvolver as suas atividades laborais.

O assédio moral não é novidade, mas apenas nos últimos

13 **ESTRESSE no trabalho pode levar a depressão.** Disponível em: <<http://www.diariodasaude.com.br/news.php?article=estresse-trabalho-levar-depressao>>. Acesso em: 10 de out. 2009.

anos foi reconhecida a sua vinculação com o trabalho, a importância do seu estudo e a sua inter-relação com o aumento das doenças físicas e emocionais dos trabalhadores.

As consequências do assédio moral no âmbito laboral não são nada satisfatórias, pois se sabe que o impacto gerado sobre a saúde do homem é negativo, em razão dos desgastes e alterações que são provocados, causando também problemas para as empresas, tendo em vista que a prática do assédio moral vai de encontro à ética laboral, demonstrando um claro descompromisso ético e violando o princípio das boas relações humanas no ambiente de trabalho, sem contar a violação da dignidade da pessoa humana, contrariando o preceito constitucional que garante o meio ambiente de trabalho sadio (art. 225 da CF/1988).

O sofrimento provocado em razão dessa situação acaba atingindo o equilíbrio nos locais de trabalho, afetando a saúde física e psíquica do obreiro. Tal fato contribui com o aumento de quadros depressivos, situação que acaba comprometendo a produtividade do trabalhador e a sua própria posição no ambiente de trabalho, face à exigência das empresas de alto rendimento e qualidade no desempenho das respectivas funções.

Desta feita, para combater o assédio moral no âmbito das empresas, e consequentemente a depressão, como também as demais doenças e acidentes oriundos dos locais de trabalho e com isso, contribuir com a redução dos mesmos, é importante que haja conscientização conjunta da classe patronal e obreira, sendo necessária uma atuação compartilhada. A primeira deve atentar para as formas, programas de prevenção e respeito às normas de segurança e saúde do trabalhador, enquanto que a segunda também deve atentar para as normas de segurança e fazer valer os direitos aos quais faz jus, buscando sempre a reparação pelos danos e agressões eventualmente ocorridos nos locais de trabalho, reprimindo as condutas abusivas, para que ambas alcancem um local de trabalho sadio e higiênico.

Sabe-se que a prevenção continua sendo a melhor saída para garantir o equilíbrio no ambiente laboral e combater a prática de condutas antiéticas e antissociais, as quais são contrárias aos costumes e à boa-fé. O ato de prevenir, aliado a um conjunto de mudanças que venham a ser praticadas pelos empregados e empregadores, tornam o combate à proliferação das doenças e acidentes nos locais de trabalho mais eficaz e contribuem com o ideal de local de trabalho seguro e equilibrado para aqueles que o frequentam diariamente.

5. A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA

Nas palavras de Sebastião Geraldo de Oliveira:

O primeiro pensamento daquele que foi vítima de acidente do trabalho ou doença ocupacional é que deve procurar o INSS, em busca dos benefícios concedidos pela legislação do seguro de acidentes do trabalho. A grande maioria ignora que, além dos direitos acidentários podem ser cabíveis outras reparações devidas pelo empregador, de acordo com preceitos seculares da responsabilidade civil ¹⁴.

Muitas vezes, além da indenização cabível e assegurada pelo INSS, o trabalhador goza de outras reparações que são de competência do empregador, tendo em vista que este, não raro, se descuida dos seus deveres de contribuir com um ambiente laboral apropriado e acaba concorrendo com o desencadeamento de doenças e acidentes, seja por dolo ou culpa, por ação ou omissão, caracterizando o ilícito patronal. Isto gera o direito a reparação de natureza civil, passando o obreiro a fazer jus à indenização, garantido pela responsabilidade subjetiva, independentemente da cobertura acidentária, tendo em vista que, neste caso, a verdadeira causa do acidente não foi devido ao exercício do trabalho, e sim, exclusivamente, ao descumprimento dos deveres de competência do empregador.

A indenização que o trabalhador doente tem direito pode ser decorrente de danos morais ou materiais, sendo tal ação postulada perante o empregador. Segundo Gustavo Filipe Barbosa Garcia, entende-se por dano moral trabalhista aquele que ocorre no âmbito do contrato de trabalho, no seu bojo e em razão de sua existência, envolvendo ainda, os dois polos da relação jurídica¹⁵.

Nos dias atuais, como a ação de indenização, seja ela por danos morais ou materiais, é vista por muitos como uma máquina de

14 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. São Paulo: LTR, 2005, p. 66.

15 GARCIA, G.F.B. A depressão como doença do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v.31, n.120, p.86-94, out/dez. 2005.

dinheiro, é de suma importância que seja analisado, cautelosamente, cada caso concreto, verificando se realmente ocorreu dano, que tenha comprometido a saúde do trabalhador e mereça a referida indenização.

Destaca-se que, valor de indenização baixo, para empresas de grande porte, não serve como meio de estímulo para que as mesmas procurem melhorar a qualidade das condições de trabalho. Com a indenização não se pretende suprimir o passado e sim poder buscar meios para melhorar o futuro e punir o infrator, para que o mesmo não venha a cometer as mesmas ocorrências.

No caso da depressão, para que a mesma seja considerada como doença laboral e gere o direito a indenização, é extremamente necessário que fique configurado o nexa causal entre a doença e o trabalho realizado, para que o empregado depressivo tenha direito a receber os seus direitos previdenciários a que faz jus.

Segundo estatísticas da Previdência Social os transtornos mentais ocupam a terceira posição entre as causas de concessão de benefícios previdenciários. O levantamento dos dados aponta os ramos de atividade que apresentam mais casos de afastamento por transtornos mentais: extração de petróleo, atividades imobiliárias, transporte aéreo, captação, tratamento e distribuição de água e fabricação de produtos têxteis, levando a conclusão de que, dependendo da ocupação, os riscos aumentam. Somam-se ainda as frequentes vítimas de assaltos no local de trabalho; bancários e comerciantes também figuram entre as categorias mais afetadas pelos distúrbios mentais, além dos profissionais de ensino e policiais¹⁶.

Percebe-se que, em qualquer profissão o homem está sujeito a ser atingido por doenças físicas ou psíquicas, incluindo a depressão. No entanto, para que esta seja caracterizada como doença laboral é necessário que se analise as suas peculiaridades e a relação com o trabalho que é desempenhado pelo indivíduo.

Não custa mencionar que o acidente do trabalho ou doença ocupacional, para ser de competência da Justiça do Trabalho, deve ser originado da relação de trabalho existente entre empregado e empregador ou entre o trabalhador e o contratante, merecendo destaque, nesse sentido a Súmula Vinculante N^o 22 do STF, reconhecendo ser a competência da Justiça Obreira.

16TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente de trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. **Revista LTR**, São Paulo, v.73, n.05, p. 527-536, maio 2009.

6. CONCLUSÃO

A preocupação com o meio ambiente do trabalho se tornou mais efetiva após a Constituição Federal de 1988. A saúde do trabalhador pode sofrer diversos abalos, sendo de extrema relevância a adoção de medidas que possam tornar o ambiente de trabalho mais seguro e salubre.

Doenças como LER, DORT e depressão são cada vez mais frequentes em vários ramos, sendo necessário o melhor planejamento das atividades laborais, a adoção de mobiliário e de equipamentos que possam minimizar ou neutralizar os riscos.

Nos últimos anos foi grande o avanço nas leis sobre medicina e segurança no trabalho. A proteção do meio ambiente, nele inserido o meio ambiente do trabalho, é dever de todos, como previsto na Constituição Federal, existindo na CLT um capítulo destinado às normas de proteção à segurança e saúde do trabalhador, as quais devem ser observadas de modo conjunto por trabalhadores e empregadores.

A dignidade da pessoa humana foi estabelecida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e deve ser o núcleo central de interpretação do ordenamento jurídico.

A depressão foi reconhecida pelo Ministério da Previdência Social como doença do trabalho, sendo uma das suas causas o assédio moral no ambiente laboral. O empregador é diretamente responsável pelas ações dos que ocupam cargos de chefia e impõem aos subordinados alta carga de estresse, seja pela pressão por maior produtividade ou pela discriminação no trabalho.

O Brasil ainda necessita avançar no que respeita à prevenção de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Muitas empresas não cumprem a legislação sobre segurança e medicina no trabalho e há deficiência na fiscalização do respectivo cumprimento, face ao número reduzido de Auditores Fiscais do Trabalho.

Outro fator preocupante é que não raro, para diminuir os custos das suas atividades, as empresas mantêm quadro reduzido de empregados, exigindo dos obreiros jornada de trabalho muito além da que foi fixada pela CF/88, em seu Art. 7º, XIII, o que contribui muito para a propagação de doenças.

Percebe-se com clareza que, infelizmente, nos dias atuais existe um grande número de empregados, não só no Brasil, como em todo o mundo, acometidos de depressão, de doenças decorrentes de esforço repetitivo (LER/DORT), entre outras, o que acarreta imensa

despesa aos cofres públicos, com o pagamento de inúmeros benefícios pelo Ministério da Previdência Social. As empresas também sofrem alta carga em virtude dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. Estabelecido o nexo causal entre a doença/acidente e o trabalho e após a percepção do benefício acidentário pelo empregado, por exemplo, é assegurada a estabilidade provisória no emprego, de acordo com o art. 118 da Lei 8.213/91.

Não há dúvida de que a prevenção é o único caminho para minimizar o grave impacto socioeconômico decorrente dos acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. A redução de ambos passa pelo esforço conjunto de diversos segmentos da sociedade e, principalmente, da atuação compartilhada entre patrões e empregados.

A prevenção aliada às mudanças que devem ocorrer nas atitudes dos cidadãos e no âmbito das empresas, com o respeito às normas de segurança e medicina do trabalho, contribuirão para mudar o perfil da saúde dos trabalhadores, com profissionais mais saudáveis, satisfeitos e seguros para desenvolver as suas atividades, possibilitando que os seus empregadores conquistem os seus objetivos, mas sem prejuízo da saúde e da dignidade dos seus empregados.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA Filho, Antonio Nunes. **Segurança do trabalho e gestão ambiental**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 263.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro – RJ, 9 de agosto de 1943. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm>>.

BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 98, de 05 de dezembro de 2003. Dispõe sobre Atualização clínica das lesões por esforços repetitivos (LER) distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT). **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 10 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/imagens/paginas/38/inssdc/2003/anexos/>>

[IN-DC-98-ANEXO.htm](#)>.

ESTRESSE no trabalho pode levar a depressão.

Disponível em: <<http://www.diariodasaude.com.br/news.php?article=estresse-trabalho-levar-depressao>>.

GARCIA, G.F.B. A depressão como doença do trabalho.

Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v.31, n.120, p.86-94, out/dez. 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24 ed., São Paulo, Atlas, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do trabalho e a Saúde do Trabalhador**. 3º ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 27.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. São Paulo: LTR, 2005, p. 66.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 381.

TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente de trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. **Revista LTR**, São Paulo, v.73, n.05, p. 527-536, maio 2009.

[http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DC56F8F012DCDAD35721F50/NR06%20\(atualizada\)%202010.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812DC56F8F012DCDAD35721F50/NR06%20(atualizada)%202010.pdf)> – Dispõe sobre EPI. Acesso em: 08 jul. 2012.

TST. **Súmula 289**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-289>. Acesso em: 08 jul. 2012.

5 O CONTRATO DE TRABALHO E O NOVO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NAS ATUAIS RELAÇÕES DE TRABALHO

Rogéria Gladys Sales Guerra

Advogada. Mestre em Direito do Trabalho pela UFPE.
Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho
da UNICAP e da Faculdade Marista.

INTRODUÇÃO

O significado do trabalho foi gradativamente se modificando ao longo da história, partindo da visão de que seria um castigo restrito aos inferiores até tornar-se, nos dias atuais, um dos elementos principais para a construção da dignidade.

A evolução das relações de trabalho até chegar à pós-modernidade, com a globalização e os avanços tecnológicos permitiu, e muitas vezes, impôs sua reformulação. Além desses fatores, o desemprego também apavora o trabalhador, que muitas vezes se submete a condições desumanas de trabalho com receio de perder o emprego.

O presente artigo abordará as alterações sofridas no contrato de trabalho diante da sociedade globalizada e das novas formas de trabalho. Em seguida, estudar-se-á o poder diretivo do empregador, bem como as novas formas de subordinação jurídica nas relações contemporâneas de emprego. O texto elenca, ainda, as novas modalidades de trabalho diante da sociedade globalizada que utiliza as novas tecnologias no desempenho dessas atividades, citando como exemplo o trabalho a distância, na modalidade teletrabalho. Por fim,

os efeitos dessas novas formas de trabalho que acirraram a concorrência entre empregadores e empregados que já não conseguem mais parar de produzir e de trabalhar em determinadas situações, razão pela qual se aborda também o direito à desconexão como direito social fundamental do trabalhador.

I. A NECESSIDADE DE MUDANÇAS NO CONTRATO DE TRABALHO NA SOCIEDADE GLOBALIZADA

A definição tradicional de contrato de trabalho é de que se trata de um acordo de vontade verbal ou escrito, firmado de forma tácita ou expressa entre empregado e empregador, os quais são os sujeitos de direitos e deveres dessa relação de emprego de trato sucessivo. O empregado deve ser pessoa física ou natural e o empregador, pessoa física, jurídica ou ente despersonalizado. Aquele, de forma personalíssima, infungível e não eventual presta serviços a um tomador (empregador) com subordinação jurídica e mediante contraprestação. Referido contrato tem como características: ser de natureza privada, consensual, oneroso, sinalagmático, de trato sucessivo, de atividade, dotado de alteridade e complexo¹.

Acontece que o direito do trabalho contemporâneo, embora conservando a sua característica inicial pautado na ideia da proteção ao trabalhador, encontra-se diante de um novo cenário, onde diversos fatores influenciam o contrato de trabalho, tais como: as modificações no processo de produção de bens e prestação de serviços, o avanço tecnológico e as adaptações que se fizeram necessárias, a velocidade nas comunicações de modo a permitir o exercício de poderes da empresa a distância, o desaparecimento de algumas profissões e o surgimento de outras, o avanço do setor de serviço, dentre outros².

E uma dessas alterações é justamente a forma como as tarefas pactuadas no contrato de trabalho podem ser desempenhadas, não sendo mais obrigatório, em algumas modalidades, a presença de

1 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011, p. 489.

2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.412.

empregado na sede da empresa, pois o trabalho pode ser executado a distância (teletrabalho), até mesmo da residência do trabalhador, facilitado pelos modernos meios de comunicação que o ligam às empresas, pelo uso da Internet.

Provocando, dessa forma, alteração em um dos elementos configuradores da relação de emprego: a subordinação jurídica, que será abordada no próximo tópico. Pois o contrato de trabalho foi criado na sociedade industrial dentro da fábrica, com o operário padrão que prestava seu serviço a tempo integral.

Atualmente são inúmeros os tipos de trabalho e tantas são as situações diferentes em que o trabalho profissional é prestado³: trabalho num local permanente, trabalho nas ruas, trabalho a distância, trabalho numa fábrica, trabalho em call center, trabalho numa emissora de televisão, trabalho para produzir softwares, trabalho para consultoria, terceiro setor, trabalho científico, manutenção dos equipamentos modernos, trabalho educacional em diversas formas etc.

Diante dessa diversidade, Amauri Mascaro Nascimento⁴, considerando a natureza e a finalidade do contrato, sugere a seguinte classificação:

1) contrato de emprego a tempo pleno e duração indeterminada;

2) contratos especiais de emprego, resultado da conjugação de fatores, como a duração no tempo, a duração da jornada de trabalho e a profissão exercida pelo empregado;

3) contratos flexíveis de emprego, que são os que rompem com os padrões tradicionais;

4) contratos de formação profissional, que são os de tirocínio e de aquisição de experiência profissional;

5) contrato de trabalho sem vínculo de emprego, como o eventual, o autônomo e outros;

Quanto à forma, a maioria dos negócios jurídicos é elaborada por escrito e observa determinadas formalidades, cuja desobediência poderá ensejar a nulidade do negócio jurídico. Contudo, os contratos de trabalho são informais, à exceção de alguns, como o de

3NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.412

4 Idem, Ibidem.p.413.

aprendizagem e do atleta profissional, que obedecem a certas formalidades e em caso de descumprimento das normas, o contrato se torna nulo.

Ressalte-se que o contrato no direito contemporâneo não é pensado como os contratos clássicos de trabalho, pois está fundamentado em novas ideias que o diferenciam daquelas que correspondiam à sua função no passado. Dentre as novas ideias sobre o contrato no direito civil brasileiro, fonte subsidiária do direito do trabalho, nos termos do artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, observa-se os princípios gerais da eticidade, socialidade e operabilidade.

O primeiro princípio, da eticidade, valoriza as condutas éticas, como a boa fé objetiva, prevista no artigo 113 do Código Civil, que leva a interpretação dos contratos de acordo com o meio social que os cerca. O segundo princípio, da socialidade, tem como fundamento a função social dos contratos que exige uma nova postura do sistema produtivo com a função social da empresa, além da indicativa da prevalência do coletivo sobre o individual. E, por fim, o terceiro princípio, da operabilidade, objetiva a efetividade mediante o poder do juiz de atuar com maior amplitude diante de cláusulas gerais e de aplicar diretamente os princípios do Direito⁵.

Por fim, é importante frisar que no direito do trabalho, esses princípios têm importância maior, tendo em vista a sua finalidade social.

2. O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR E AS VÁRIAS FORMAS DE SUBORDINAÇÃO JURÍDICA NAS ATUAIS RELAÇÕES DE EMPREGO

É do empregador o poder de comandar e dirigir sua empresa, conferindo-lhe o direito de organizar e administrar as atividades empresariais, bem como comandar a prestação de serviços, e não a pessoa do trabalhador. Tais atribuições decorrem justamente do poder diretivo.

Poder de direção pode ser definido como a faculdade

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.p.359

atribuída ao empregador de determinar o modo como a atividade do empregado em decorrência do contrato de trabalho deve ser exercida. Manifesta-se mediante três formas: o poder de organização, o poder de controle sobre o trabalho e o poder disciplinar sobre o empregado.

Sendo o poder de controle o que concede ao empregador o direito de fiscalizar o trabalho do empregado – já que sendo a atividade deste subordinada –, é natural que este se submeta à direção do empregador.

Desta feita, um dos elementos mais importantes para a configuração da relação de emprego é a subordinação jurídica, esta que é facilmente identificável no trabalho convencional por meio das ordens e da fiscalização do empregador sobre o empregado⁶. Com o surgimento de novas modalidades de trabalho, e a tendência atual de organização do trabalho, este conceito não mais se mostra suficiente para abrangê-las, fazendo-se necessária sua discussão e suas transformações⁷.

Salta aos olhos que em muitas atividades comuns ao mundo pós-moderno, especialmente as realizadas fora do estabelecimento empresarial e longe dos olhos do empregador, o elemento subordinação tem sido mitigado⁸, uma vez que tal distância não permitiria o controle do empregador da mesma forma que o seria presencialmente.

Contudo, há de se observar o crescimento concomitante do fenômeno da expansão da subordinação para a proteção de trabalhadores que antes não eram considerados empregados. Lorena Vasconcelos Porto cita os trabalhadores em domicílio, altos empregados e trabalhadores intelectuais como pertencentes a uma classe em que a subordinação antes era controvertida, pois, de fato, tais trabalhadores não se distanciam tanto do empregador em matéria econômica, assunção de riscos, dentre outros fatores⁹.

6 ARRUIZZO, André Vicente Carvalho. **Aspectos relevantes do teletrabalho no ordenamento trabalhista**. Justiça do Trabalho. Porto Alegre, v.22, n.256, abr.2005. p.23-32.

7 FRAGA, Cristiano. **Subordinação estrutural: um novo paradigma para as relações de emprego**. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações. Poro Alegre, v.7, n.126, 2011. p.43-81.

8 CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**, p.180-181.

9 PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária**. São Paulo: LTr, 2009, p.48.

Arion Sayão Romita¹⁰ foi um dos primeiros juristas brasileiros a discutir a subordinação no contrato de trabalho, explicando que o conceito desta característica baseado nos critérios subjetivista e personalista, ou seja, com fundamento no poder diretivo do empregador e no dever de obediência do empregado, não mais serviria para configurar as relações de trabalho.

À época de sua obra, em 1979, tal concepção já era considerada incompleta, pois não abrangia todas as relações de trabalho, fazendo surgir a percepção de subordinação objetiva - primeiro na jurisprudência francesa, e posteriormente ganhando espaço em outras partes do mundo. Utilizando este novo critério, entende-se que “a subordinação gravita em torno da atividade”, ou seja, a atividade do empregado está integrada na organização da empresa, por intermédio do vínculo do contrato de trabalho¹¹.

Não se deve mais pensar que a subordinação do empregado se configura por sua submissão às ordens do empregador, uma vez que basta a possibilidade de este intervir no trabalho daquele para haver subordinação.

Dallegrave Neto resume de forma completa um novo conceito de trabalho subordinado como sendo aquele realizado por conta e risco alheios, sob dependência hierárquica ou forte dependência econômica e podendo ser presumido quando o serviço prestado for essencial à empresa. Explica, ainda, que na sociedade pós-industrial o trabalho subordinado assume sete importantes características: ele é “mais qualificado, polivalente, intelectual, informatizado, descentralizado, criativo e flexível¹²”.

O entendimento de que a subordinação está no vínculo da atividade com a organização da empresa evidencia que, embora ela seja suavizada em algumas modalidades de emprego, ainda se faz presente, não importando o local em que se realiza a atividade, mas sim, que ela é imprescindível para o alcance dos objetivos

10 ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: forense, 1979.p.79

11 Idem, *Ibidem*.p81-82

12 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Crise do emprego e novas modalidades de contrato de trabalho. Disponível em: <http://www.dallegrave.com.br/inf_fotos/aulas_052.ppt>. Acesso em: 21 ago. 2012.

empresariais¹³

Neste íterim, a problemática da configuração do pressuposto da subordinação em muitas das novas modalidades de trabalho, especialmente naquelas a distância, foi afastada graças ao conceito pós-moderno de subordinação. Em excelente julgado, Alice Monteiro de Barros mostra que o trabalho realizado a distância sem a vigilância direta do empregador se aproxima muito do trabalho autônomo, contudo, no momento em que se lhe exige uma produção mínima, a subordinação jurídica se comprova, caracterizando a relação de emprego¹⁴.

No caso do teletrabalho – e de outras modalidades de trabalho a distância – Lorena Porto defende que nestas modalidades não ocorreu o desaparecimento da subordinação, mas sim, uma transformação deste elemento, que se tornou mais sutil e difuso, ao que se dá o nome de “telessubordinação”¹⁵. Com base nisso, assume-se que tais modalidades estão, ao menos a princípio, abrangidas na proteção trabalhista, pois se elas contêm este elemento, por mais modificado que ele se encontre, faz-se clara a configuração da relação de emprego.

A inclusão do parágrafo único ao art. 6º da CLT fez com que a subordinação dos trabalhadores a distância, que antes era observada indiretamente por meio dos resultados, hoje possa ser percebida com maior facilidade, uma vez que os meios telemáticos de controle são equiparados ao controle direto realizado no estabelecimento empresarial, sem deixar de lado o entendimento que a atividade realizada pelo trabalhador, por si só, já demonstra sua subordinação em face do empregador.

Ainda assim, haverá situações em que o aplicador do direito terá dificuldades de encontrar a subordinação, mas, ao mesmo tempo, não considerará a relação examinada como um clássico trabalho autônomo e poderá classificar como uma das novas modalidades de trabalho.

13 PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária, São Paulo: LTr, 2009,p.88.

14 BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Recurso Ordinário n. 1012/96. 2ª Turma. Relatora: Alice Monteiro de Barros. Belo Horizonte, 4 de junho de 1996.

15 PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária, São Paulo: LTr, 2009,p.88.

A técnica do conjunto de indícios é apresentada como saída para a adequação das modalidades de trabalho que se encontram na *zone grise*, o que corrobora para a tendência de expansão da abrangência do conceito da subordinação e, conseqüentemente, do próprio Direito do Trabalho, consistente na valoração pelo juiz dos mais variados elementos comuns a uma relação de trabalho com a finalidade de observar, no caso concreto, se existe ou não a subordinação¹⁶.

Mais uma vez mostra-se forçosa a ação minuciosa do Estado ao aplicar a abrangência da proteção ao trabalhador que labora em modalidades diversas do contrato clássico de emprego, tendo em vista a quantidade recorrente de casos de fraude à lei¹⁷ propiciada pela maleabilidade de seus elementos configuradores da relação de emprego.

3. AS NOVAS MODALIDADES DE TRABALHO NA PÓS-MODERNIDADE

Dentre as mudanças sofridas nas relações de trabalho, a globalização foi uma das que ocasionaram mais impactos, tanto que alguns autores costumam denominá-la de Revolução Tecnológica ou Terceira Revolução Industrial¹⁸.

Hoje, algumas modalidades de emprego tornaram-se obsoletas e praticamente não mais se vê, pois foram substituídas por máquinas, mas, por outro lado, a globalização possibilitou a instalação de novas empresas exportadoras e importadoras, o que gera empregos e recolhe impostos para o Estado, fazendo surgir por todo o mundo modalidades inimagináveis há 50 anos.

José Affonso Dallegrave Neto, cita como efeitos dos novos contratos de trabalho decorrentes da automação e dos avanços tecnológicos os seguintes fenômenos: a descentralização da produção,

16 PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária, São Paulo: LTr, 2009, p. 48-50.

17 BRAMANTE, Ivani Contini. Teletrabalho-Teledireção ,telessubordinação e teledisposição. **Revista LTr**, São Paulo, v.76,n.4.p.391-412, abr.2012.

18 ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e internet**: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na "Era Informatizada. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004,p.107.

a fragmentação do trabalho, o convênio entre empregadores e o trabalho a distância, este último, objeto central da inovação legislativa no artigo 6º da CLT¹⁹.

Dentro do fenômeno da descentralização da produção, o ilustre autor menciona a concorrência entre empresas como resultado da globalização da economia, o que as leva à redução de custos²⁰. Para tanto, surgiram e desenvolveram-se as modalidades de terceirização e quarteirização do trabalho, agora já regulamentadas no ordenamento brasileiro.

Por meio da fragmentação do trabalho, nasceram o trabalho a tempo parcial ou *part-time job*, regulamentado no artigo 58-A da CLT; o *job-sharing*, modalidade ainda não tão presente na realidade brasileira, consistente na divisão da jornada de trabalho e do salário entre dois ou mais empregados²¹; e o trabalho intermitente, em que o empregado reveza tempo de trabalho e descanso, recebendo salário proporcional.

Em sentido contrário, a pós-modernidade trouxe também a possibilidade de um só empregado prestar serviços para mais de um empregador com a proliferação de convênios entre empresas ou mesmo entre empregadores pessoas físicas, como ocorre com o *Office-sharing*, muito comumente percebido em escritórios ou consultórios médicos, em que uma só secretária realiza o serviço para vários empregadores. Neste mesmo sentido foi editada a Súmula 129 do TST trazendo a Teoria do empregador único para os casos em que o empregado trabalha para mais de uma empresa de um mesmo grupo econômico dentro da mesma jornada²².

Por fim, Dallegrave cita o fenômeno do trabalho a distância, composto não somente, mas principalmente, pela modalidade teletrabalho,

19 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Crise do emprego e novas modalidades de contrato de trabalho. Disponível em: <http://www.dallegrave.com.br/inf_fotos/aulas_052.ppt>. Acesso em: 21 ago. 2012.

20 Idem, Ibidem.

21 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. As novas modalidades de relação de emprego surgidas na sociedade pós-industrial. **ANAMATRA**. Disponível em: <http://ww1.anamatra.org.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=19772>. Acesso em: 11 jul. 2012.

22 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Crise do emprego e novas modalidades de contrato de trabalho. Disponível em: <http://www.dallegrave.com.br/inf_fotos/aulas_052.ppt>. Acesso em: 21 ago. 2012.

ainda carente de regulamentação, mas agora expressamente previsto em nosso ordenamento trabalhista.

Com o advento da Lei 12.551/11, muito se fala em teletrabalho, pois na nova redação do art. 6º da CLT especificam-se os meios telemáticos como formas de controle e supervisão do trabalhador durante a jornada. Porém, este dispositivo não deve ser interpretado como exclusivo para o teletrabalhador que labora em *home-office*, pois os instrumentos citados não se restringem ao uso do computador ou softwares, mas a qualquer meio de comunicação a distância, influenciando, assim, muitas outras modalidades de trabalho.

Para algumas modalidades que há muito já existiam ou que surgiram nas últimas décadas, a alteração legislativa demonstra ser de suma importância. Na obra de Jorge Luiz Souto Maior²³, o autor volta sua atenção a três principais modalidades: o alto empregado, o caminhoneiro e o teletrabalhador. Já Dallegrave cita o atendente de telemarketing, a costureira, o tradutor, dentre outros.

Já é realidade a inserção de novas tecnologias nas mais diversas modalidades de trabalho, desde as mais qualificadas, que sempre contaram com meios telemáticos para sua realização, até as que exigem menor qualificação. Hoje, um motorista de táxi comunica-se com a agência por intermédio de rádio e já contam com aparelho de *GPS* em toda a frota.

Como preconiza Marcelo Oliveira Rocha, “as relações de trabalho dessa nova era estão longe de serem explicadas com base nas definições tradicionais”²⁴. Isso significa que não mais se pode afirmar com certeza que o estabelecimento da empresa é onde todos os seus empregados necessariamente realizam suas funções, com jornada de trabalho fixa e respeitando uma hierarquia²⁵.

Naturalmente, o aparecimento e a evolução das modalidades

23 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, 2003.

24 ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e internet**: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “Era Informatizada. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004,p.173.

25 GERHARDT, Roberta Coltro. Relações de emprego, internet e futuro: uma perspectiva crítica em âmbito brasileiro. São Paulo: LTr,2002. Apud ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e internet**: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “Era Informatizada. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004,p.286-287.

diferentes da relação de emprego clássica - em que o empregado realiza as funções no estabelecimento do empregador – acabou por resultar numa mitigação dos pressupostos que configuram a relação de emprego presentes nos artigos. 2º e 3º da CLT.

A subordinação jurídica do empregado para com seu empregador é o pressuposto de maior relevância na discussão acerca das novas formas de relação de emprego, uma vez que foi o mais atingido com o aparecimento das novas modalidades – estas que não se enquadram no trabalho autônomo e tampouco no subordinado clássico.

A flexibilização das características da relação de emprego, contudo, não pode resultar em sua total exterminação, pois se assim for, não se tratará mais de contrato de trabalho protegido pela CLT, o que pode estimular ainda mais às empresas praticarem fraudes trabalhistas. Neste ponto, nota-se a necessidade urgente de haver uma reforma na legislação trabalhista, a fim de que se atinja ao máximo a proteção às mais diversas formas de trabalho, numa melhor adaptação à realidade atual.

4. O DIREITO À DESCONEXÃO E SEUS EFEITOS NA VIDA DO TRABALHADOR

As exigências da globalização e o surgimento de novas formas de trabalho certamente transformaram em muito a vida do trabalhador pós-moderno. A visão sobre o trabalho modificou-se com o passar dos séculos e, com a mudança de pensamento das civilizações, o que antes era considerado como castigo, hoje se mostra essencial para a construção da dignidade humana.

O avanço tecnológico permite que a produção se dê com mais rapidez e efetividade, bem como trouxe duas situações opostas. Nesse novo cenário existem os viciados em trabalho, que muitas vezes abdicam do convívio familiar e social e outros que se sentem excluídos do mercado de trabalho.

Trata-se de um ciclo em que uma causa é a consequência da outra: os baixos salários e o desemprego fazem com que os obreiros procurem mais um trabalho, muitas vezes informal, ou realizem jornadas excessivas no mesmo emprego, surgindo uma geração de *workholics* (viciados em trabalho). Concomitantemente, os índices de desemprego aumentam porque, além da automatização do trabalho e de outros

fatores econômicos, há outras pessoas trabalhando excessivamente²⁶.

Como forma de solução para ambas as situações, surge o direito à desconexão do trabalho, abarcando diversos outros como o direito ao descanso, ao lazer e à total desvinculação do trabalho e que consiste no direito do trabalhador de se desvincular da empresa fora dos horários de trabalho, ou seja, nos momentos que se entende como de descanso²⁷.

Tudo o que envolve o direito à desconexão tem a ver com o tempo. Em um mundo globalizado, o tempo se mostra como um bem valiosíssimo e que, naturalmente, se traduz nas relações de trabalho²⁸. A criação do banco de horas é um exemplo de como a jornada de trabalho foi modificada nas últimas décadas: tendo em vista o crescente número de pedidos de horas extraordinárias, as 8 horas diárias previstas constitucionalmente foram flexibilizadas, permitindo-se que o trabalhador laborasse mais horas em um dia e compensasse em outro dia trabalhando menos.

O problema maior aparece quando a atenção é voltada às modalidades de emprego cuja subordinação é mitigada, como fora explanado anteriormente, que muitas vezes se confundem entre o trabalho subordinado e o autônomo. Elas apresentam uma maior dificuldade de desligar-se do controle da empresa. Por ser possível exercer suas atividades em qualquer lugar, o trabalhador à distância, por exemplo, encontra-se em disponibilidade contínua²⁹ e própria natureza deste tipo de atividade vai de encontro ao seu direito ao descanso, enquanto se apresenta, falaciosamente, como um modo menos rigoroso que o trabalho realizado no estabelecimento da empresa.

Explica-se: para o empregado que trabalha a distância utilizando de meios telemáticos e informatizados para comunicar-se

26 RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: O declínio inevitável dos níveis dos empregos e redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books do Brasil, 1996,p.257.

27 RESEDÁ, Salomão. **O direito à desconexão**: uma realidade no teletrabalho. Revista de Direito do Trabalho, n. 126,p.157-175,abr.2007.

28 ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e internet**: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “Era Informatizada. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004,p.288-289.

29 RESEDÁ, Salomão. **O direito à desconexão**: uma realidade no teletrabalho. Revista de Direito do Trabalho, n. 126,p.157-175,abr.2007.

com a sede ou mesmo para realizar suas atividades, a jornada mais flexível pode representar a reapropriação de horários e ritmos pelo empregador, o que resulta na exploração e informalização do trabalho³⁰. Sua consequência principal, além dos prejuízos à saúde do trabalhador, é a de que os horários de trabalho e os períodos de lazer e descanso acabam por ser misturados – o que será discutido em tópico próprio adiante.

Isso ocorre pelo fato principal de ainda não haver regulamentação específica para muitas das novas formas de trabalho no Brasil. No caso dos trabalhos a distância, uma vez configurada a relação de emprego, faz-se necessária a limitação da jornada de trabalho, afastando-se a premissa do artigo 62, I da CLT de que estas modalidades seriam incompatíveis com o controle de horários.

Diante deste fato, é fácil notar a correlação do direito à desconexão do trabalho com demais direitos fundamentais como o direito à saúde, à limitação de jornada, ao direito ao descanso, às férias e à redução dos riscos de doenças e acidentes de trabalho previstos na Constituição da República em seu artigo 7º, incisos XIII, XV, XVII e XXII.

Além destes direitos fundamentais gerais, o direito à desconexão guarda relação também com direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º da Constituição, quais sejam: o direito ao lazer, à intimidade e à vida privada.

Por fim, Christiana Oliveira³¹ apresenta ainda o direito à desconexão como arma para a inclusão social, tendo em vista que se as pessoas trabalharem menos, para manter a produção da empresa, o empregador deverá empregar mais pessoas para suprir o tempo de outro empregado. Tal solução parece utópica, porém, apresenta o direito à desconexão sob um viés de grande importância na busca de dar uma vida mais digna aos trabalhadores e também àqueles que sofrem com o desemprego.

30 ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e internet**: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “Era Informatizada”. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004, p.290.

31 OLIVEIRA, Christiana D’Arc Damasceno. Direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. **Revista LTr**, São Paulo, v.74, n.10, p. 1180-1188, out. 2010.

CONCLUSÃO

O trabalhador pós-moderno, independentemente da atividade que realize, não consegue se desvincular do trabalho, tanto porque necessita dele para sobreviver, quanto pelo fato de que o labor lhe confere a sensação de estar fazendo algo útil para a sociedade.

Tal situação é agravada quando o empregado, mesmo nos momentos reservados para descanso por lei, continua conectado ao trabalho por meio do telefone celular, e-mail ou das redes sociais, muito comum quando a atividade é realizada a distância. Tais jornadas demasiadamente extensas geram prejuízos graves à vida do trabalhador nos âmbitos familiar, social e de saúde, de modo que o direito à desconexão se mostra como de grande importância na preservação destes direitos fundamentais.

Felizmente, a tendência legislativa e jurisprudencial é no sentido de atentar para as exigências dos novos tempos sobre os trabalhadores e para o aparecimento de novas formas de contratos de trabalho, de modo a tentar regulamentá-los para que não somente o direito à desconexão incida sobre eles, mas o direito do trabalho como um todo, e, finalmente, se possa garantir sua dignidade plena.

Diante do exposto, conclui-se ser necessário rever o campo de aplicação do direito do trabalho, sobretudo as novas formas de trabalho.

REFERÊNCIAS

ARRUZZO, André Vicente Carvalho. **Aspectos Relevantes do Teletrabalho no Ordenamento Trabalhista**. Justiça do Trabalho. Porto Alegre, v.22, n. 256, abr. 2005.

BRAMANTE, Ivani Contini. Teletrabalho-Teledireção, telessubordinação e teledisposição. **Revista LTr**, São Paulo, v.76,n.4.p.391-412, abr.2012.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Recurso Ordinário n. 1012/96. 2ª Turma. Relatora: Alice Monteiro de Barros. Belo Horizonte, 4 de junho de 1996.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio universitário de direito do trabalho**, p.180-181.

Código Civil. (Organização Yussef Said Cahali). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.p.244.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Crise do emprego e novas modalidades de contrato de trabalho. In: Dallegrave Neto Advocacia Trabalhista. Desenvolvido por José Affonso Dallegrave Neto. Curitiba, 2011. Disponível em: <http://www.dallegrave.com.br/inf_fotos/aulas_052.ppt>. Acesso em: 21 ago. 2012.

_____, José Affonso. As novas modalidades de relação de emprego surgidas na sociedade pós-industrial. **ANAMATRA**. Disponível em: <http://ww1.anamatra.org.br/005/00502001.asp?ttCD_CHAVE=19772>. Acesso em: 11 jul. 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

FRAGA, Cristiano. **Subordinação estrutural**: um novo paradigma para as relações de emprego. Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações. Porto Alegre, v.7, n.126, 2011.

MANNRICH, Nelson. **Autonomia, prassubordinação e subordinação**: os diversos níveis de proteção do trabalhador e do teletrabalhador. Disponível em: <http://www.mackenzie.br>. Acesso em 17.07.2012.

MENEZES, Cláudio Armando C.de. Os novos contornos das relações de trabalho e de emprego-Direito do Trabalho e a nova competência trabalhista estabelecida pela Emenda n. 45/04. **Revista LTr**, São Paulo, v.69, n.5, mai. 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. Direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. **Revista LTr**, São Paulo, v.74, n.10, p. 1180-1188, out. 2010.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **A subordinação no contrato de trabalho**: uma releitura necessária, São Paulo: LTr, 2009.

RESEDÁ, Salomão. **O direito à desconexão**: uma realidade no teletrabalho. Revista de Direito do Trabalho, n. 126, p.157-175, abr.2007.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: O declínio inevitável dos níveis dos empregos e redução da força global de trabalho. São Paulo: Makron Books do Brasil, 1996.

ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e**

internet: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “Era Informatizada. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 23, 2003.

6 A DISPENSA INDIVIDUAL E COLETIVA NO BRASIL E NA ITÁLIA

Cláudio Jannotti da Rocha

Advogado. Doutorando e mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG

Tamara Camarano Ruhas

Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix

*“Está na luta,
no corre-corre,
no dia-a-dia.
Marmita é fria
mas se precisa ir trabalhar.*

*Essa rotina
em toda firma começa
às sete da manhã;
Patrão reclama
e manda embora
quem atrasar.”
Seu Jorge*

O presente artigo tem como objetivo realizar um estudo comparado sobre a dispensa trabalhista, tanto no âmbito individual, como no coletivo, entre o ordenamento jurídico brasileiro e o italiano.

Inicialmente deve ser destacada a importância da proteção jurídica contra a dispensa, que pode ser considerada um dos cernes do

Direito do Trabalho.

Afinal, valorizar o emprego não é somente ofertá-lo, mas também protegê-lo. De pouco ou nada adianta dar acesso ao emprego, mas não mantê-lo. Rotatividade no emprego é reflexo de desvalorização e de precarização da mão de obra, bem como, acesso a um dos piores males que a sociedade pode sofrer: o desemprego.

Quanto aos efeitos da dispensa sintetiza o Juiz Roberto Norris, na ação civil pública, autos nº 1706.2005.034.01.00-3:

O desemprego ocasiona necessariamente ao empregado a diminuição do padrão de vida; sentimento de inutilidade e de falta de reconhecimento social; perda do direito: o tempo de casa acumulado, que sempre significa mais direitos trabalhistas, é anulado. Em relação aos colegas do novo emprego, sempre será um iniciante, embora possa ser biologicamente mais velho; perda do contato de convivência com antigos companheiros de trabalho. Dificuldade de adaptação às novas condições de trabalho.

A dispensa ocasiona, pois o desemprego, e são imensos os danos psicológicos e econômicos do trabalhador desempregado. Mas, em relação ao próprio empregador, há também evidentes prejuízos. A dispensa provoca queda de produtividade, pois não se faz substituição sem adaptação do novo trabalhador. Esta pode custar tempo e serviço. A rotatividade sempre foi um mal para ambas as partes.

O interesse público também é lesado com a dispensa, o desemprego aumenta a carga do seguro social que em última análise é custeado pelo povo, desemprego é sinônimo de queda da produção que, por sua vez, acarreta a diminuição do produto interno bruto. Há uma reversão de posições: os que não trabalham gerando aumento dos encargos sociais. O ganho líquido diminui ou é eliminado e a consequência de todos estes fatores é o

aumento geral da carga tributária que por sua vez acarreta o acréscimo de todos os encargos sociais (NORRIS, 2005).

No que diz respeito à falta de proteção ao emprego, leciona Antônio Álvares da Silva:

Desproteger a relação de emprego e liberar a dispensa é desfigurar o Direito do Trabalho e esvaziar-lhe a função social, transformando-o num mero contrato, que pode ser rescindido segundo a motivação do empregador, sem qualquer consideração ao elemento social e protetor que sempre caracterizou a essência das relações de trabalho desde a revolução industrial. (SILVA, 2009, p. 652).

A vigente Constituição da República, reconhecendo o valor do trabalho, deu ao mesmo o efetivo tratamento, conforme sintetiza o Ministro do TST, Carlos Alberto Reis de Paula:

A Constituição Federal de 1988 positivou e inaugurou – alinhando-se ao que há de mais moderno na doutrina e filosofia constitucionalistas – o paradigma jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito, a exigir uma nova postura do Poder Judiciário, mais alinhada às ideias concebidas dentro de um contexto jurídico pluralista, democrático, popular e aberto. O trabalho, nessa perspectiva, constitui manifestação de personalidade, e é o instrumento pelo qual alguém passa de indivíduo a pessoa e, decorrentemente disto, a ter respeito no ambiente social em que atua. Pelo trabalho humano se produzem os bens da vida, enquanto se criam, transformam ou se adaptam os recursos naturais, para a satisfação das necessidades humanas individuais e coletivas. A agregação de valores a esses recursos propicia

o surgimento de capital. Sob essa ótica, em um regime capitalista, como o nosso, indiscutivelmente o capital e o lucro têm finalidades sociais. (PAULA, 2012, p. 533)

Sendo assim, feita essa breve análise da importância da proteção jurídica do trabalho, será realizado o estudo comparado entre Brasil e Itália.

I. A DISPENSA INDIVIDUAL

I.1 A dispensa individual brasileira

Dentre as espécies de dispensa individual trabalhista previstas no ordenamento jurídico brasileiro, duas possuem grande importância: a por justa causa (seja do empregado ou do empregador) e a sem justa causa/arbitrária¹. A dispensa por justa causa é aquela que possui um real motivo. Tanto o empregado, como o empregador, podem praticar um ato considerado como justa causa. Leciona Maurício Godinho Delgado:

É evidente que infrações podem ser cometidas tanto pelo empregado (tipos jurídicos do art. 482, CLT, por exemplo), como pelo empregador (por exemplo, tipos jurídicos do art. 483, CLT). No primeiro caso, o cometimento dá ensejo à dispensa do obreiro por justa causa; no segundo caso, autoriza a ruptura contratual por transgressão do empregador - rescisão indireta. (DELGADO, 2011, p.1183).

Portanto, para a caracterização da justa causa, é necessário que qualquer das partes pratique o ato tipificado em lei, capaz de ensejar a ruptura contratual.

¹ Somadas às espécies mencionadas, existem ainda: a cessação contratual por culpa recíproca, por extinção da empresa, por morte do empregado ou do empregador pessoa física e o pedido de demissão do empregado, que, muito embora tenham suas respectivas importâncias jurídicas, não serão objeto de estudo no presente artigo.

I.1.1 Dispensa por justa causa: Justa causa praticada pelo empregado

Pelo lado do empregado as justas causas são: recusa injustificada em cumprir as ordens de serviço destinadas à prevenção dos acidentes e enfermidades profissionais e em utilizar equipamentos de proteção individual²; recusa do ferroviário em prestar serviço extraordinário em caso de emergência³; ausência injustificada à escola ocasionando a perda do ano letivo do menor aprendiz ou desempenho insuficiente ou inadaptação aos procedimentos da aprendizagem⁴; as situações previstas no art. 482, da CLT; falta contumaz de pagamento de dívidas legalmente exigíveis, por parte do trabalhador bancário⁵; declaração falsa ou uso indevido do vale transporte⁶; manutenção da greve após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho⁷.

Praticado qualquer desses atos, estará configurada a justa causa do empregado.

Nesse caso, o empregador poderá cessar o contrato de trabalho por justa causa. A despedida individual justifica-se por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por sua inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa. (ALMEIDA, 2009, p. 338).

Ocorrendo uma dispensa por justa causa, o empregado fará jus em receber somente as verbas já vencidas, como saldo salarial e férias vencidas, devendo ser dada baixa na CTPS e entregue o TRCT com referência ao tipo de dispensa.

I.1.2 Justa causa praticada pelo empregador

Assim como o contrato de emprego pode ser cessado por práticas do empregado, também pode ser cessado por atitudes do

2 Art. 158, da CLT.

3 Art. 240, parágrafo único, da CLT.

4 Art. 433, II, e III, da CLT.

5 Art. 508, da CLT.

6 Decreto n. 95.247, de 1987.

7 Arts. 14 e 15 da Lei n. 7.783 de 1989.

empregador, nos remetendo a um velho dito popular: “*vento que venta lá, venta cá!*”

O artigo que regulamenta a justa causa empresarial é o 483 da CLT, que preceitua as hipóteses que caracterizam essa espécie de cessação contratual.

Ocorrendo a cessação contratual trabalhista por culpa do empregador, o empregado fará *jus* a receber aviso prévio (e sua projeção); 13º salário proporcional; férias proporcionais, com 1/3 (bem com as simples e em dobro); liberação do FGTS com acréscimo de 40% (a título de indenização)⁸.

O empregador deverá ainda emitir as guias CD/SD, sob pena do pagamento de uma indenização ao trabalhador pela frustração no recebimento do seguro-desemprego (Súmula 389 do TST). Esta situação é popularmente conhecida como rescisão indireta.

Pois bem, estudadas as dispensas por justa causa do empregado e do empregador, será analisado no tópico seguinte o seu lado oposto, isto é, a dispensa sem justa causa.

1.1.3 Dispensa sem justa causa

Essa modalidade ocorre quando o empregador rescinde o contrato de trabalho sem possuir um justo motivo, ou seja, através de mera manifestação volitiva unilateral. O Código Civil permitiria o tratamento da dispensa arbitrária como aquela fundada no exercício abusivo do direito: ato ilícito.

A dispensa arbitrária é sinônima da dispensa sem justa causa, pois ocorre quando não existe uma justa causa, consistindo em um ato voluntário, unilateral e arbitrário do empregador.

Quem pratica a dispensa arbitrária comete um ato ilícito, e, como corolário, tem a obrigação de indenizar o prejudicado. É o que preceitua o inciso I do art. 7º da CR/88.

Conforme se colhe do inciso acima mencionado, o trabalhador é protegido contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa nos termos de lei complementar. Mas, até a presente data, essa norma não foi regulamentada, prevalecendo, de maneira provisória, o artigo

8 Ocorrendo essa modalidade de cessação no período de 30 dias anterior à data-base (contando para esse fim o prazo do aviso prévio), deverá ser paga a indenização adicional prevista na Súmula 182 do TST.

10 do ADCT, o qual prevê a multa de 40% sobre os depósitos do FGTS⁹ como indenização. Portanto, a indenização que o trabalhador tem direito é somente a multa de 40% do correto valor do FGTS. Sendo assim, ocorrida uma dispensa arbitrária no curso de um contrato por prazo indeterminado, o trabalhador tem direito a receber: aviso prévio¹⁰; 13º salário proporcional; férias proporcionais, com 1/3 (bem com as simples e em dobro); liberação do FGTS com acréscimo de 40% (a título de indenização)¹¹.

Portanto, os efeitos da dispensa sem justa causa, são os mesmos da rescisão indireta. Feito o estudo sobre a dispensa individual trabalhista, será abordada no tópico seguinte a dispensa individual italiana.

1.2 Dispensa individual italiana

O ordenamento jurídico italiano prevê tanto através do Código Civil (que arrola as possibilidades de justa causa), como pela Lei n. 604/66 (em seu artigo 3º, que estabelece as hipóteses de justificado motivo objetivo ou subjetivo), as espécies de cessação contratual.

Quanto à proteção jurídica contra a dispensa arbitrária no direito do trabalho italiano, ensina Lorena Vasconcelos Porto:

A ordem jurídica italiana estabelece diversos limites, formais e substanciais, à dispensa do trabalhador. A regra-geral é a de que o obreiro contratado por prazo indeterminado somente

9 Destaca-se que ADCT significa Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tratando-se, portanto, de um ato do legislador constituinte de caráter provisório, criado para suprir temporariamente uma omissão em 1988. Mas, pelo que se percebe, o que era para ser transitório está se tornando definitivo e defasado, perdendo até mesmo seu caráter teleológico, não sendo capaz de proteger em nada o empregado no ano de 2011.

10 Cabe destacar que será nula essa modalidade de dispensa quando feita contra aqueles trabalhadores com seus contratos de emprego suspensos ou interrompidos, ou então detentores de estabilidade provisória. A não observância dessas situações causará a nulidade desses atos, acarretando assim, o pagamento de indenização correlata ou a reintegração (que no Brasil não vem sendo aplicada).

11 Ocorrendo essa modalidade de cessação no período de 30 dias anterior à data-base (contando para esse fim o prazo do aviso prévio), deverá ser paga a indenização adicional prevista na Súmula 182 do TST.

pode ser dispensado se houver praticado uma justa causa ou se estiver presente um justificado motivo (objetivo ou subjetivo), consoante o art. 1º da Lei n. 604/66. (PORTO, 2010).

Portanto, caso a dispensa ocorra sem justa causa, o empregado tem direito à reintegração.

1.2.1 Tratamento ofertado pelo Código Civil

O Código Civil da Itália, no parágrafo 1º do art. 2.118, preceitua que é devido o pagamento do aviso prévio quando qualquer das partes desejar rescindir o contrato de trabalho sem justa causa. O aviso prévio deve ocorrer de forma escrita e assinada.

Já o parágrafo 2º do mesmo artigo prevê que, não sendo concedido o aviso prévio, deverá a parte violadora pagar indenização substitutiva.

No caso de morte do empregado, o empregador também deverá pagar o aviso prévio, conforme preceitua o parágrafo 3º do art. 2.118.

O art. 2.121 regulamenta o aviso prévio, prevendo que ele será calculado com base no salário fixo, comissões, prêmios, participação nos lucros, alimentação e hospedagem e qualquer outra verba que receba, desde que paga com habitualidade, salvo as parcelas de reembolso de despesas.

O valor das comissões, prêmios e participações nos lucros será calculado com base na média dos últimos três anos ou, na hipótese de o período do pacto laboral ser menor do que esse prazo, será calculado com base em sua integralidade.

A dispensa por justa causa está prevista no art. 2.119, o qual estabelece que, sendo o contrato por prazo determinado, é lícito a qualquer das partes rescindi-lo antes do termo final, ou, caso seja por prazo indeterminado, é permitido cassá-lo sem o cumprimento do aviso prévio, desde que a outra parte tenha praticado ato capaz o suficiente de afetar, ainda que provisoriamente, a continuidade da relação de emprego. Ou seja, justa causa no direito italiano é a perda da confiança de uma parte na outra, ainda que temporariamente.

Acerca das práticas que podem ser consideradas justa causa, leciona Nelson Mannrich: “São considerados como justa causa os fatos penalmente relevantes e os que abalam a confiança inerente à relação

de trabalho, independente de previsão anterior em contrato coletivo.” (MANNRICH, 2000, p. 49).

O mesmo autor ressalta, ainda, que os fatos penalmente relevantes podem ser: “o dano voluntário às instalações ou aos materiais da empresa, o furto, as injúrias graves, as ameaças ou violências contra o empregador ou outros trabalhadores” (MANNRICH, 2000, p. 49), enquanto que podem ser considerados fatos que abalam a confiança da relação empregatícia; “a insubordinação grave, a repetida desobediência, a violação do sigilo ou do segredo profissional”. (MANNRICH, 2000, p. 49).

Caso o empregado venha a cometer justa causa, deverá pagar ao empregador uma indenização de valor equivalente ao aviso prévio.

A falência ou a liquidação judicial do empregador não constituem justa causa empresarial.

O art. 2.120 do Código Civil estabelece que o empregado possui o direito de receber uma indenização pela cessação contratual. Importante destacar que esse artigo não tipifica em qual modalidade de cessação a indenização deve ser paga, de modo que se entende que ela é devida inclusive na dispensa com justa causa.

O valor da indenização é calculado com base no tempo do pacto laboral, somando-se o que o trabalhador recebeu ao longo de um ano e dividindo-se o resultado por 13,5. O valor apurado em cada ano de trabalho é somado aos outros anos, alcançando-se, assim, o valor da indenização.

No cálculo dessa indenização, para que seja considerado um mês de trabalho é necessário que o trabalhador tenha laborado pelo menos 15 dias nesse mês¹².

Em caso de morte do empregado, o empregador deverá pagar as indenizações previstas nos arts. 2.118 e 2.120, do Código Civil, ao cônjuge, aos filhos, aos parentes até o terceiro grau e aos afins até o segundo grau, caso estes estejam sob a dependência econômica do trabalhador¹³. Caso não haja acordo entre as pessoas

12 O salário anual para os fins da indenização prevista no art. 2.120, do Código Civil Italiano, abrange todos os valores recebidos pelo empregado, incluindo o equivalente das prestações em espécie, pagos em função da relação de emprego, sem qualquer exceção, salvo o valor pago a título de reembolso de despesas.

13 Parágrafo 1º, do art. 2.121, do Código Civil Italiano.

previstas, a indenização será dividida conforme a necessidade de cada um.

Na falta das pessoas indicadas, as indenizações serão atribuídas segundo a ordem da sucessão legítima (art. 565 do Código Civil).

É nulo qualquer acordo, pactuado antes da morte do empregado, que regulamente o pagamento ou recebimento das indenizações previstas nos art. 2.118 e 2.120 do Código Civil.

Feita a rescisão contratual, caso não seja obrigatória a baixa na Carteira de Trabalho, o empregador deverá emitir ao trabalhador um certificado, indicando o tempo do pacto laboral e a função exercida pelo mesmo.

1.2.2 Tratamento ofertado pela Lei n. 604/66

A primeira hipótese prevista no art. 3º da Lei n. 604/66 é a dispensa por justificado motivo subjetivo que se diferencia da justa causa prevista no Código Civil no critério quantitativo. Ou seja, enquanto a justa causa é caracterizada por um ato grave, capaz de ensejar a imediata rescisão contratual, a dispensa justificada por motivo subjetivo é caracterizada por um ato de menor gravidade e, para ser capaz de gerar a cessação contratual, é necessária a conversão via judicial em justificação motivada. Um exemplo dessa modalidade é o empregado que tem rendimento constantemente aquém de todos os demais trabalhadores.

O dever legal de comprovar o justificado motivo é do empregador, conforme prevê o art. 5º da Lei n. 604/66.

Lado outro, a segunda espécie de cessação contratual prevista no art. 3º da Lei n. 604/66 é a dispensa por justificado motivo objetivo, ou seja, por razões inerentes à atividade produtiva, à organização do trabalho e ao regular funcionamento da empresa.

1.2.3 Dispensa sem justa causa

O ordenamento jurídico italiano, em regra, não permite a dispensa sem justa causa ou sem um justificado motivo (objetivo ou subjetivo).

O empregador que pretende realizar uma dispensa individual sem justa causa ou sem justificado motivo deverá informar ao empregado por escrito e assinado acerca de sua pretensão

(aviso prévio), sob pena de invalidade da dispensa¹⁴. Nessa ocasião, o trabalhador possui o direito de requerer (no prazo de 15 dias, contados do recebimento da comunicação) do empregador o motivo de sua dispensa, que por seu turno possui o prazo de 7 dias para responder.

Com essa informação, o empregado pode ingressar em Juízo para comprovar que sua dispensa foi sem justo motivo e requerer os efeitos da dispensa ilícita, que são divididos em dois regimes.

Quanto ao primeiro regime, leciona Lorena Vasconcelos Porto:

O primeiro, denominado tutela obrigatória, aplica-se aos obreiros que trabalham para empresas de menor dimensão (esta é calculada com base no número de empregados) e para empregadores não empresários, que desenvolvam atividades de natureza política, sindical, cultural, educativa ou religiosa, denominados “organizações de tendência” (arts. 2º e 4º, §1º, da Lei n. 108/90). Nesse regime, caso se comprove ter sido a dispensa imotivada, o empregador pode optar entre readmitir o empregado ou pagar-lhe uma indenização, cujo valor varia entre 2,5 e 6 vezes o *quantum* da última remuneração do obreiro - art. 8º da Lei n. 604/66. (PORTO, 2010).

E quanto ao segundo regime, ensina:

O segundo, denominado tutela real ou forte, abrange os empregadores de maior dimensão (art. 18 da Lei n. 300/70 - Estatuto dos Trabalhadores - com a nova redação conferida pela Lei n. 108/90). A dispensa imotivada gera para o empregador o dever de reintegrar o empregado em seu posto de trabalho, além de indenizá-lo pelos prejuízos sofridos, no valor de toda a remuneração devida desde a data da dispensa até o momento da efetiva

14 ITÁLIA. Lei n. 604 de 15 de julho de 1966. Dispõe sobre os despedimentos individuais. Diário Oficial da República, 06 ago. 1966. Art 2º, §3º.

reintegração. (PORTO, 2010).

Tendo-se analisado a dispensa individual e seus efeitos no Brasil e na Itália, passa-se a ao estudo no tópico seguinte da dispensa coletiva nesses dois países.

2. A DISPENSA COLETIVA

2.1 A dispensa coletiva brasileira

Quanto à regulamentação da dispensa coletiva, o ordenamento jurídico brasileiro é omissivo. Ou seja, no Brasil inexistente norma que regulamenta a dispensa coletiva. Quanto a tal fato, leciona Nelson Mannrich:

O Brasil, ao contrário de outros países, ainda não introduziu regras para disciplinar a dispensa coletiva. É incontestável a importância do tema em outras legislações, inclusive no Direito Comunitário e no próprio Direito Internacional. (MANNRICH, 2000, p. 13).

No mesmo sentido direciona o Ministro do TST, Carlos Alberto Reis de Paula: “Afinal, o que é uma dispensa coletiva? A nossa legislação permanece silente”. (PAULA, 2012, pag. 532).

E ainda Amauri Mascaro Nascimento:

Faltam, em nossa lei, mecanismos utilizados em outros países como a previsão de dispensas coletivas por motivos econômicos. Nosso direito só se ocupa de dois tipos de dispensas, como justa causa e sem justa causa, hipóteses completamente diferentes e que, portanto, deveriam ter efeitos bem diferentes. (NASCIMENTO, 2009, p.16).

A distinção entre a dispensa individual e coletiva possui uma importância tamanha, ofertando uma maior segurança e proteção jurídica aos jurisdicionados, tendo em vista os efeitos maléficos que a dispensa em massa ocasiona, atingindo toda a sociedade.

Conforme demonstrou a Juíza Cláudia Regina Reina Pinheiro, da 22ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, nos autos da ação civil pública, autos nº 00000019-68.2012.051.0022, uma dispensa coletiva pode violar tanto direitos e interesses individuais, coletivos e sociais, bem como direito e interesse público:

Não devem ser consideradas como condições satisfatórias de trabalho aquelas que são desenvolvidas constantemente através dos mais variados tipos de pressão psicológica, como a dispensa coletiva sem qualquer tipo de negociação coletiva com abuso de poder, exercício irregular de poder, transgressão de interesse sociais e estatais, com danos para terceiros além de prejuízos sociais e estatais. Na hipótese dos autos, a dispensa atingiu também interesse público em razão da quebra do convênio com a Santa Casa de Misericórdia retirando o acesso à saúde que era promovido pelos professores hoje pelas reclamadas (PINHEIRO, 2012).

Ressaltou ainda:

Ninguém em um Estado Democrático de Direito é agraciado com a prerrogativa de praticar atos desprovidos de razoabilidade que firam interesses da coletividade e, por conseguinte, o próprio interesse público (PINHEIRO, 2012).

Mas, essa omissão normativa brasileira pode ser sanada através do estudo do Direito comparado (que para este artigo será o ordenamento jurídico italiano), tendo em vista que o art. 8º da CLT permite recorrer-se a essa fonte na hipótese de inexistência de norma. Nesse sentido, invoca-se também o art. 5º, XXXV, da CR/88, que prevê a indeclinabilidade do Poder Judiciário.

2.2 A dispensa coletiva italiana

A Itália, através da Lei n. 223 de 1991, passou a regulamentar internamente a dispensa coletiva de forma harmônica

com as Diretivas da União Europeia¹⁵. De acordo com essa lei, a dispensa coletiva pode ocorrer a partir de três espécies: a colocação em mobilidade, a redução de pessoal e o encerramento das atividades de uma empresa, regulamentadas pelos arts. 4º e 24 e 24, §2º, respectivamente.

Cabe destacar que, muito embora possam existir três espécies distintas de dispensa coletiva no Direito italiano, o procedimento a ser adotado em todas é regulamentado pelo mesmo diploma (Lei n. 223/91).

Quanto a essa lei, leciona Nelson Mannrich:

Esta lei, reorganizando o instituto da extinção contratual coletiva, condicionou o poder de dispensa do empregador a um procedimento que, por um lado, legitima-as; por outro, onera o empresário com altos custos e novos vínculos processuais. (MANNRICH, 2000, p. 56).

Essa lei fortaleceu os sindicatos, tornando sua participação mais efetiva e obrigatória na dispensa coletiva. No mesmo sentido ilustra Nelson Mannrich:

A participação do sindicato avaliza, mesmo que parcialmente, a redução do pessoal, tornando

15 As Diretivas da União Europeia que regulamentam a dispensa coletiva são as de ns. 75/129/CEE, 92/58/CEE e 98/59/CEE, que servem como diretrizes gerais para todos os seus Estados-membros. A Diretiva n. 75/129 prevê o conceito da dispensa coletiva em seu art. 1.1, que leva em consideração quatro requisitos: elemento subjetivo; elemento causal; elemento numérico e elemento temporal. Os procedimentos previstos na Diretiva n. 75/129, que devem ser observados pelos Estados-membros da União Europeia, são: notificação obrigatória por parte do empregador tanto à autoridade administrativa, como aos representantes dos trabalhadores de sua intenção em realizar a dispensa coletiva, informando ainda como a mesma será realizada. Essa notificação deverá estar acompanhada de informações e justificativa da dispensa coletiva. Exista ainda a possibilidade de a administração criar mecanismos que evitem ou atenuem os efeitos da dispensa coletiva. A Diretiva n. 92/56 manteve os procedimentos supra mencionados estabelecidos pela Diretiva n. 75/129, além de aumentar a participação dos representantes dos trabalhadores na dispensa coletiva, através de consulta e negociação. A Diretiva n. 98/59/CEE, por sua vez, em seu art. 2º, determina aos Estados-membros da União Europeia: “se deve reforçar a proteção dos trabalhadores em caso de despedimento coletivo, tendo em conta a necessidade de um desenvolvimento econômico e social equilibrado na Comunidade”.

a entidade sindical ativa em uma operação de corte parcial do emprego, em detrimento de instrumentos tradicionais de proteção como os contratos de solidariedade ou outras formas alternativas do uso da força de trabalho (MANNRICH, 2000, p. 59).

2.2.1 Requisitos da dispensa coletiva na Itália

Os requisitos para a caracterização da dispensa coletiva na Itália variam de acordo com a espécie da dispensa - que são três - , todas previstas na Lei n. 223/91.

Para a primeira espécie colocação em mobilidade, conforme o art. 4º da Lei n. 223/91, a dispensa coletiva fica caracterizada quando uma empresa beneficiária do sistema C.I.G¹⁶ pretende dispensar um trabalhador não readmissível.

Importante destacar que trabalhador readmissível é aquele que possui contrato de readmissão, que ocorre quando o empregador contrata um empregado por prazo determinado com duração máxima de 12 meses, ou então, por prazo indeterminado empregados inscritos há mais de 12 meses na lista de mobilidade¹⁷.

Nesse sentido leciona Nelson Mannrich, citando os autores italianos Toffoletto Zanibelli e Angelo Zambeli:

A dispensa coletiva por colocação em mobilidade não exige requisitos causais, numéricos, especiais ou temporais para sua configuração, como faz o art. 24 da Lei n. 223/91 em relação as dispensas por redução de

16 Cassa Integrazione Guadagni (C.I.G.), com última regulamentação dada pela Lei n. 196, de 24.6.1997, é um sistema de integração ou substituição da remuneração do trabalhador pertencente a categorias previstas em lei, que esteja em dificuldade econômica ocasionada pela redução ou suspensão da atividade laboral, motivada por fatores previstos em lei e alheios à sua vontade.

17 ITÁLIA. Lei n. 223 de 23 de julho de 1991. Dispõe sobre as regras do despedimento, da mobilidade, do subsídio de desemprego, da implementação de diretivas comunitárias, da oferta de emprego e de outras disposições do mercado de trabalho. Diário Oficial da República, 27 jul. 1991.

pessoal. Dessa constatação conclui-se que, se houver um único trabalhador não readmissível, a empresa beneficiária do sistema C.I.G. extraordinária deverá observar os prazos e os procedimentos previstos para a mobilidade, para, então, poder dispensá-lo. (ZANIBELLI *apud* MANNRICH, 2000, p. 61).

Nessa hipótese de dispensa coletiva, o empregador deverá obedecer aos prazos e aos procedimentos legais (os quais serão estudados no tópico seguinte), antes de dispensar o trabalhador não readmissível.

O trabalhador dispensado legalmente terá seu nome incluído na lista regional de mobilidade, tendo direito a receber uma indenização que, conforme o art. 7º da Lei n. 223/91, possui duração de 1 a 2 anos, para os trabalhadores que tenham mais de 40 anos, e três meses para os empregados com mais de 50 anos, desde que não limitado antes, no caso do período do benefício se tornar igual ao tempo máximo que o trabalhador prestou serviços na empresa.

Esse sistema veio a substituir qualquer outro benefício de desemprego. No momento da comunicação da dispensa coletiva, o empregador deverá depositar, em trinta prestações mensais, um valor equivalente a seis mensalidades iniciais da indenização devida ao empregado em mobilidade¹⁸.

Quanto a segunda espécie de dispensa coletiva, qual seja, a redução de pessoal, é regulamentada pelo art. 24 da Lei n. 223/91, que fixa critérios qualitativos, quantitativos e temporais.

O critério qualitativo é o motivo que gerou a dispensa. Para essa lei pode ser redução ou modificação da atividade do empregador através de novas técnicas de produção.

O quantitativo é quando uma empresa que possui mais de quinze empregados dispensa cinco ou mais funcionários.

O temporal é que essas dispensas ocorram dentro do prazo de 120 dias.

Para esse fim, são consideradas as dispensas ocorridas tanto na matriz, como na filial, caso a empresa possua filial dentro do mesmo território ou província.

18 ITÁLIA. Lei n. 223 de 23 de julho de 1991, Art 5º, §4º.

Preenchidos os requisitos cumulativamente previstos para cada modalidade (mobilidade e redução de pessoal), ficará caracterizada a dispensa coletiva no Direito italiano, e assim, o empregador deverá obedecer ao procedimento legal, válido para as três possibilidades¹⁹.

No que tange a terceira espécie de dispensa coletiva que, conforme o art. 24, §2º da Lei n. 223/91, é o encerramento das atividades de uma empresa.

2.2.2 Do procedimento da dispensa coletiva italiana

O procedimento a ser obedecido pelas empresas nas três espécies de dispensa coletiva é formado por três fases (sindical, judicial e público).

No mesmo sentido, leciona Amauri Mascaro Nascimento, citando a doutrinadora Luisa Galantino: “Mostra, a mesma doutrinadora, que as dispensas coletivas, no direito do seu país, submetem-se a um procedimento sindical, judicial e público (NASCIMENTO, 2009, p.9).

A primeira fase inicia-se com a comunicação escrita às organizações de representantes da categoria que, na Itália, são conhecidas como *Rappresentanze Sindicali Aziendiali* (RSA), ou seja, os sindicatos.

Essa notificação deve informar a esse órgão a vontade empresarial de realizar a dispensa massiva; a situação da empresa e, ainda, ser acompanhada dos motivos que conduziram ao desejo de dispensar massivamente; justificativa do porquê não ter adotado medidas para resolver ou atenuar o problema, caso não tenha adotado tais práticas; qualificação profissional, número e função dos trabalhadores que possivelmente serão dispensados e o tempo de duração do programa de mobilidade, tudo conforme o §3º do art. 4º da Lei n. 223/91.

Essa notificação serve para evitar o desemprego, vez que o sindicato pode sugerir alternativas para evitar a dispensa ou até mesmo diminuir o número de trabalhadores que seriam dispensados.

A empresa deve, ainda, comunicar a Seguridade Social

19 ITÁLIA. Lei n. 223 de 23 de julho de 1991, Art 5º, §1º.

da dispensa que pretende realizar, que deve estar acompanhada do comprovante da quitação do depósito de antecipação da integração salarial, conforme determina o art. 8º, §1º, da Lei n. 236/93.

Esta fase abrange ainda a de negociação com o sindicato. Conforme o art. 4º da Lei n. 223/91, a negociação entre a empresa e o sindicato deve ocorrer no prazo de 7 a 45 dias, contado da notificação, sendo que esse prazo pode ser reduzido pela metade caso o número de empregados dispensados seja inferior a dez.

A negociação entre sindicato e empresa tem como objetivo evitar a dispensa em massa, tentando a recolocação de empregados em outros setores da empresa ou então a criação de formas flexíveis de diminuição do tempo de trabalho. Caso a empresa se recuse de forma injustificada pratica ato anti-sindical, de acordo com o art. 28 da Lei n. 300/70. Realizada a negociação, o resultado deverá ser encaminhado por escrito ao *Ufficio Provinciale del Lavoro e della Massima Occupazione*, mais conhecido como U.P.L.M.O.

No que diz respeito a segunda fase, demonstra Amauri Mascaro Nascimento:

A fase sindical tem por finalidade a consecução de um acordo coletivo com base no qual a questão será resolvida. Não ocorrendo o entendimento, o empregador dará aviso prévio aos trabalhadores, levando em conta, para efeitos de organização da dispensa, certos fatores pessoais do trabalhador, como os encargos familiares e a antiguidade (NASCIMENTO, 2009, p.9).

A segunda fase consiste na fase administrativa com participação preventiva de um órgão administrativo que, após analisar as causas expostas pela empresa, realiza uma nova proposta de acordo., para que a dispensa coletiva possa ser evitada. Havendo negociação entre empresa e o sindicato (fase anterior), corolário lógico que a realização desta fase fica prejudicada.

Findada a fase negocial administrativa, com ou sem acordo, o empregador poderá realizar a dispensa coletiva, devendo informar pessoalmente ou por escrito cada trabalhador de sua dispensa, respeitando o período do aviso prévio.

O empregador deve informar também ao U.P.L.M.O

regional e às associações sindicais quais os trabalhadores dispensados, com seus respectivos dados, como nome, endereço, qualificação, idade, número de filhos e situação civil, para que possam ser inscritos na lista de mobilidade e, assim, receber os devidos benefícios concedidos ao trabalhador dispensado massivamente.

Quanto a esta segunda fase, sintetiza Amauri Mascaro Nascimento:

A intervenção pública resulta da atuação preventiva do Estado quanto à redução do pessoal e à promoção de medidas de natureza previdenciária, de desocupação dos trabalhadores, inclusive a promoção de cooperativas de produção (NASCIMENTO, 2009, p.10).

No que diz respeito a terceira fase é justamente a possibilidade da anulação pelo Poder Judiciário, nos dizeres de Amauri Mascaro Nascimento:

O controle judicial tem por finalidade julgar eventual impugnação sobre regularidade do processo, e, em caso de concluir-se que não estão presentes as exigências para a redução do pessoal, a consequência pode consistir na anulabilidade da cada dispensa (NASCIMENTO, 2009, p.10).

Urge destacar que, nas três espécies de dispensa coletiva, os trabalhadores dispensados terão direito ao recebimento da indenização prevista no art. 7º da Lei n. 223/91. Nesse sentido leciona Nelson Mannrich:

Vale lembrar, por exemplo, que a indenização de mobilidade, prevista no art. 7º para as dispensas por colocação em mobilidade também é aplicável, por força do artigo 16 da Lei 223/91, aos trabalhadores dispensados por redução de pessoal, demonstrando absoluta desvinculação da nomenclatura desta indenização com o tipo de dispensa. (MANNRICH, 2009, p. 63).

A proteção contra a dispensa coletiva conta com a participação estatal no momento pós dispensa, através da indenização paga pelo Estado ao trabalhador.

No Direito italiano, na hipótese da dispensa coletiva italiana, o empregador deverá respeitar o critério de escolha previsto no §1º do art. 5º da Lei n. 223/91, que preceitua a seguinte ordem a ser obedecida: características técnico-produtivas ou organizacionais, encargos de família e tempo de serviço. Essa ordem pode ser substituída através de acordo coletivo pactuado com o sindicato da categoria, estabelecendo outros critérios objetivos. Caso a empresa diante de uma dispensa coletiva não obedeça aos critérios de escolha (sejam legais ou convencionais), esta será nula, com a consequente reintegração dos trabalhadores dispensados, conforme o art. 28 da Lei n. 300/70.

CONCLUSÃO

Fazendo o estudo comparado entre o ordenamento jurídico brasileiro e o italiano, quanto à dispensa individual, percebe-se que na Itália, havendo uma dispensa sem justa causa, o trabalhador é reintegrado ao seu emprego e ainda pode receber uma indenização correspondente ao tempo que ficou sem receber seus salários enquanto a validade de sua dispensa era analisada. No Brasil tal hipótese inexistente, sendo que a única indenização nessa hipótese é a irrisória multa de 40% do valor do FGTS, incapaz de inibir o empregador de dispensar.

E, quanto à dispensa coletiva, a primeira e grande diferença entre Brasil e Itália é que este país regulamenta a dispensa coletiva, através da Lei n. 223/91, arrolando os requisitos capazes de caracterizar essa modalidade de dispensa e prevendo o procedimento prévio que deve ser adotados pelos empregadores antes de efetuarem a dispensa massiva, bem como seus respectivos direitos. O Direito brasileiro, ao contrário, além de não arrolar os requisitos da dispensa coletiva, não regulamenta qualquer procedimento a ser obedecido pelos empregadores, deixando seus jurisdicionados sem uma tutela protetiva. E, diante desta omissão normativa brasileira, a jurisprudência brasileira vem fazendo uso do direito comparado (dentre eles o italiano) para ofertar aos jurisdicionados brasileiros a devida tutela jurisdicional. É o que se colhe através da brilhante decisão do Egrégio Tribunal do Trabalho da 15ª Região, na ação trabalhista, autos nº 309/2009, que teve como relator o Desembargador José Antônio Pancotti:

CRISE ECONÔMICA. DEMISSÃO EM MASSA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. ABUSIVIDADE. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto socioeconômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À minguada de legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Directiva n. 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 1995), França (Lei do Trabalho, de 1995), Itália (Lei 223/91), México (Ley Federal del Trabajo, de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17.01.06) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um

período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a Embraer efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da LICC e no art. 8º da CLT. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no Direito Comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente. (TRT 15ª R., DC 309-2009-000-15-00-4, AC 333/09, DO de 30.03.09, Rel. José Antonio Pancotti, LTr 73-04/476).

Portanto, para que essa lacuna normativa brasileira, isto é, a não regulamentação da dispensa coletiva, seja sanada, o art. 8º da CLT; art. 4º, da LINDB e art. 5º, XXXV, da CR/88, deverão ser efetivados através do Direito Comparado, como o italiano. Nesse sentido, na hipótese de ocorrer uma dispensa coletiva, as diretrizes do ordenamento jurídico italiano (ao lado de toda a cadeia principiológica brasileira e outros comandos normativos comparados) devem servir de paradigma

para proteger os trabalhadores brasileiros, principalmente no que diz respeito ao controle do Poder Judiciário e a obrigatoriedade da negociação coletiva prévia antes da realização da dispensa coletiva, sob pena de decretação de nulidade, inclusive mediante pedido de antecipação de tutela.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa – estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 71, n. 03, p. 336-345, mar. 2007.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943. Rio de Janeiro, 1º mai. 1943.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

DELGADO. Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

ITÁLIA. Código Civil, Decreto Real n. 262 de 16 de março de 1942. Diário Oficial da República n. 79, 4 abr. 1942.

ITÁLIA. Lei n. 223 de 23 de julho de 1991. Dispõe sobre as regras do despedimento, da mobilidade, do subsídio de desemprego, da implementação de diretivas comunitárias, da oferta de emprego e de outras disposições do mercado de trabalho. Diário Oficial da República n.175, 27 jul. 1991.

ITÁLIA. Lei n. 604 de 15 de julho de 1966. Dispõe sobre os despedimentos individuais. Diário Oficial da República n.195, 06 de ago. 1966.

MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: Ltr, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise Econômica, Despedimentos e Alternativas para a Manutenção dos Empregos. *Revista LTr*, ano 73, Janeiro de 2009.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. A imprescindibilidade da negociação para a realização da dispensa coletiva em face da

Constituição de 1988 *in* Temas Aplicados de Direito do Trabalho & Estudos de Direito Público. Organização e Coordenação Jerônimo Jesus dos Santos. São Paulo: LTr, 2012.

PORTO, Lorena Vasconcelos. Os altos empregados no Brasil e no direito comparado. Jus Navegandi, endereço: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12571/os-altos-empregados-no-brasil-e-no-direito-comparado/2>.

SILVA, Antonio Álvares da. Dispensa Coletiva e seu Controle pelo Poder Judiciário. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*. São Paulo, v. 73, n. 06, p. 650-670, jun. 2009.

ZANIBELLI, Toffoletto; ZAMBELLI, Angelo. *La disciplina dei licenziamenti*. Milão, II Sole 24 Ore Pirola, 1997. *Apud* MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000.

7 O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E A SÚMULA VINCULANTE 04 DO STF – INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. INCOMPATIBILIDADES E INCOERÊNCIAS JURÍDICAS

Marcel Lopes Machado

Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região.

Pós-graduado em Direito Material e Processual do

Trabalho pela Universidade Federal de Uberlândia/UFU.

Pós-graduado em Filosofia do Direito e Direito Público/

Faculdade Católica de Uberlândia

I. INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 04, publicada no DJE em 09/05/2008, relativa à fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade, e, sobretudo, sobre a vedação de substituição do critério base por decisão judicial, tanto aos servidores públicos, quanto aos empregados celetistas.

Súmula Vinculante 4. Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Houve, pelo Supremo Tribunal Federal, a declaração de inconstitucionalidade de vinculação do adicional ao salário mínimo, sem, todavia, se pronunciar a nulidade da norma infraconstitucional (“UNVEREINBARKEITSERKLÄRUNG”), no caso do Direito do Trabalho, o art. 192/CLT.

Pretende-se, por este estudo, uma análise e reflexão das premissas da Súmula com as demais normas, métodos de interpretação e integração do ordenamento jurídico, notadamente, para o Direito do Trabalho, como ciência das relações jurídicas privadas, e sua distinção e equilíbrio com as relações jurídicas de direito público que se subsumem os servidores públicos.

Ora, se a função do direito é o equilíbrio, a razão de ser do direito também é o equilíbrio, porque é isso que o direito melhor sabe proporcionar. Por conseguinte, a figura do juiz se agiganta, como a de quem devolve a serenidade e a proporção perdida das prestações obrigacionais, atividade fundamental à essência do exercício de qualquer direito. (...).

O injusto não é de ser atingido pela interpretação jurídica. A hermenêutica do direito não pode conduzir à injustiça, não pode ser causa de desorientação, de perda de valores fundamentais para a sobrevivência do homem, da perda do estado de igualdade. Não há método jurídico que se preze, que possa conduzir o intérprete à injustiça. E para que se não corra este risco, é necessário obrigar o intérprete a enfrentar o contexto, conhecer o pretexto e dizer o texto, antes de tudo, jungido ao compromisso de não fugir do roteiro ético que o valor científico de pensar o direito lhe impõe. E esse trabalho é muito mais difícil do que identificar o sentido da norma, porque, na verdade, ele é o de busca de solução ética e não se contenta com o simples dizer o direito, mas consiste em expurgar o que é injusto da solução dada. (...).

O problema é que a realidade demonstra que nem sempre nas relações privadas há igualdade entre os sujeitos e que quando ela falta os critérios de justiça hão de ser outros: ou justiça distributiva, ou justiça social; mas não comutativa. Mas os técnicos de direito privado insistem em invocar a igualdade das partes, o princípio do *pacta sunt servanda*, para exigir a necessária fidelidade ao vínculo criado pelos sujeitos, quando é tão evidente a inocorrência de hipótese verdadeira de vinculação livre e igualitária de vontades. E é essa lealdade intelectual que falta aos cientistas do direito, muitas vezes, quando se permitem olvidar da natureza verdadeira do vínculo jurídico e reconhecem a consequência jurídica dele, desprezando a desproporcionalidade de prestações, que torna, sem qualquer dúvida, impossível a realização do meio-termo, do justo”¹.

2.COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO E O DIREITO JUDICIÁRIO

Na sociedade capitalista pós-moderna, os valores do neoliberalismo e da globalização com suas práticas de terceirização colocam as liberdades funcionais do mercado acima das políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural e, consideram os direitos humanos como “custos sociais” das empresas, que vão suprimindo-os em nome da competitividade global e que tanto influencia o desmantelamento do *welfare state*.

Há necessidade do Direito e da Justiça do Trabalho promoverem o controle civilizatório de um patamar mínimo de proteção

1 ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Responsabilidade da Doutrina e o Fenômeno da Criação do Direito pelos Juizes. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira. RT: 2006, p. 423 e 428.

dos trabalhadores e da própria essência da legislação de proteção no Estado do Bem Estar Social, arts. 1º, IV, 7º, 170 e 193/CR frente às mutações dos sistemas produtivos², porquanto a tutela jurídica diferenciada para compensar a desigualdade social foi sempre na história a finalidade do Direito do Trabalho.

Acredita-se, que a Súmula Vinculante 04/STF, da forma como escrita e redigida, poderá impor uma subversão da ideia de sistema e completude do ordenamento jurídico, vulneração das interpretações lógica, sistemática e teleológica, ao vedar a apreciação jurisdicional da base de cálculo do adicional sobre outras possíveis e variáveis hipóteses.

Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve que ainda “a melhor arte de redação das leis”, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.³

A vedação de substituição da base de cálculo do adicional para os servidores públicos, submetidos ao regime jurídico estatutário-administrativo, e, portanto, de relação jurídica de direito público, encontra razão e fundamento na própria ordem constitucional, eis que, sua remuneração, dentre as quais se insere o adicional de insalubridade, é fixada exclusivamente por Lei, art. 39, § 1º/CR, aplicando-lhes,

2 “As principais funções do Direito do Trabalho, afirmadas na experiência capitalista dos países desenvolvidos, consistem, em síntese, na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na vida econômica-social, no caráter modernizante e progressista, do ponto de vista econômico e social, deste ramo jurídico, ao lado de seu papel civilizatório e democrático no contexto do capitalismo (...)”. IN DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. LTr: 2005, p. 121.

3 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, p. 20/21.

portanto, o princípio da estrita legalidade administrativa, art. 37/CR.

Inclusive, justamente em razão do princípio da estrita legalidade que rege a administração pública, art. 37 e 39, § 1º/CR, é que existe a expressa vedação constitucional ao Poder Judiciário de conceder reajustes/equiparações salariais aos servidores públicos com fundamento no princípio da isonomia, art. 37, XIII/CR, Súmula 339/STF e OJ 297 da SBDI-1/TST e, ainda, a vedação de lhes conceder reajustes salariais e remuneratórios através de negociações coletivas sindicais, Súmula 679/STF.

Todavia, o mesmo não ocorre com os empregados celetistas, submetidos a natureza jurídica contratual de seu vínculo, e, portanto, regidos pelas relações privadas do direito do trabalho, cujo ajuste remuneratório se faz tanto pela liberdade de mercado e individual das partes, art. 444/CLT, quanto pelo princípio da isonomia e equiparação, art. 7º, XXX/CR e art. 461/CLT, como pela possibilidade de fixação por normas coletivas (art. 7º, IV, V, VI e XXVI/CR).

Portanto, a Súmula Vinculante 04/STF tratou indistintamente, ou melhor, isonomicamente, os servidores públicos e os empregados privados, cuja situação jurídica é distinta e dual, o que, por consequência, gerou uma antinomia⁴ jurídica entre categorias de trabalhadores “lato sensu” que não possuem isonomia entre si.

Para que o ordenamento jurídico atinja a finalidade para qual existe e se transforme num todo estruturado, que dê resposta a este objetivo, é necessário que seja um sistema. Para isto, suas

4 Tudo andaria muito bem, se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. Às vezes, porque não foram previstas, não se acham incluídas nas *fattispecie* legais e para elas nada está disposto; temos aí as lacunas da lei, para as quais a teoria jurídica oferece soluções aceitáveis. Outras vezes, o caso concreto apresenta conotações específicas tão discrepantes dos Standards presentes na mente do legislador, que, não obstante um juízo puramente dedutivo pudesse conduzir a reputá-lo disciplinado segundo certos cânones, uma valoração acurada desaconselha que isso seja feito. Daí a imperfeição de toda a ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos. DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova Era do Processo Civil. 2ª edição. Malheiros: 2004, p. 30.

normas devem dispor-se de forma que entre elas se estabeleçam relações coerentes e constantes.

Para se obter esta situação, as normas, que são as partes do sistema, não podem contradizer-se. Ou seja, entre elas não pode haver antinomias.

A coerência das normas entre si formam por sua vez um sistema no todo. E, se há antinomias, cumpre à Ciência do Direito removê-las, para que o sistema adquira sua plenitude de regrad, sem contradição, a conduta humana⁵.

3. O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO DO TRABALHO. DIREITO JUDICIÁRIO

No Direito do Trabalho, ramo da ciência jurídica das relações privadas, a base de cálculo do adicional de insalubridade está prevista no art. 192/CLT, que fixou o salário mínimo, vinculação jurídica esta vedada pelo art. 7º, IV/CR e pela Súmula Vinculante 04/STF.

Inúmeros são os precedentes do STF quanto à impossibilidade desta vinculação⁶.

Todavia, neste ramo privado da ciência jurídica, a vedação imposta pela Súmula de substituição judicial de sua base de cálculo gera uma antinomia jurídica e incompatibilidade com a interpretação e os métodos de integração do ordenamento jurídico.

Isto porque, criada a lacuna normativa, em razão da impossibilidade, art. 7º, IV/CR e Súmula Vinculante 04/STF, de vinculação da base de cálculo do adicional de insalubridade no salário mínimo, art. 192/CLT, o sistema jurídico prevê e impõe a responsabilidade legal de

5 SILVA, Antônio Álvares da. Súmulas de Efeito Vinculante e Completude do Ordenamento Jurídico. LTr: 2004, p. 44.

6 2ª T. – AgRg REXT 271.752-SP – Rel. Min. Nelson Jobim – DJU 20/10/2000, p. 125; 1ª T. – AgRg REXT 435.011-RS – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 28/06/2005; 1ª T. – REXT 236.396-MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 20/11/1998, p. 24; 1ª T. – REXT 284.627-SP – Rel.ª Min.ª Ellen Gracie – DJU 24/05/2002, p. 67; 1ª T. – AI AgRg 233.271-MG – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 29/10/1999, p. 05; 1ª T. – EDv. REXT 208.684-SP – Rel. Min. Celso de Mello - DJU 02/09/2007, p. 102.

juízo do Poder Judiciário mediante outros métodos, dentre os quais, a fixação por analogia, art. 8º/CLT, art. 4º/LICC e art. 126/CPC.

E, a Súmula Vinculante 04/STF, da forma como redigida e imposta, veda a possibilidade de apreciação jurisdicional da matéria para julgar, por exemplo, pelo critério objetivo da analogia *legis*, e se adotar a base de cálculo fixada para o adicional da periculosidade no art. 193/CLT, qual seja, o salário base do trabalhador celetista, o que, data máxima vênua, não detém coerência jurídica da unidade do ordenamento, dada a similitude e semelhança das situações dos adicionais.

Ainda, veda o método da interpretação lógica e gramatical da norma constitucional pela fixação da base de cálculo pela própria remuneração, art. 7º, XXIII/CR e art. 457/CLT, bem como, veda a possibilidade de apreciação jurisdicional para se julgar, por exemplo, com base em previsão de normas coletivas legitimamente negociadas pelas entidades sindicais, art. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR.

E, data máxima vênua à vinculação imposta pela Súmula 04/STF, de se afastar a possibilidade jurisdicional da fixação de outra base de cálculo do adicional de insalubridade, deve-se avaliar que a negociação coletiva sindical, constitucional e legalmente prevista como forma autônoma de solução e mediação dos conflitos trabalhistas, art. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR, art. 611 e 613, IV/CLT, fundada na autonomia privada coletiva⁷,

7 “A autonomia privada coletiva não se confunde com a negociação coletiva de trabalho. Esta é efeito decorrencial daquela e sua manifestação concreta. A autonomia privada coletiva é o poder social dos grupos representados auto-regularem seus interesses gerais e abstratos, reconhecendo o Estado a eficácia plena dessa avença em relação a cada integrante dessa coletividade, *a par* ou *apesar* do regramento estatal – desde que não afronte norma típica *de ordem pública*. Ou, como bem diz *Gian Carlo Perone*, é o “poder de negociar a regulamentação desses interesses (coletivos), ficando todavia, entendido que se está diante de uma manifestação de autonomia privada, isto é, de capacidade de estabelecer livremente a posição dos próprios interesses considerada objetivamente mais conveniente, independentemente da necessidade de alcançar finalidades indicadas por sujeitos estranhos ou mesmo pelo Estado” (In “*A Ação Sindical nos Estados Membros da União Européia*”, Ed. LTr, 1999, p. 22). (...)

A Constituição Federal de 1988 é expressa a arrolar, entre os direitos sociais que assegura, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, inciso XXVI), aí conferindo não apenas validade aos instrumentos negociais nominados – visão apençada desse direito social. A elocução constitucional transcende, em muito, à forma de exteriorização do pactuado. Contém, na verdade, **o reconhecimento estatal do poder inerente às pessoas** e, pois, aos grupos por ela organizados de autocondizirem-se, de co-decidirem sobre o ordenamento de condições de trabalho, de protagonizarem a autocomposição de seus interesses coletivos, solverem suas desinteligências fora do Estado, pela via do entendimento direto, valendo, o que restar pactuado, como lei entre as partes e cada um dos membros representados, se inexistir malferimento a norma de ordem pública estatal”. IN TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. LTr: 2005. 22ª ed., Vol. II, p. 1.189, 1.190 e 1.191.

mediante prévia aprovação dos trabalhadores em assembleia específica, art. 612/CLT, no exercício de sua liberdade e autonomia na organização e deliberações sindicais, art. 8º, I/CR, pode e deve fixar a base de cálculo do adicional de insalubridade das categorias profissionais.

Mais do que isto, a negociação coletiva sindical do critério pecuniário da base de cálculo o adicional de insalubridade não viola regras de higiene, medicina e segurança no trabalho, a proteção jurídica à integridade física e saúde do trabalhador, art. 7º, XXII e 200, VIII/CR, notadamente, porque há autorização constitucional para negociação/flexibilização do salarial dos trabalhadores, art. 7º, VI e XXVI/CR e art. 613, IV/CLT, e, portanto, também da base de cálculo de salário condição.

Por estas razões, o Poder Judiciário do Trabalho possui a legitimidade jurisdicional para reconhecer a validade e eficácia de suas disposições, art. 7º, XXVI/CR e art. 613, IV/CLT, em razão da ordem pública e coletiva no Direito do Trabalho, art. 8º, 444 e 619/CLT, e dos princípios do Direito Coletivo do Trabalho e sua negociação coletiva (transparência, lealdade e equivalência dos contratantes).

4. CONTRADIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 04 E DA DECISÃO DO MI 708-DF STF. ANALOGIA

Não obstante a argumentação da distinção e dualidade dos regimes jurídicos público e privado entre os servidores e empregados celetistas, bem como a expressa previsão legal de obrigatoriedade de julgamento do Poder Judiciário pelos métodos de interpretação e integração do ordenamento jurídico nas hipóteses de lacunas/vazios normativos, há outra questão a ser observada.

Como já ressaltado, a redação final da Súmula Vinculante, data máxima vênia, compromete a função institucional do Direito Judiciário, e, as próprias disposições legais do art. 8º/CLT, art. 4º/LICC e art. 126/CPC, ao impossibilitar a supressão da eventual lacuna.

Entra ainda em contradição com decisões do próprio Supremo Tribunal Federal que, diante de omissões legislativas do Congresso Nacional, decidiu a jurisdição constitucional pela aplicação analógica de normas distintas.

Por exemplo, até os dias atuais, o Congresso Nacional não editou a Lei Específica prevista no art. 37, VII/CR (Lei Complementar antes da alteração dada pela EC 19/98), qual seja, a legislação própria, específica e

adequada para tratar do direito de greve do funcionalismo público, o que caracteriza não só a mora legislativa, mas também a lacuna/vazio normativo.

Todavia, a partir de uma evolução de sua própria jurisprudência constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 708-0-DE, não só proclamou a mora legislativa, como fixou, por analogia legis, art. 4º/LICC e art. 126/CPC, a aplicação das Leis 7.701/88 e 7.783/89, que regem o direito de greve nas relações privadas de trabalho, para regulamentar provisoriamente o exercício de greve pelos servidores públicos, ou seja, concedeu-se interpretação e integração da lacuna normativa (tese concretista), a fim de se permitir a fruição de direito e liberdade constitucionais pendentes de regulamentação normativa.

O Supremo Tribunal Federal exerceu suas atribuições constitucionais, art. 5º, XXXV e LXXI, sem importar em violação e usurpação ao princípio da separação dos poderes, art. 2º/CR, eis que, enquanto existente lacuna e mora legislativa, o Poder Judiciário, em seu exercício jurisdicional, tem o dever, quando provocado, de evitar ameaça e/ou lesão a direitos, liberdades ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania.

Este dever de provimento jurisdicional não importa em “*regulamentação abstrata e erga omnes*” da Constituição (esta sim, função soberana do Poder Legislativo), mas sim, o resguardo, em concreto, não só da fruição dos direitos e garantias fundamentais, mas, principalmente, da adoção de uma interpretação jurisdicional que lhe dê a máxima efetividade e concretude, art. 5º, §1º/CR, em razão da aplicação do princípio da efetividade⁸ das normas constitucionais.

8 A ideia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição, e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso. In BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª edição. Saraiva. p. 246.

Esse princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (em caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). In GOMES CANOTILHO, José Joaquim, APUD, BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, *Ibidem*.

Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas dum sistema de filosofia social. As decisões dos Tribunais sobre questões econômicas e sociais dependem da sua filosofia econômica e social, motivo pelo qual o progresso pacífico do nosso povo, no curso do século XX, dependerá, em larga medida de que os juízes saibam fazer-se portadores duma moderna filosofia econômica e social, antes de que superada filosofia, por si mesma produto de condições econômicas superadas. (Da mensagem enviada pelo Presidente THEODORE ROOSEVELT ao Congresso Americano em 08 de dezembro de 1908 (43 Cong. Rec., Part I, p. 21)⁹.

Portanto, “*mutatis mutandis*”, idêntico raciocínio se aplica à redação final da Súmula Vinculante 04/STF, eis que a atual vedação ao Poder Judiciário lhe retira sua função precípua da análise, em concreto, de um direito subjetivo e constitucional do trabalho, art. 7º, XXIII/CR, que, inclusive, se insere no âmbito de normatividade dos direitos fundamentais, art. 5º, § 2º/CR¹⁰.

Defender o direito a todo custo não é necessariamente defender a norma a todo custo. É defender o homem a todo custo, valor supremo da razão de ser do direito. Por isso se diz que o

9 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1993.

10 O Min. do STF Sepúlveda Pertence, em seu voto proferido na ADI n.º 1.675-1, publicada no DJU em 24/09/97, mencionou que os **direitos sociais do trabalho** encontram-se inseridos no **rol dos direitos constitucionais fundamentais**, em interpretação sistemática extraída do art. 5º § 2º da CR/88. (“...os direitos sociais dos trabalhadores, enunciados no art. 7º da Constituição se compreendem entre os direitos e garantias constitucionais incluídas no âmbito normativo do art. 5º, § 2º, de modo a reconhecer alçada constitucional às convenções internacionais anteriormente codificadas no Brasil”).

direito se acha na luta (Ihering), e essa ideia, expressa na obra de *Kampf um's Recht* do célebre autor, firmava o conceito de *sentimento do direito* (*Rechtsgefühl*).

Lutar pelo direito é “lutar pela conservação moral da pessoa”.

Por isso dizemos que “é um aspecto essencial da *conditio humana* que nós procuremos a justiça, que não a encontremos no mundo e nem ao menos possuamos estereótipos fixos de Justiça: Justiça é uma tarefa, tanto como um problema eterno da definição do que é Justiça, quanto como uma tentativa de agir de maneira justa e de criar um mundo (relativamente) justo.

É por isso que devemos compreender o direito como a esperança dos homens, que renasce, segundo Horácio, todos os dias, *aliusque et idem*¹¹.

5. CONCLUSÃO

Ante ao que foi exposto, conclui-se que a atual redação da Súmula Vinculante 04/STF encontra seu fundamento e razão de aplicabilidade constitucional quanto aos servidores públicos, subsumidos ao regime de direito público, eis que, sua remuneração, dentre as quais se insere o adicional de insalubridade, é fixada exclusivamente por Lei, art. 39, § 1º/CR, o que não ocorre com os empregados celetistas, submetidos a relação jurídica de direito privado, e, portanto, se encontram em situação jurídica distinta e dual.

Ainda, retirou a possibilidade do Poder Judiciário do Trabalho de exercer sua função institucional, art. 5º, XXXV/CR, e decidir em concreto quanto às variáveis possibilidades de fixação da base de cálculo do adicional de insalubridade, seja por aplicação analógica, art. 8º/CLT, art. 4º/LICC e art. 126/CPC, com a base de cálculo do adicional de periculosidade, art. 193/CLT, seja por

11 ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Op. Cit., p. 429

aplicação de base de cálculo fixada por negociação coletiva sindical legítima, art. 7º, XXVI e 8º, III e VI/CR, art. 611 e 613, IV/CLT, seja ainda, por exemplo, pelo método da interpretação lógica e gramatical da norma constitucional pela fixação da base de cálculo pela própria remuneração, art. 7º, XXIII/CR e art. 457/CLT.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª edição. Saraiva. São Paulo: 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, Trabalho e Emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. LTr. São Paulo: 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2ª edição. Malheiros. São Paulo: 2004.

FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. (Coord.). *O Novo Código Civil: Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale*. LTr: São Paulo. 2005.

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira*. RT: São Paulo. 2006.

NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. RT. São Paulo: 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. *Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico*. LTr. São Paulo: 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª edição. Vol. II. LTr. São Paulo: 2005.

8

GARANTIA DE AMPARO AO TRABALHADOR DIANTE DA IRRESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NAS TERCEIRIZAÇÕES

Adriano Barreto Vieira

Advogado. Pós-graduando em Direito
e Processo do Trabalho (LFG)

SUMÁRIO:

1. Intróito.
2. Breves notas sobre o fenômeno da terceirização de mão de obra.
3. Terceirização na Administração Pública.
 4. Repercussões do julgamento da ADC n. 16 quanto à responsabilidade do tomador público.
5. Possíveis formas de garantir a intangibilidade salarial ao trabalhador terceirizado.
 - 5.1 Terceirização ilícita.
 - 5.2 terceirização lícita
6. Considerações finais.
7. Referências Bibliográficas.

I. INTRÓITO

Pretende-se neste trabalho avaliar criticamente a

terceirização de serviços no setor público, abordando a divergência doutrinária e a evolução jurisprudencial sobre a responsabilidade da Administração Pública, especialmente em razão da interpretação dada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC n. 16, e as possíveis soluções que podem ser criadas como medida de proteção ao trabalhador desempregado com a inadimplência da empresa prestadora de serviços e eventual declaração judicial de irresponsabilidade do tomador público.

Nesta senda, necessário tecer certas ponderações sobre a terceirização na Administração Pública, para depois verificar as repercussões do julgamento da referida ADC, especialmente quanto às peculiaridades que envolvem a imputação da responsabilidade subsidiária ao tomador público.

Feitas tais considerações, parte-se para a tentativa de solucionar as situações em que o trabalhador presta serviços à Administração Pública, mas não é recompensado financeiramente pelo despendimento de sua força de trabalho, em face da insolvência da empresa prestadora de serviços, cumulada com irresponsabilidade patrimonial do ente público tomador dos serviços, declarada judicialmente por aplicação da Súmula 331, item V, do TST.

2. BREVES NOTAS SOBRE O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA

Sob o pretexto da globalização e com o advento das políticas neoliberais, formas anômalas de relação de trabalho passaram a ser admitidas, dentre as quais está a terceirização. Esta, por sua vez, trata-se de uma forma de intermediação de mão-de-obra, de grande utilização na sociedade contemporânea, consistente na contratação por determinada empresa, de serviços de terceiros, para as suas atividades meio (sem embargo da divergência quanto o sentido desta limitação), visando a redução dos custos e a especialização em sua atividade essencial.

A escolha pela terceirização de determinadas atividades da empresa se dá devido à redução de custos e maior produtividade que este instrumento proporciona, o que resulta na oferta de preços mais acessíveis ao mercado globalizado.

Nesse sentido, a principal finalidade desta estratégia administrativa é justamente a otimização da produção, proporcionando

uma maior qualidade do produto final, lucro às receitas da empresa e facilidade na competitividade no mercado, através de um procedimento de “horizontalização” das atividades tidas como secundárias, com o espoco de que a empresa possa concentrar seus esforços no desempenho da sua atividade-fim para obtenção do melhoramento do produto ou serviço comercializado.¹

Em que pese os inúmeros benefícios que a terceirização pode proporcionar, ela deve ser planejada e acompanhada com os devidos cuidados, pois envolve não só interesses empresariais e comerciais, mas também a efetivação de direitos fundamentais e irrenunciáveis.

Nesse sentido, faz-se necessária a elaboração de norma jurídica versando sobre a terceirização e a prestação de serviços em geral, a fim de garantir segurança jurídica não só às empresas contratantes, mas principalmente, aos trabalhadores hipossuficientes.

3. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O instrumento da terceirização é permitido também no setor público, onde é comumente utilizado. Matéria de grande divergência e interesse jurídico no que toca à terceirização no âmbito público é a questão da responsabilidade da Administração Pública. Não é recente a discussão doutrinária e a evolução jurisprudencial que norteia o tema.

Inicialmente, a questão tomou proporções significativas após a alteração do item IV da Súmula 331, por intermédio da Resolução nº 96, de 11.09.2000, por meio do qual o enunciado passou a prever expressamente a responsabilidade subsidiária da Administração Pública enquanto tomadora de serviços, nos casos em que houver o inadimplemento do real empregador.

Tal mudança trouxe uma importante e ousada inovação à época, como forma de combater os abusos cometidos na prática.

Todavia, parte da doutrina resistia à jurisprudência cristalizada na citada Súmula, apoiando-se no art. 71, §1º, da Lei 8.666/93 (*a inadimplência do contratado com referência aos encargos*

1 CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LT, 1996, p. 75..

trabalhistas, fiscais e comerciais não transferem à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis) para defender a irresponsabilidade do Estado pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas não adimplidos pela prestadora de serviços.

Inconformados com tal situação, o governo do Distrito Federal ajuizou, em março de 2007, Ação Declaratória de Constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei 8.666/93.

Na decisão, a maioria dos Ministros entendeu pela constitucionalidade do mencionado dispositivo, salientando que a Administração não poderia ser responsabilizada na generalidade dos casos, vez que deveria ser investigado se a inadimplência se deu por falha ou falta de fiscalização do tomador público.

Nesse sentido, vale analisar os principais questionamentos que surgiram após o julgamento da ADC n. 16.

4. REPERCUSSÕES DO JULGAMENTO DA ADC N. 16 QUANTO À RESPONSABILIDADE DO TOMADOR PÚBLICO

Pode-se afirmar que a principal repercussão do julgamento da ADC n. 16 foi a mudança da Súmula 331 do TST, com a nova redação do item IV e a inserção dos itens V e VI, por meio da Resolução 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

De início, percebe-se que o item IV foi modificado para prever a regra geral de responsabilização patrimonial do tomador de serviços, retirando a previsão extensiva à Administração, transferindo-a para o item subsequente.

Consta expressamente no inédito item V a vedação de automática transmissão da responsabilidade para a Administração Pública, prevendo a necessária comprovação da conduta omissiva do Poder Público, especialmente no que diz respeito à fiscalização do cumprimento dos encargos trabalhistas.

Inicialmente, no que diz respeito ao ônus da prova, a matéria não é favorável à Administração Pública. Esclarece José Roberto Freire Pimenta que cabe ao ente público contratante o ônus de alegar e de comprovar que agiu dentro das regras e procedimentos previstos na Lei de Licitações para evitar o inadimplemento das obrigações

trabalhistas dos empregados terceirizados por parte da empresa prestadora de serviços, já que se assim não fosse, estaria atribuindo ao trabalhador o pesado encargo de provar fato puramente negativo e de natureza “diabólica”.²

Assim, deve permanecer com a Administração o ônus de provar que tomou todas as medidas necessárias para evitar o inadimplemento da empresa prestadora de serviços, especialmente no que tange à comprovação de sua conduta fiscalizadora, a fim de que possa se eximir de qualquer responsabilidade pelo cumprimento de tais parcelas não cumpridas.

É sabido que todo contrato administrativo possui determinadas prerrogativas voltadas ao ente público, denominadas de cláusulas exorbitantes, dentre as quais está o poder-dever de fiscalização. A fiscalização faz-se necessária para que a Administração possa acompanhar o fiel cumprimento do contrato firmado com o particular, como prevê os arts. 58 e 67 da Lei de Licitações.

Ademais, vale ressaltar a existência do art. 34 da Instrução Normativa (IN) n. 2/2008 do MPOG que, regulamentando o retrocitado art. 67 da Lei 8.666/93, determina uma série de exigências ao ente público na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais dos empregados da empresa contratada, dentre os quais estão:

- a) regularidade para com o INSS e FGTS; b) pagamentos de salários no prazo previsto em lei, referente ao mês anterior; c) fornecimento de vale-transporte e auxílio-alimentação, quando cabível; d) pagamento do 13º salário; e) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional; f) realização de exames admissionais, demissionais e periódicos, quando for o caso; g) fornecimentos de cursos de treinamento e reciclagem exigidos por lei; h) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva,

2 PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr**: legislação do trabalho. São Paulo, 07, jul. 2011, p. 788.

acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho, e de todas as demais obrigações estabelecidas na legislação laboral.

Muito embora a IN n. 2/2008 do MPOG diga respeito à Administração Pública Federal, suas diretrizes devem nortear os demais entes federativos, especialmente em relação a uma eficaz fiscalização em matéria trabalhista sobre os contratos de terceirização, “em face da legítima expectativa constitucional de uma Administração Pública comprometida com a higidez legal e com a eficiência dos mecanismos de controle da atividade administrativa”.³

Verifica-se, portanto, que a fiscalização exigida não corresponde somente ao acompanhamento do cumprimento do objeto do contrato firmado com a empresa contratada, mas também a todos os aspectos que sejam imprescindíveis à satisfação deste objeto contratual, inclusive o cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços.

Tem-se, portanto, que a fiscalização corresponde não somente a um poder da Administração, mas também a uma responsabilidade de suma importância, já que através dela os direitos trabalhistas dos empregados terceirizados serão resguardados, dando maior efetividade à valorização do trabalho humano.

Tereza Aparecida Asta Gemignani lembra, nesse sentido, que o interesse público primário (justiça, segurança e bem-estar social), nunca poderá ser sacrificado em prol do interesse público secundário (interesse da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica), razão pela qual a fiscalização dos contratos é atividade imprescindível para proteger um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a saber, os valores sociais do trabalho, efetivando o interesse público primário.⁴

Outra questão que ganha relevância após o julgamento da ADC n. 16, foi a inserção do item VI na Súmula 331, prevendo a

3 VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, n. 1, jan./mar. 2011, p. 293.

4 GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da lei 8.666/93 e Súmula 331 do C. TST: poderia ser diferente? **Revista Síntese de Direito Administrativo**, n° 61, jan. 2011, p. 42-43.

abrangência total da responsabilidade subsidiária do tomador público em relação à condenação imposta à prestadora de serviços.

Todavia, vale ressaltar que o inédito item VI da Súmula 331 deve ser valorado com cautela. Isto porque, poderá haver situações onde a Administração Pública não possui o controle necessário para evitar o dano, nem mesmo através da mais eficiente conduta fiscalizatória.

Somente nos casos onde restar evidente a ausência de nexo causal entre a conduta da Administração e o fato, é que se poderia admitir a não transferência de responsabilidade. Entretanto, permanece o entendimento de que, quanto à inadimplência das verbas trabalhistas remuneratórias e rescisórias, resta sempre possível a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração quando agir omissivamente, em especial na fiscalização dos contratos.

5. POSSÍVEIS FORMAS DE GARANTIR A INTANGIBILIDADE SALARIAL AO TRABALHADOR TERCEIRIZADO

Com o julgamento da ADC n. 16, e a conseqüente alteração da Súmula 331 do TST, surge um questionamento que merece maior atenção: quando a Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, não agir omissivamente na fiscalização do contrato, quem pagará as contas do trabalhador, empregado da empresa prestadora de serviços inadimplente?

Inicialmente, vale lembrar que o referido entendimento jurisprudencial não deixa margem de dúvida quando se trata de terceirização no setor privado, onde a tomadora de serviços sempre responderá subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do real empregador, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Entretanto, no âmbito público a garantia da responsabilidade subsidiária não se repete, pois, segundo o novo entendimento consolidado do TST, a tomadora pública somente responde “caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”.

Neste diapasão, insta salientar que a responsabilidade da

Administração Pública, na qualidade de tomadora de serviços, tem efeitos diversos no que diz respeito à licitude (ou não) da terceirização.

5.1. Terceirização ilícita

De acordo com a jurisprudência trabalhista, a terceirização pode ser lícita ou ilícita. Esta divisão é feita porque toda vez que a terceirização de serviços não esteja prevista (entenda-se, permitida) na Súmula 331 do TST, restará configurado o vínculo de emprego entre o trabalhador e o tomador dos serviços, ou seja, a terceirização será ilegal ou ilícita.

Sérgio Pinto Martins define terceirização lícita como aquela “que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego”.⁵

Sendo assim, haverá ilicitude na terceirização quando esta ocorrer fora das hipóteses previstas na Súmula 331, item III, do TST, bem como quando ocorrer fraude na licitação. Por óbvio, se a contratação se deu em desobediência às regras e procedimentos estabelecidos na Lei 8.666/93, especialmente quanto à fase de habilitação, restará configurada a fraude no processo licitatório.

O procedimento licitatório, exigido para a formalização de contratos com o ente público, não é capaz de assegurar os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa, assim como faz (ou deveria fazer) o concurso público. Por este motivo, a licitação recebe ferrenhas críticas da doutrina, uma vez que este procedimento, por si só, não evita as ingerências dos administradores na eleição dos trabalhadores terceirizados, como explica Dora Maria de Oliveira Ramos:

Uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá a seu talante, por exemplo, em nome de uma relação harmoniosa para a execução contratual, pleitear a contratação pela terceirizada de pessoa por ele indicadas.⁶

5 MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 160.

6 RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001, p. 160.

Tal ilicitude agrava-se em razão da impossibilidade de reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador terceirizado com a Administração Pública por expressa vedação legal do art. 37, inciso II, da Constituição da República, que exige aprovação em concurso público para tanto.

Embora a Súmula 331 do TST tenha definido a vedação ao reconhecimento da relação de emprego do trabalhador que presta serviços à Administração Pública, o inciso II desta consolidada jurisprudência não define todos os efeitos decorrentes da terceirização ilícita no setor público, especialmente no que tange aos direitos assegurados pelo trabalhador.

Neste ponto, existem três correntes interpretativas.

A primeira corrente sustenta que, em não havendo vínculo de emprego, em razão da vedação constitucional à obrigatoriedade de concurso público, nenhum direito justralhista é devido ao trabalhador. Este é, inclusive, o entendimento de Sérgio Pinto Martins, que enfatiza que “a falta de concurso público tanto é ilegal para a Administração como para o trabalhador, que deveria saber de sua necessidade, pois não pode ignorar a lei (art. 3º da LICC)”.⁷

A segunda vertente é extremamente oposta à primeira, pois, admite a convalidação dos atos, reconhecendo o vínculo diretamente com o ente público tomador dos serviços, fundamentando que a ilicitude da terceirização não poderia beneficiar a Administração em dobro às custas do trabalhador prejudicado.

Por sua vez, a terceira corrente posiciona-se entre estas duas vertentes extremadas anteriormente descritas. Nesse sentido, entendem que não se poderia negar eficácia ao comando constitucional do art. 37, inciso II, da Magna Carta (como o faz a segunda corrente ao permitir o reconhecimento de vínculo com o ente público), nem tampouco conferir tratamento privilegiado ao ato ilícito, deixando o trabalhador hipossuficiente à própria sorte (como pensa a primeira corrente ao entender que nenhum direito ao trabalhador lhe é devido). Faz-se necessário garantir a observância da isonomia (art. 5º, caput e inciso I, e art. 7º, XXXII, ambos da Constituição) na relação trabalhista travada entre as partes, afastando-se os efeitos discriminatórios provocados pela

7 MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010, p. 150.

terceirização ilícita.⁸

Esta última linha de pensamento parece, inclusive, ter sido aquela adotada pela jurisprudência trabalhista, conforme previsão na Orientação Jurisprudencial (OJ) 383 da Seção de Dissídios Individuais 1 (SDI-1) do TST, *in verbis*:

OJ nº 383. Terceirização. Empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora. Isonomia. Art. 12, a, da Lei no 6.019, de 3-1-1974. A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, a, da Lei no 6.019, de 3-1-1974

Ademais, não obstante o reconhecimento do direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas asseguradas àqueles contratados diretamente pelo tomador, a intermediação de mão de obra de forma fraudulenta causa dano moral coletivo, devendo a reparação ser direcionada ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

5.2. Terceirização lícita

Por sua vez, na terceirização lícita, o inadimplemento da prestadora de serviços acarreta na responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

Com o julgamento da ADC n. 16, e a consequente alteração da Súmula 331 do TST, a tomadora pública somente responderá se agir culposamente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço.

Com efeito, o inédito item V analisado alhures passou a ser aplicado pelo Tribunal Superior do Trabalho que, ao reconhecer a ausência de comprovação da conduta omissiva do tomador público em fiscalizar os contratos de trabalho da empresa contratada, isenta a Administração de responsabilidade, não transferindo os encargos

8 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 443-445.

trabalhistas não adimplidos pela prestadora de serviços ao ente público.

Ora, nessas situações cabe novamente questionar: como fica o trabalhador que despendeu sua força de trabalho, diante do inadimplemento da prestadora e a impossibilidade de transferência da responsabilidade ao tomador público?

Em não sendo possível evitar o inadimplemento da prestadora, decerto que o trabalhador não deve arcar com este ônus, razão pela qual é necessário criar mecanismos de amparo ao trabalhador, garantindo-lhe as verbas remuneratórias (e rescisórias, se for o caso) a que tem direito.

Recentemente, foi incluído o art. 642-A na CLT, acrescentado pela Lei n. 12.440/2011, instituindo a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas com a finalidade específica de comprovação da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, onde o interessado deverá comprovar a quitação das obrigações estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei, bem como o devido cumprimento de obrigações decorrentes de execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia.

Com efeito, a CNDT corresponde a um documento obrigatório na fase de habilitação em procedimentos licitatórios (art. 29, inciso V, da Lei n. 8.666/90), consistindo em uma ferramenta auxiliar na redução do risco de contratação de empresas potencialmente insolventes, permitindo ainda um maior controle durante a execução do contrato. Todavia, a exigência da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas não é suficiente, por si só, para inibir eventual inadimplemento das prestadoras de serviço.

Necessário se faz a criação de outras medidas protetivas ao trabalhador, que lhe garanta o efetivo recebimento da contraprestação pactuada e de todos os outros direitos trabalhistas que faz jus.

Considerando que o poder-dever de fiscalização exigida à Administração Pública não corresponde somente ao acompanhamento do cumprimento do objeto do contrato firmado com a empresa contratada, mas também a todos os aspectos que sejam imprescindíveis à satisfação deste objeto contratual, inclusive o cumprimento das obrigações trabalhistas da prestadora de serviços, deve o ente público atuar com mais vigor na supervisão dos contratos de trabalho firmados

pela prestadora, especialmente quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas.

Todavia, em face do princípio da legalidade, não pode a Administração interferir na relação de emprego entre o trabalhador e a prestadora de serviços, conferindo o número de horas extras prestadas, sua escala de férias, a frequência, os atestados médicos apresentados, pois tal procedimento não é previsto em lei.

Somando-se a isto, a própria jurisprudência é no sentido de não admitir que o ente público condicione o pagamento à empresa prestadora de serviços se esta não fornecer mensalmente os recibos de pagamento de salários e de outros direitos trabalhistas dos trabalhadores terceirizados. Este foi o entendimento adotado pela jurisprudência a seguir transcrita:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EDITAL. EXIGÊNCIAS: FUNDO DE RESERVA E QUITAÇÃO ANTECIPADA DA FOLHA DE PAGAMENTO. ITENS 18.1 E 21.4.1. ILEGALIDADE. 1. A exigência de formação de Fundo de Reserva “com a finalidade de quitação de possíveis direitos e/ou verbas rescisórias trabalhistas”, e a condicionante de que “o pagamento da fatura somente será efetuado se a Contratada comprovar a completa quitação da folha de pagamento, inclusive do valor referente às férias, caso existam”, constantes do edital de licitação, para a contratação de empresa prestadora de serviços de apoio técnico-administrativo, parecem não encontrar respaldo na Lei n. 8.666/1993, a qual, ao autorizar a exigência de garantia, objetiva aferir a qualificação econômico-financeira da contratada para o cumprimento do contrato, não, como no caso, para a satisfação de encargos trabalhistas. 2. Decisão suspensiva do Pregão Eletrônico, que se confirma (por maioria). 3. Agravo desprovido. (Ag. Inst. n. 2007.01.00.032697-3/DF, TRF

1ª Região, Rel. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, 6ª Turma, DJ 21.01.2008).

Sendo assim, resta necessário haver previsão legal, com a modificação da Lei 8.666/93 estabelecendo os critérios e os meios para permitir o condicionamento do pagamento da fatura (ou de um determinado percentual), somente após a comprovação de quitação da folha de pagamento dos trabalhadores pela empresa contratada.

Isto porque, a possibilidade de retenção do pagamento à prestadora de serviços poderia reduzir os riscos de inadimplemento das obrigações contratuais, combatendo a falta de pagamento da contraprestação pactuada com os trabalhadores.

Outras soluções devem ser analisadas e debatidas a fim de solucionar este problema surgido após o julgamento da ADC n. 16, dando maior efetividade aos princípios mais comezinhos do Direito do Trabalho, a exemplo do princípio da proteção ao trabalhador hipossuficiente e da intangibilidade salarial, bem como aos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana e o da valorização do trabalho.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora o STF tenha declarado a constitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, isto não resultou na isenção de responsabilidade patrimonial nos casos em que o Poder Público terceiriza serviços.

De fato, a mera inadimplência das verbas trabalhistas pela prestadora de serviços não transfere a responsabilidade para o tomador, ente público da administração direta ou indireta, para fazer a apologia do teor do art. 71, acima referido. Contudo, é certo que há vários outros fundamentos jurídicos para responsabilizar o tomador público pelos créditos trabalhistas inadimplidos.

Neste contexto, resta necessário solucionar as situações em que o trabalhador presta serviços à Administração Pública, mas não é recompensado financeiramente pelo despendimento de sua força de trabalho, por aplicação da Súmula 331, item V, do TST, seja através modificação da Lei 8.666/93, estabelecendo os critérios e os meios para garantir os direitos trabalhistas que faz jus, ou de outras soluções inéditas capazes de evitar o inadimplemento da prestadora de serviços.

Desse modo, nada obstante a declaração de constitucionalidade do art. 71, §1º da Lei 8.666/93, resta perfeitamente possível a manutenção da responsabilização patrimonial da Administração, garantindo a eficácia de valores e princípios constitucionais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, função social do contrato e valorização do trabalho humano.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAVALCANTE JUNIOR, Ophir. **A terceirização das relações laborais**. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Artigo 71 da lei 8.666/93 e Súmula 331 do C. TST: poderia ser diferente? **Revista Síntese de Direito Administrativo**, nº 61, jan. 2011, p. 39-58.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr: legislação do trabalho**. São Paulo, 07, jul. 2011, p. 775 - 791.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na administração pública**. São Paulo: LTr, 2001.

VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. Terceirização: aspectos gerais: a última decisão do STF e a Súmula n. 331 do TST: novos enfoques. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, n. 1, jan./mar. 2

9 O CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS LIDES TRABALHISTAS

Cláudio Antônio Cassou Barbosa

Luiz Alberto de Vargas

Maria Madalena Telesca

Ricardo Carvalho Fraga

Desembargadores Federais do Trabalho, integrantes
da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho
da 4ª Região – Rio Grande do Sul

1. A Justiça do Trabalho e as relações laborais no Brasil do século XXI regem-se pelos princípios e normas jurídicas consagrados na Constituição democrática de 1988. O direito e a realidade social dos dias de hoje não são os mesmos de cinquenta anos antes, e várias razões, que passaremos a expor, recomendam amplo reexame do tema honorários de advogado nesta Justiça Especializada.

2. Sabe-se da origem do judiciário trabalhista brasileiro, há quase um século, ainda com natureza administrativa, vinculada ao Ministério do Trabalho, criada para conciliar e julgar as reclamações de empregados contra seus empregadores. Embora tenha adquirido “status” de ramo do Poder Judiciário após o advento da CLT, manteve algumas características peculiares, tais como o *jus postulandi* das partes (não obrigatoriedade de advogado), e a presença dos vogais

e juízes classistas (extinta a partir da EC 24 de 1999). Diante da inexistência de Defensoria Pública para as lides laborais, a Lei 5584/70 (arts. 14 a 19) determinou aos sindicatos a assistência judiciária trabalhista. Cabia aos sindicatos atender aos empregados representados (associados ou não) que declarassem condição de insuficiência econômica, sem qualquer custo, mediante credenciamento de advogados e estagiários de direito. Para manter este serviço, os sindicatos receberiam honorários de até 15% dos valores das condenações, pagas pelos reclamados. Na prática, firmou-se o costume dos sindicatos repassarem integralmente aos advogados os valores recebidos a título de assistência judiciária.

3. Com a CF de 1988, o Estado assume a obrigação de prestar a assistência judiciária gratuita a todos necessitados (art. 5º, LXXIV), os sindicatos passam a ter autonomia, livrando-se da tutela estatal (art. 8º), e o advogado foi reconhecido como indispensável para a administração da Justiça (art. 133). A Justiça do Trabalho foi não apenas mantida, mas ganhou prestígio e teve sua competência ampliada, através da Emenda 45/2004.

4. Mudou também a realidade das relações de trabalho, e aumentou a consciência social. Disso resulta que atualmente os juízes trabalhistas apreciam lides bem mais complexas do que meras horas extras não pagas ou parcelas rescisórias. É de conhecimento geral que, hoje, grande parte das ações que tramitam na Justiça do Trabalho envolve questões como responsabilidade civil do empregador por danos à saúde (acidentes de trabalho, doenças causadas ou agravadas pelo trabalho), danos físicos e psíquicos, danos materiais e extra-patrimoniais (danos morais, estéticos, assédio moral, sexual, e outros danos), decorrentes da relação laboral. Podemos citar os pedidos de diferenças de aposentadoria complementar privada (e interpretação dos respectivos regulamentos), e também as ações movidas contra diversos reclamados, no ambiente de terceirização, com condenações solidárias ou subsidiárias, e assim por diante.

5. São temas corriqueiros, também, direitos em face de discriminações no ambiente de trabalho, com pedidos de

reintegração no emprego ou indenização, além dos tradicionais pedidos de reconhecimento de vínculo de emprego, e seus consectários. Inúmeras ações tratam do impacto das novas tecnologias no mundo do trabalho (p. ex. teletrabalho, controle da jornada por meios virtuais, sobreaviso com uso de celulares ou outro meio de comunicação digital). Registre-se que o próprio processo do trabalho, em si, envolve a utilização das novas tecnologias, tanto nos diversos tribunais e varas do trabalho, para controle do andamento do processo e prática dos atos processuais, bem como nos escritórios de advocacia, exigindo para tanto investimentos e profissionalização crescente. O Processo Judicial Eletrônico encontra-se em fase de implantação em todo o país, e exige certificação digital do advogado para propor a ação, apresentar defesas, recorrer, enfim para a prática de todos os atos processuais.

6. Neste cenário, o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho na prática não existe mais, salvo raras situações localizadas em poucos Estados. Quando ocorre a atermação da reclamatória, ou há acordo na primeira audiência, ou a parte constitui seu advogado para o prosseguimento do feito. Inviável, em face da atual complexidade material e processual que a ação tenha sua tramitação, com todos os recursos inerentes, sem a presença do procurador habilitado. Esta é a realidade.

7. Do ponto de vista jurídico, em face das normas constitucionais referidas, os dispositivos dos artigos 14 a 19 da Lei 5584/70 não podem mais ser aplicados. A Justiça do Trabalho é, hoje, paradoxalmente, o único ramo do Poder Judiciário em que os honorários advocatícios não são considerados despesa processual e, assim, mantém-se a extravagância de considerar a presença do advogado como “facultativa” e “dispensável” – transferindo para a parte a responsabilidade pelo custeio de um profissional que a realidade do processo mostra, a cada dia, ser mais indispensável para o sucesso em uma causa trabalhista.

8. A lei ordinária que previa a obrigação sindical de prestar assistência judiciária colide com as normas constitucionais que obrigam o Estado a prestar este serviço a todos necessitados, e que afastam o

sindicato de qualquer ingerência estatal. Em tal contexto, inviável pretender-se ainda nos dias de hoje exigir dos sindicatos a prestação – na prática, gratuita – de assistência judiciária aos trabalhadores, quando tal obrigação incumbe, constitucionalmente, ao Estado. Não se pode deixar de considerar como despropositadas as exigências do Ministério Público do Trabalho ao pretender exigir dos Sindicatos a prestação obrigatória de Assistência Judiciária aos trabalhadores, como se todo o arcabouço corporativo do modelo sindical-assistencialista ainda presente na CLT não tivesse sido integralmente revogado pela Constituição Democrática de 1988. O despropósito ainda é maior quando a assistência pretendida seja feita nos estreitos limites da Lei 5584/70 que limita fortemente as possibilidades de ressarcimento pelos sindicatos das despesas feitas com o advogado.

9. Certo que ao editar a Súmula 329, o TST ratificou a Súmula 219, mesmo após a vigência da CF de 1988, restringindo a concessão de honorários à hipótese da Lei 5584/70. Trata-se, sem dúvida, de fenômeno similar ao que ocorreu com a substituição processual trabalhista, quando o TST editou o enunciado de Súmula 310, negando vigência a um direito expressamente reconhecido na norma constitucional, com fundamento em norma de lei ordinária anterior a 1988.

10. Não bastasse a anunciada incompatibilidade dos dispositivos da Lei 5584/70 às normas constitucionais vigentes, ocorre que posteriores alterações legislativas vieram a revogar diretamente os artigos 14 a 19 da referida lei. A jurisprudência de TRTs de diversas regiões do país (notadamente 2^a, 3^a, 4^a, 9^a e 15^a, apenas para destacar alguns dos Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil) tem destacado os efeitos da Lei 10.288/2001 e da Lei 10.537/2002, pois a primeira revogou expressamente a norma anterior relativa a assistência judiciária, ao inserir o parágrafo 10^o no art. 789 da CLT, e a segunda revogou esta alteração ao dar nova redação ao mesmo art. 789 consolidado, sem repetir o referido parágrafo 10^o, ou outra norma com mesmo conteúdo.

11. Não tendo a nova lei regulado a questão da assistência judiciária sindical, revogando a lei anterior, não se pode entender ripristinada

a norma revogada (Lei 5584/70), visto que o nosso sistema jurídico não prevê tal hipótese, segundo a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (art. 2º, parágrafo 3º). Assim sendo, mesmo que se entenda que a norma da CF não tivesse retirado a vigência da Lei 5584, temos certo que as alterações legislativas mencionadas acabaram por fazê-lo, de modo que se convive com a Súmula do TST, ainda hoje, cujo texto fundamenta-se em lei não mais em vigor.

12. Há, ainda, outros argumentos, não menos importantes, a serem considerados. O Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94) regula o exercício da profissão, cuja essencialidade para a administração da Justiça tem assento no art. 133 da CF. Institui a prerrogativa exclusiva da classe dos advogados para o exercício desta profissão, bem como que são destes a titularidade dos honorários decorrentes da sucumbência – procedência ou improcedência da ação – nos termos do art. 22 da Lei 8906. Trata-se de norma geral a respeito do tema, que, certamente, deve prevalecer em relação a uma norma anterior e específica, que regula em sentido diverso. Assim, a previsão de que aos sindicatos recairia o dever de prestar assistência judiciária aos necessitados, e aos sindicatos seriam devidos honorários correspondentes, colide com tal disposição legal subsequente.

13. Acrescenta-se, também, os dispositivos do “novo” Código Civil Brasileiro (2002), que através de seus artigos 389 e 404, **asseguram o princípio da reparação integral**, segundo o qual, na reparação dos danos causados, deverá o responsável ressarcir os prejuízos, neles incluindo-se além da correção monetária, juros de mora, eventual pena convencional, e os honorários advocatícios. Ora, novamente estamos diante de recente e relevante texto de lei ordinária, de aplicação geral em nosso país, que assegura o pagamento da verba honorária.

14. Como já vimos, por diversas razões, as regras da Lei 5584/70 com relação a assistência judiciária sindical perderam vigência, de modo que se aplica no processo do trabalho o contido na Lei 1060/50, bastando que a parte declare, sob as penas da lei, sua condição

de insuficiência econômica para que lhe seja assegurado o direito à gratuidade de acesso a Justiça.

15. Quanto aos honorários advocatícios, estes são devidos em face da mera sucumbência, devendo ser arbitrados na decisão judicial, com fundamento nas normas das Leis 1060/50 e 8906/94, artigos 389 e 404 do CC, e ainda art. 20 do CPC. Inexiste norma específica na legislação trabalhista que discipline a matéria de forma diversa, como antes esclarecido, de modo que plenamente viável, e mais do que isso, impositiva a aplicação das normas do direito comum, eis que perfeitamente compatíveis com as do direito do trabalho, ressalvada alguma controvérsia sobre séria dificuldade de sustento, adiante examinada.

16. Merece também ser enfrentada a questão dos honorários contratuais, ou seja, aqueles previstos em contratos de prestação de serviços jurídicos firmados entre o cliente e seu advogado (ou sociedade de advogados). Embora haja grande controvérsia quanto à competência para julgar conflitos decorrentes da execução destes contratos, que seria afeta a competência da justiça comum e não da especializada trabalhista, é certo que de forma incidental haverá tal debate na Justiça do Trabalho.

17. Em primeiro lugar, devemos ter claro que o papel do Juiz reside em solucionar conflitos e não em criá-los, portanto, salvo provocação da própria parte interessada, não cabe ao magistrado indagar a respeito da relação privada entre a parte e seu advogado. O reclamante, mesmo quando se declara pobre para os efeitos legais, e sob abrigo da justiça gratuita, permanece no exercício de seus direitos civis, como cidadão, podendo sim contratar serviços, adquirir bens e produtos, realizar operações de crédito, etc, e inclusive contratar honorários com seu advogado.

18. Deste raciocínio decorre que não existe qualquer incompatibilidade jurídica entre estar ao abrigo da justiça gratuita e contratar honorários de êxito com seu advogado, verba esta que não se confunde com os honorários de sucumbência, devidos pela parte contrária. A lei assegura ao advogado, profissional que depende de seus honorários para sobrevivência sua e de sua família, e também

para continuar trabalhando, ou seja, pagar as despesas de seu escritório, o direito de receber seus honorários. Inexiste, desta forma, qualquer ilegalidade na cumulação de honorários de êxito (contratuais) com honorários sucumbenciais. Ressalve-se, por evidente, eventual abuso no exercício deste direito, o que deverá ser examinado em face do caso concreto, e a partir de legítima provocação da parte interessada (no caso o cliente do advogado), quando deverá ser arbitrado judicialmente o quanto devido.

19. Por fim, resta, antes de concluir esta resenha, tratar de um argumento seguidamente mencionado pelos defensores da não-aplicação da sucumbência no processo trabalhista, o de que isso teria um efeito negativo quanto ao acesso ao judiciário, pelo risco do trabalhador ter de pagar custas e honorários advocatícios. Ora, da mesma forma como o juiz do trabalho dispensa o reclamante do pagamento de custas e outras despesas processuais (honorários de perito, p.ex.) deverá fazê-lo quanto a verba honorária advocatícia em caso de total improcedência da ação, ou improcedência de pedidos, em face da concessão da justiça gratuita (Lei 1060/50). Lembre-se da figura da compensação de honorários na procedência parcial.

20. Não acreditamos, portanto, que o princípio da sucumbência viria prejudicar o acesso à Justiça do Trabalho. Ao contrário, poderá contribuir para uma responsabilidade maior na propositura de ações, reduzindo o número de ações com escassos fundamentos jurídicos, bem como inibir iniciativas de empregadores de tentar utilizar a Justiça do Trabalho como foro de homologação de rescisões contratuais, por exemplo.

21. Em conclusão, a Justiça do Trabalho brasileira, na sua atual maturidade e grandeza, necessita atualizar-se com relação a este tema tão relevante, que diz respeito ao seu funcionamento harmônico, porque decisivo na própria relação entre advogados, partes e judiciário. O novo caminho sugere o cancelamento pelo TST das Súmulas 219 e 329, abrindo as portas da dignidade para a advocacia trabalhista, além de sinalizar para o estabelecimento de regras mais equilibradas e justas com relação aos jurisdicionados quanto à contratação de seus advogados, sem prejuízo do *jus*

postulandi das partes, mas lançando luzes para o futuro: um processo trabalhista à altura do que espera e merece toda a sociedade brasileira.

Jurisprudência

Acórdãos

PROC. Nº 0001165-61.2011.5.06.0016

ÓRGÃO JULGADOR: 4ª TURMA

RELATOR: DESEMBARGADOR ANDRÉ GENN DE ASSUNÇÃO
BARROS

AGRAVANTE: ALEX BATISTA DA SILVA

AGRAVADO: LOCALIZA RENT A CAR S.A.

ADVOGADOS: AUGUSTO CARLOS PADILHA CARDOSO E
RAFAELA INO NUNES

PROCEDÊNCIA: 16ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE (PE)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. A configuração do dano moral impõe a exposição do ofendido a situações humilhantes e vexatórias (ato ilícito) que lhe causem (nexo de causalidade) sofrimento moral ou angústia (dano), aspectos esses ligados à personalidade. O ônus de provar a existência dos requisitos da responsabilidade civil é do autor, por ser o fato constitutivo de seu direito, consoante o art. 333, I, do CPC c/c o art. 769 da CLT. Não tendo se desincumbido desse encargo, e sendo a atitude da empresa exercício regular do seu poder diretivo de controle sobre o trabalho, não há como deferir a indenização pleiteada. Recurso ordinário ao qual se nega provimento.

Vistos etc.

Recurso ordinário interposto por ALEX BATISTA DA SILVA em face de sentença proferida pelo MM. Juízo da 16ª Vara do Trabalho do Recife, que julgou improcedente a Reclamação Trabalhista

ajuizada pelo recorrente contra LOCALIZA RENT A CAR S.A., nos termos da fundamentação às fls. 185/190.

Em razões recursais, às fls. 192/206, o recorrente ressalta a importância da prova oral e testemunhal, argumentando que a manutenção da sentença contraria o Princípio da Ampla Defesa. Requer que o pedido de horas extras e repercussões seja apreciado e julgado procedente com base nas provas documentais juntadas aos autos, não sendo caso de extinção do processo sem julgamento do mérito. Aduz que o Juízo de Primeiro Grau deixou de apreciar os pedidos referentes à aplicação das multas dos arts. 29 e 53 da CLT pela retenção da sua CTPS por mais de 60 dias, bem como ao prêmio de participação nos lucros, de modo que objetiva a condenação da recorrida no valor de 01 (um) salário mensal. Postula, ainda, a aplicação das multas dos arts. 467 e 477 da CLT, como também a condenação do recorrido em indenização por danos morais em valor a ser arbitrado pelo Juízo. Pede o provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas às fls. 210/218.

Não houve remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho, por força do disposto no art. 20 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho c/c art. 50 do Regimento Interno deste Regional.

É o relatório.

VOTO:

Da preliminar de não conhecimento do recurso, quanto ao pedido de participação nos lucros, por supressão de instância, arguida pela recorrida.

Reconhecendo que o Juízo de Primeiro Grau deixou de apreciar o pedido de participação nos lucros, postula o recorrente a condenação da demandada ao referido prêmio, correspondente a 01 (um) salário mensal.

Não obstante tenha sido abordado na petição inicial, o tema em questão não foi alvo de apreciação pelo Juízo *a quo*, e a parte recorrente, a quem interessaria a revisão do julgado, deixou de opor embargos declaratórios com vistas a sanar a omissão, operando-se, então,

a preclusão.

Assim, de acordo com o posicionamento dominante, impossível a análise, nesta ocasião, desses requerimentos, sem que seja patrocinada supressão de instância. Os limites da lide sofrem restrição a partir do julgado entregue ao exame do Juízo *ad quem*, do mesmo modo que o litigante tem o dever processual de impugnar a sentença ponto a ponto, sob pena de não poder ser transferido o conhecimento da matéria controvertida àquele juízo.

Pacífica a jurisprudência do C. TST sobre o tema, cristalizada na parte final da Súmula n.º. 393, *verbis*:

“RECURSO ORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. ART. 515, § 1º, DO CPC. O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 515 do CPC, transfere automaticamente ao Tribunal a apreciação de fundamento da defesa não examinado pela sentença, ainda que não renovado em contrarrazões. Não se aplica, todavia, ao caso de pedido não apreciado na sentença” (destaque inexistente na origem).

Por conseguinte, acolho a preliminar e não conheço do apelo, no particular.

Da preliminar de não conhecimento do recurso, quanto aos pedidos de horas extras e repercussões e de aplicação das multas pela retenção da CTPS, por ofensa ao Princípio da Dialética. Atuação de ofício.

A sentença vergastada extinguiu, sem resolução do mérito, por inépcia, o pedido de horas extras, justificando a insuficiência na causa de pedir, além de ter declarado a ilegitimidade do reclamante para postular a multa pela retenção da CTPS.

O apelo do autor, entretanto, ao invés de se insurgir contra tal fundamentação, limita-se a reproduzir os argumentos da inicial, o que constitui óbice à análise da insatisfação, em face da inobservância ao Princípio da Dialética, insculpido no artigo 514, II, do CPC, subsidiariamente aplicado ao Processo Trabalhista, conforme permissivo

constante do artigo 769 da CLT.

Nesse sentido, esclarecem Eduardo Arruda Alvim e Cristiano Zanin Martins em *Apontamentos Sobre o Sistema Recursal Vigente no Direito Processual Civil Brasileiro, à luz da Lei nº 10.352/01*, publicado na obra *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, coordenada por Nelson Nery Júnior e Tereza Arruda Alvim Wambier, *in verbis*:

“Em atenção ao princípio da dialeticidade dos recursos, o recorrente terá de consignar, em suas razões recursais, os motivos pelos quais a decisão impugnada deverá ser reformada ou cassada pelo órgão ad quem.

Faz-se necessário destacar que o princípio ora examinado exige correspondência entre os temas decididos (ou não decididos) pela decisão recorrida e as razões recursais.

Não atende o princípio ora examinado, v.g., o recurso de apelação interposto contra sentença que tenha extinguido o feito sem julgamento de mérito que trate apenas do mérito da demanda, pois, nessa hipótese, os fundamentos do decisum vergastado não terão sido impugnados pelo recorrente.

Da mesma forma, não atendem ao princípio em questão as razões recursais genericamente aduzidas, sobretudo aquelas “padronizadas”, que não observam as peculiaridades do caso concreto.

O princípio em tela, além de encontrar guarida em diversos dispositivos legais, v.g., os arts. 514,II, 524, II e 541, III, todos do CPC, deflui, também, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o recorrido somente poderá apresentar suas contra-razões recursais, instalando o contraditório com a amplitude que lhe garante o Texto Constitucional, ciente dos motivos pelos quais o recorrente se insurge contra a decisão recorrida.” (pg. 161/162)

Alinhando-se ao exposto está a Súmula nº 422 do TST:

“RECURSO ORDINÁRIO. APELO QUE

NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 514, II, do CPC. (Inserido em 27.05.2002). Não se conhece de recurso ordinário para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnem os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta.”

Sendo assim, preliminarmente, não conheço do recurso no que concerne aos referidos tópicos, por inobservância ao Princípio da Dialética.

MÉRITO

Das multas dos arts. 467 e 477 da CLT.

Pugna o recorrente pela aplicação das multas dos arts. 467 e 477 da CLT, em virtude da possibilidade de reconhecimento das diferenças de verbas rescisórias.

A multa prevista no artigo 477, § 8º, da CLT é devida ante a ausência de quitação tempestiva das verbas rescisórias e a multa do art. 467 da CLT estimula o pagamento das verbas rescisórias incontroversas até a data de comparecimento do empregador à Justiça do Trabalho.

In casu, como houve o pagamento tempestivo de todas as verbas rescisórias, não se reconhecendo em Juízo quaisquer diferenças, nego provimento ao recurso, no particular.

Dos danos morais.

Considerando que a sentença vai de encontro às provas dos autos, insiste o recorrente na ocorrência de danos morais devido a três condutas da recorrida: 1) submeter o recorrente à posição de ocultar a situação dos automóveis, para desviar o controle de trabalho; 2) reter a CTPS; e 3) pressioná-lo a dizer onde se encontravam dois automóveis que, no sistema, tinham sido movimentados por ele.

A configuração do dano moral impõe a exposição do ofendido a situações humilhantes e vexatórias (ato ilícito) que lhe causem (nexo de

causalidade) sofrimento moral ou angústia (dano), aspectos esses ligados à personalidade. Para caracterizar a responsabilidade civil, é mister, portanto, a coexistência do ato ilícito, do dano e do nexos causal entre eles.

No que concerne à primeira conduta, a testemunha trazida a Juízo pelo reclamante confirmou que era comum fazer uma movimentação do automóvel no sistema diferente da sua situação real. Todavia, essa postura não corresponde a ato ilícito nem ensejou sofrimento ou angústia, além de ir de encontro aos próprios objetivos de controle de produtividade da recorrida, de modo que não pode ser a ela imputada. Não há, pois, dano moral a ser reparado por esse motivo.

A segunda atitude foi rechaçada pela recorrida, a qual aduz ter solicitado a presença do recorrente para entrega da CTPS, mas ele não compareceu nem entrou em contato. Nos termos do art. 333, I, do CPC, subsidiariamente aplicado ao Processo Trabalhista por autorização do art. 769 da CLT, era do recorrente o ônus de provar a referida conduta e o dano causado, encargo este do qual não se desincumbiu. Ao contrário, demonstrou em seu depoimento a irrelevância desse acontecimento, ao dizer *“que ajuizou a presente ação postulando indenização por dano moral, tendo em vista que se sentiu ofendido por ter se sentido acusado de roubo de 02 veículos que desapareceram da Reclamada...que esses foram os únicos motivos pelos quais postula indenização por dano moral (...)”* .

Quanto à terceira situação, a gravação “SP0000” utilizada como prova (fl. 63) evidencia em diversos trechos que os funcionários da recorrida não o acusaram de subtrair os veículos, mas sim de ser responsável pelo desaparecimento dos automóveis, no sentido de ter sido a última pessoa a movimentá-los no sistema. Apesar de reconhecer o teor constrangedor dessa conversa, observo também que a atitude da empresa correspondeu ao exercício regular do seu poder diretivo de controle sobre o trabalho, pois, desaparecendo dois carros movimentados pelo recorrente, bastante natural o desejo de obter explicações dele.

As condutas da empresa não corresponderam, então, a atos ilícitos que expuseram o ofendido a situações humilhantes, não havendo, pois, como deferir a indenização pleiteada.

Sendo assim, nego provimento ao recurso, no particular.

Da alegada ofensa ao Princípio da Ampla Defesa.

Por fim, registro que a fundamentação acima não viola quaisquer dispositivos constitucionais, inclusive o Princípio da Ampla Defesa, pois foram assegurados todos os meios de defesa ao recorrente.

Da conclusão

Ante o exposto, acolho a preliminar de não conhecimento do recurso, quanto ao pedido de participação nos lucros, por supressão de instância, arguida pela recorrida; preliminarmente, mediante atuação de ofício, não conheço do recurso, quanto aos pedidos de horas extras e repercussões e de aplicação das multas pela retenção da CTPS, por ofensa ao Princípio da Dialética; e, no mérito, nego provimento ao recurso.

ACORDAM os Desembargadores da Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, por unanimidade, acolher a preliminar de não conhecimento do recurso, quanto ao pedido de participação nos lucros, por supressão de instância, arguida pela recorrida; preliminarmente, mediante atuação de ofício, não conhecer do recurso, quanto aos pedidos de horas extras e repercussões e de aplicação das multas pela retenção da CTPS, por ofensa ao Princípio da Dialética; e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Recife, 02 de maio de 2013.

ANDRÉ GENN DE ASSUNÇÃO BARROS
DESEMBARGADOR RELATOR

PROC. N.º 0001690-28.2011.5.06.0021

Órgão Julgador: 1ª Turma

Relator: Desembargador FÁBIO ANDRÉ DE FARIAS

RECORRENTE: MUNICÍPIO DO RECIFE

RECORRIDO: FLÁVIA SANTOS DE ANDRADE,
CESPE I CENTRO ESPECIALIZADO DE
PERNAMBUCO, CESPE II CENTRO
ESPECIALIZADO DE PERNAMBUCO,
CESPE III CENTRO ESPECIALIZADO DE
PERNAMBUCO E CESPE IV CENTRO
ESPECIALIZADO DE PERNAMBUCO

ADVOGADOS: GUSTAVO HENRIQUE BAPTISTA ANDRADE E
JUDASTADEU DA SILVA GOMES.
PROCEDÊNCIA: 21ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE (PE)

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONVÊNIOS. Inexistindo alegação de fraude ou irregularidade no convênio, bem como prova de inadimplemento do Município quanto a obrigações assumidas com entidades conveniadas, a medida jurisdicional que se impõe é o reconhecimento da improcedência de reclamação que pretende o reconhecimento da responsabilidade subsidiária de Município convenente. **Recurso ordinário provido.**

Vistos etc.

Recurso ordinário interposto pelo **Município do Recife** contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 21ª Vara do Trabalho do Recife (PE), que julgou *PARCIALMENTE PROCEDENTES* os pedidos formulados nos autos da reclamação proposta por **Flávia Santos de Andrade** em face do recorrente e das empresas **Cespe I Centro Especializado de Pernambuco, Cespe II Centro Especializado de Pernambuco, Cespe III Centro Especializado de Pernambuco e Cespe IV Centro Especializado de Pernambuco**, nos termos da fundamentação de fls. 304/311.

Nas razões documentadas às fls. 323/346, o recorrente aponta a ilegitimidade para figurar no pólo passivo da demanda e pretende a “exclusão da lide”. No particular, alega que o artigo 71, § 1º da Lei nº 8.666/93 exclui a responsabilidade trabalhista e a possibilidade de fiscalizar o contrato de prestação de serviços não acarreta reconhecimento da referida responsabilidade. De outra parte, alega que o dispositivo da lei de licitações já referido foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal-STF; que o afastamento daquela norma implica violação do enunciado nº 10 da Súmula vinculante do STF; e que não restou demonstrada nenhuma culpa da Administração Pública, pois, segundo afirma, cumpriu o procedimento licitatório e fiscalizou o cumprimento do objeto do contrato. Pede provimento.

Apesar de regularmente notificadas as partes, não foram apresentadas contrarrazões.

O Ministério Público do Trabalho, por intermédio do parecer

da lavra do Procurador Regional do Trabalho Aluísio Aldo da Silva Júnior, opinou pelo não provimento do recurso ordinário (fls. 360/363).

É o relatório.

VOTO:

Da arguição de ilegitimidade passiva.

A pretensão relacionada ao reconhecimento da ilegitimidade do Município recorrente para figurar no pólo passivo é improcedente, pois, segundo a teoria da asserção, positivada no vigente Código de Processo Civil, é a versão autoral que define a legitimação dos sujeitos envolvidos na relação processual.

Aqui, o acionante atribuiu ao recorrente a responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas devidas pelas empresas contratadas para a prestação de serviços.

Logo, é curial a legitimação processual do Município do Recife, inclusive, para resistir à caracterização da responsabilidade que lhe foi imputada.

Por fim, esclareço que a figura da “exclusão da lide” é absolutamente desconhecida na legislação processual.

Nego provimento.

Da responsabilidade subsidiária.

A arenga recursal cinge-se à atribuição, ou não, de responsabilidade trabalhista subsidiária ao município que celebra convênio com entidade privada sem fins lucrativos, visando à prestação de serviços de saúde à população. A recorrente entende pela aplicação do disposto no artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93.

Saber se norma constante no artigo 71, § 1º da Lei de Licitações é aplicável ao caso concreto exige saber se a relação travada entre as partes é verdadeiro convênio ou contrato administrativo.

Os contratos administrativos exigem prévia licitação – à exceção dos casos dispensados por lei – e é relação em que as partes têm interesses opostos e antagônicos, ou seja, uma parte pretende a

realização do objeto do contrato e a outra pretende a respectiva contraprestação, a remuneração, pois esta irá realizar o lucro da sua atividade. Há nítida composição de interesses.

Os convênios, de outra parte, dispensam a realização de prévio procedimento licitatório à sua celebração e envolvem partícipes que pretendem – todos eles – a realização do objeto do convênio. Há conjugação de interesses e eventual repasse de verbas não deve possuir finalidade lucrativa, mas, apenas, custeadora de despesas necessárias à realização do objeto do convênio.

Ressalto, ainda, que a avença constante do convênio ora apreciado atende ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que, possibilitar a atuação descentralizada quanto a prestação de um serviço social por uma entidade especializada, assegura a prestação de um serviço de melhor qualidade à comunidade, com o mesmo custeio, visto que não há pagamento de lucro, apenas de custo.

No caso em análise, o instrumento de convênio juntado às fls. 191/200, aditado na forma dos termos juntados às fls. 187/288, deixa claro que não há que se falar em contrato administrativo, mas em convênio, pois, além de ambas as partes terem nítido interesse na realização do objeto da avença – o Município, em razão do interesse público primário; e as reclamadas, em razão das suas finalidades institucionais –, não há previsão de remuneração dos serviços, mas, apenas de custeio de exames.

Observe-se que a cláusula terceira do instrumento de convênio (fl. 192) prevê que a parcela mensal do repasse equivale ao custo aproximado de 150 atendimentos, e que a sua liberação fica condicionada à demonstração do efetivo atendimento.

Embora não se trate de contrato administrativo, mas de convênio, que tem por objeto a prestação de um serviço de interesse social – objetivo comum ao interesse primário da Administração pública e ao objeto social das associações reclamadas –, a relação jurídica ora em apreciação é regida pelas disposições da Lei nº 8.666/93, naquilo em que lhe for aplicável, em razão do disposto no artigo 116 do referido diploma legal.

O Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007 dispõe sobre procedimentos a serem adotados quanto à celebração, acompanhamento, prestação de contas e outras questões relacionadas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Contudo, embora a celebração de convênios dispense a prévia licitação, o referido decreto não dispôs acerca da responsabilização por eventuais encargos

trabalhistas resultantes da realização do objeto do convênio. E não o fez por falha de regulamentação, mas em razão da própria natureza jurídica do instituto.

Como já explanado, na celebração do convênio não há contratação de uma empresa para prestação de um serviço – não havendo que se falar, portanto, em tomador de serviço, empresa prestadora ou terceirização de mão de obra. Há, na verdade, concessão de uma subvenção econômica a uma pessoa jurídica de direito privado que, sem finalidade lucrativa, dispõe-se a prestar um serviço que deveria ser prestado pelo ente público, em atendimento ao interesse público primário.

Dessa forma, como o convênio trata de interesses conjugados e convergentes, a responsabilidade do Ente público restringe-se ao repasse dos valores estabelecidos no convênio mediante o cumprimento das condições impostas à pessoa jurídica conveniada. Esta, por sua vez, tem como responsabilidade a prestação adequada e regular do objeto do convênio, o que engloba o regular funcionamento de toda uma estrutura necessária à realização do objeto do convênio, tendo em vista que o valor do custo pressupõe a atuação regular.

A Administração Pública tem o dever de pautar sua atuação pelos estritos termos legais. E, como a lei de licitação e contratos, bem como o Decreto nº 6.170/2007, preveem o procedimento adequado para a celebração e acompanhamento dos convênios, a constatação de alguma responsabilidade do Município recorrente depende da demonstração do descumprimento de algum procedimento legal relacionado à celebração - culpa “in eligendo” -, ou ao acompanhamento e prestação de contas do convênio - culpa “in vigilando”.

Feito o registro, há de ser dito que, nos presentes autos, não há alegação de fraude ou irregularidade no convênio e não foi produzida prova de que o Município descumprira as obrigações assumidas com as associações conveniadas para a realização do objeto do convênio ou de que deixara de observar a realização de exames em quantitativo necessário à liberação de parcela do repasse.

Desta sorte, com a devida vênia ao juízo de primeiro grau, tenho que, inexistindo, sequer, apontamento de fato omissivo imputado do ente municipal, não há como desprestigiar o princípio da presunção da legitimidade dos atos administrativos.

Por essas razões, dou provimento ao recurso ordinário para julgar a reclamação trabalhista improcedente quanto ao Município do Recife - PE.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto, dou provimento ao recurso ordinário para julgar a reclamação trabalhista improcedente quanto ao Município do Recife - PE.

ACORDAM os juízes da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário para julgar a reclamação trabalhista improcedente quanto ao Município do Recife - PE.

Recife, 27 de maio de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei 11.419/2006)

FÁBIO ANDRÉ DE FARIAS
DESEMBARGADOR RELATOR

PROC. Nº 0001889-47.2011.5.06.0022 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA

RELATORA: DESEMBARGADORA ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO

RECORRENTE: PAULO RAFAEL DE LIRA JÚNIOR

ADVOGADOS: DANILO CERQUEIRA DE ARRUDA CABRAL

RECORRIDAS: TRI-STAR SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS LTDA. E AMERICAN AIRLINES INC

ADVOGADOS: ADILSON BORGES DE CARVALHO, NELSON MANNRICH E NANCY TANCSIK DE OLIVEIRA

PROCEDÊNCIA: 22ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE (PE)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. EMPRESA DE TRANSPORTES AÉREOS. TRABALHADOR EXERCENTE DE CARGO QUE IMPUNHA A BUSCA DE BOMBAS NO INTERIOR DAS AERONAVES. DANO MORAL DERIVADO DE SUJEIÇÃO DE EMPREGADO A TESTES DE POLÍGRAFO (DETECTOR DE

MENTIRAS). NÃO CONFIGURADO. O dano se traduz como uma consequência do ato ilícito praticado por outrem, lesionando um bem da vida material ou imaterial, este, em sua vertente corpórea, moral ou intelectual. Necessária, portanto, a prova da ocorrência de prática de ato que macule o direito de personalidade do trabalhador. No caso concreto dos autos, tem-se que a sujeição do Reclamante ao teste do polígrafo não teve por finalidade a salvaguarda do patrimônio da empresa contratante, mas sim a segurança da população em geral e clientes em particular. Observe-se que a natureza das atividades desenvolvidas pela 2ª Reclamada, voo e transporte de passageiros e cargas, necessita de total segurança, garantia e estabilidade, especialmente porque conduzem seres humanos diariamente, sendo a vida e a segurança do homem bens fundamentais, que exigem a devida tutela. Desse modo, incumbia à 2ª Reclamada se cercar de todos os cuidados, na contratação de seus funcionários, sendo o mais diligente possível. Destaque-se, a propósito, que o Reclamante confessou em seu depoimento que foi contratado para desempenhar a função de agente de integração e que no exercício de suas atribuições procurava bombas dentro das aeronaves. Assim sendo, a conduta da empresa encontra perfeita proporcionalidade entre a natureza de suas atividades e a função desenvolvida pelo candidato, não se constatando abuso do seu direito potestativo, especialmente diante da ausência de publicidade do desenvolvimento e no resultado do teste, a evidenciar o cuidado desta com a individualidade e privacidade do trabalhador. Além disso, ausentes o gravame, o abalo moral, a humilhação ou mácula da imagem do Empregado perante seus colegas ou diante da sociedade, a justificar a condenação por danos morais. Realce-se que a submissão do candidato/empregado ao teste do polígrafo é uma prática adotada em relação a todos os funcionários, comprovando, assim, a generalidade da medida, cuja finalidade não era de perseguir ou discriminar qualquer empregado. Portanto, os questionamentos realizados não tiveram o condão de agredir a honra e a intimidade do trabalhador, pois estas permaneceram incólumes, quer seja pela justificação da conduta do Empregador, quer seja pelo sigilo da entrevista. Esclareça-se que as perguntas formuladas no teste do polígrafo, embora estivessem inseridas no campo da intimidade do Autor, tinham como finalidade verificar o preenchimento dos requisitos necessários, por parte do empregado, para desempenhar a função de agente de integração, levando em consideração as peculiaridades e riscos no exercício da atividade, pois o cargo deve ser ocupado por profissional saudável, sem vícios de

bebidas, drogas ou congêneres, e que exerça o ofício com discernimento e responsabilidade. Nesse quadro delineado, as empresas agiram dentro da legalidade. Desse modo, não há como prosperar a alegação de dano moral. Recurso Ordinário a que se nega provimento.

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Ordinário interposto por **PAULO RAFAEL DE LIRA JÚNIOR**, contra Decisão proferida pela 22ª Vara do Trabalho do Recife - PE, mediante a qual foram julgados improcedentes os pedidos constantes da Reclamação Trabalhista, por ele ajuizada, em face das empresas, **TRI-STAR SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS LTDA.** e **AMERICAN AIRLINES INC.**, conforme fundamentos de fls. 161/164.

Em suas razões recursais, às fls. 166/176, insurge-se o Reclamante contra o indeferimento da indenização por danos morais, observando que o Magistrado singular entendeu como incontroversos os fatos narrados na exordial, no entanto considerou, de forma equivocada, que as perguntas que lhe foram formuladas não se referiam a questões relacionadas à sua intimidade, mas sim para averiguação de sua condição empregatícia. Questiona a afirmação do Juízo de que o interrogatório não invadiu ou infringiu a lei, se ele próprio reconheceu o caráter não controvertido das afirmações contidas na peça de ingresso, bem como o fato de não ter sido ouvida a prova testemunhal, a fim de se ter uma exata dimensão das perguntas realizadas. Esclarece que em sua atrial apenas citou, em caráter exemplificativo, algumas perguntas feitas pela Empresa, quando da etapa prévia de resposta ao formulário, reproduzindo-as. Menciona, todavia, que com isso não estava afirmando que a invasão de sua intimidade e o dano originaram-se, unicamente, nesta etapa, mas também quando da realização do polígrafo, ocorrida em momento posterior. Reproduz o seguinte trecho de sua exordial: *“A despeito do caráter invasivo do questionário – o que por si só gerou constrangimento, a situação se tornou muito mais ofensiva ao Reclamante, quando este foi direcionado a outra sala para ser submetido ao polígrafo, ou seja, procedimento de investigação altamente rechaçado pelos meios legais e que faz uso do detector de mentiras, excepcionalmente utilizado pela Polícia e instituições como: FBI, CIA, KGB, KKK. A exemplo do tratamento conferido a “um presidiário”, o Reclamante foi vastamente sabatinado sobre várias questões desprovidas de razoabilidade e muitas sem qualquer relação com o emprego ofertado, algumas inclusive de foro*

íntimo, visando colocá-lo em contradição e testar a sua integridade moral.” Assevera que teria informado que foi submetido a várias perguntas de ordem íntima e sob procedimento vexatório e constrangedor e que o dano se manifestou não só pelo teor das perguntas formuladas, mas, principalmente, pela forma humilhante e ameaçadora em que tudo se procedeu. Registra não haver se negado a apresentar provas neste sentido, pois protestou todo tempo pela ouvida de sua prova oral. Entende, assim, que a decisão hostilizada carece de reforma, pois, embora o Juiz de primeiro grau tenha se baseado no caráter incontroverso da exordial, amparou-se, tão somente, nas perguntas descritas de forma exemplificativa, desprezando, por conseguinte, toda a instrução processual. Enfoca a incongruência e contradição processual, eis que a Magistrada que conduziu a primeira sessão de audiência de instrução entendeu pela necessidade da ouvida da prova testemunhal, ao contrário do segundo Juiz, que considerou ser a controvérsia uma questão meramente de direito e se absteve de evoluir na análise dos fatos, impedindo, portanto, a ouvida de sua testemunha. Acrescenta que o Juiz, apesar de proceder desta forma, inclusive sob os seus protestos, fundamentou a sua decisão em questão fática e não apenas de direito, ao afirmar que não teria havido infração ao art. 1º da Lei n. 9.029/95 e a dignidade do trabalhador. Entende ser o julgado recorrido insubsistente, chegando, inclusive, a desprivilegiar a hipossuficiência do trabalhador, uma vez que teria tentado provar as ofensas por ele sofridas, haja vista a questão versada nos autos não se referir apenas à ilegalidade do polígrafo, mas, precisamente, a existência de dano concreto, o que obrigava o Julgador a analisar os fatos e não fundamentar sua decisão na interpretação superficial e equivocada da vestibular. Ressalta que a Lei n. 9.029/95, que proíbe algumas práticas discriminatórias, ao invés do sustentado pelo Douto Juiz, não é taxativa nas hipóteses de discriminação, mas apenas exemplificativa, como bem demonstra o entendimento do Superior Tribunal. Cita jurisprudência em favor de sua tese. Rebelar-se contra a motivação da Vara do Trabalho de origem, que considerou o polígrafo uma prática comum àqueles que trabalham em serviços aeroportuários, porque, em várias decisões, esta Corte Regional já definiu que o poder diretivo do empregador não é ilimitado, sendo regulado pela Constituição e pela CLT. Diz que na admissão de empregados várias práticas são adotadas, tais como: questionários, exames psicotécnicos e toxicológicos, testes grafológicos, astrologia, etc. Argumenta, entretanto, que estes procedimentos devem respeitar os direitos básicos garantidos pela Constituição da República,

porquanto, apesar de o poder diretivo permitir a avaliação das condições intelectuais do candidato à função que vier a desempenhar, não autoriza a violação de sua privacidade ou sua intimidade. Defende, assim, que todos os meios empregados hão de ser adequados para a constatação da aptidão profissional do candidato (experiências anteriores, capacitação técnica, locais de trabalho anteriores, etc.), pois tudo que ultrapasse a isso e se dirija à vida pessoal do trabalhador, a não ser que esteja vinculada com o cargo oferecido pela empresa, provoca uma discriminação negativa e infração do art. 7º, XXX, da Lei Maior. Observa que o cargo para qual foi contratado foi o de agente de integração, cujas funções não estão ligadas à parte de segurança, motivo pelo qual a simples realização do teste já se deu de forma ofensiva e além dos limites previstos em lei. Aduz ter sido submetido ao citado teste de forma obrigatória e sem saber o porquê ou a razão das perguntas de cunho pessoal que tinha de responder. Acrescenta que a exposição foi única, mas que no decurso dos meses de trabalho, não só ele, como os demais funcionários, foram ameaçados a passar, novamente, pelo polígrafo. Sustenta que a relação de emprego é baseada na confiança mútua entre empregador e empregado, e que o exercício do poder diretivo não só extrapolou os limites adequados e necessários para o bom andamento da atividade empresarial, como violou o seu direito de privacidade ou intimidade. Ressalta que a jurisprudência tem repudiado a adoção do polígrafo, seja como critério de seleção, seja como exigência para continuidade da manutenção do emprego. Transcreve alguns arestos em favor de sua tese. Pede o provimento do apelo, a fim de ser reformada a decisão, e julgado procedente o pedido de indenização por danos morais. Esclarece que pede a procedência do pleito, tendo em vista que o processo já se acha apto para julgamento, na medida em que os fatos narrados na exordial são incontroversos, pois as Reclamadas não refutaram suas alegações iniciais, em suas defesas, eis que estas versaram, tão somente, sobre a legalidade da prática do polígrafo. Alternativamente, pede pela reabertura da instrução processual, para que lhe seja conferida a oportunidade de esgotar a sua produção de prova e, conseqüentemente, ter seu direito de ação resguardado, nos moldes estabelecidos na Constituição Federal.

Contrarrazões oferecidas pela 1ª e 2ª Reclamada, às fls. 181/184, respectivamente.

Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em razão do disposto na Resolução Administrativa n. 5/2005, mediante a qual foi alterado o art. 50 do Regimento Interno

desta Corte.

É o relatório.

VOTO:

MÉRITO

Indenização por danos morais

Insurge-se o Autor contra o indeferimento da indenização por danos morais, observando que o Magistrado singular entendeu como incontroversos os fatos narrados na exordial, no entanto considerou, de forma equivocada, que as perguntas que lhe foram formuladas não se referiam a questões relacionadas à sua intimidade, mas sim para averiguação de sua condição empregatícia.

Questiona a afirmação do Juízo de que o interrogatório não invadiu ou infringiu a lei, se ele próprio reconheceu o caráter não controvertido das afirmações contidas na peça de ingresso, bem como o fato de não ter sido ouvida a prova testemunhal, a fim de se ter uma exata dimensão das perguntas realizadas.

Esclarece que em sua atrial apenas citou, em caráter exemplificativo, algumas perguntas feitas pela Empresa, quando da etapa prévia de resposta ao formulário, reproduzindo-as.

Menciona, todavia, que com isso não estava afirmando que a invasão de sua intimidade e o dano originaram-se, unicamente, nesta etapa, mas também quando da realização do polígrafo, ocorrida em momento posterior.

Assevera que teria informado que foi submetido a várias perguntas de ordem íntima e sob procedimento vexatório e constrangedor e que o dano se manifestou não só pelo teor das perguntas formuladas, mas, principalmente, pela forma humilhante e ameaçadora em que tudo se procedeu.

Registra não haver se negado a apresentar provas neste sentido, pois protestou todo tempo pela ouvida de sua prova oral.

Entende, assim, que a decisão hostilizada carece de reforma, pois, embora o Juiz de primeiro grau tenha se baseado no caráter incontroverso da exordial, amparou-se, tão somente, nas perguntas descritas de forma exemplificativa, desprezando, por conseguinte, toda a instrução processual.

Enfoca a incongruência e contradição processual, eis que a Magistrada que conduziu a primeira sessão de audiência de instrução entendeu pela necessidade da ouvida da prova testemunhal, ao contrário do segundo Juiz, que considerou ser a controvérsia uma questão meramente de direito e se absteve de evoluir na análise dos fatos, impedindo, portanto, a ouvida de sua testemunha.

Acrescenta que o Juiz, apesar de proceder desta forma, inclusive sob os seus protestos, fundamentou a sua decisão em questão fática e não apenas de direito, ao afirmar que não teria havido infração ao art. 1º da Lei n. 9.029/95 e à dignidade do trabalhador.

Entende ser o julgado recorrido insubsistente, chegando, inclusive, a desprivilegiar a hipossuficiência do trabalhador, uma vez que teria tentado provar as ofensas por ele sofridas, haja vista a questão versada nos autos não se referir apenas à ilegalidade do polígrafo, mas, precisamente, a existência de dano concreto, o que obrigava o Julgador a analisar os fatos e não fundamentar sua decisão na interpretação superficial e equivocada da vestibular.

Ressalta que a Lei n. 9.029/95, que proíbe algumas práticas discriminatórias, ao invés do sustentado pelo Douto Juiz, não é taxativa nas hipóteses de discriminação, mas apenas exemplificativa, como bem demonstra o entendimento do Superior Tribunal.

Rebela-se contra a motivação da Vara do Trabalho de origem, que considerou o polígrafo uma prática comum àqueles que trabalham em serviços aeroportuários, porque, em várias decisões, esta Corte Regional já definiu que o poder diretivo do empregador não é ilimitado, sendo regulado pela Constituição e pela CLT.

Diz que na admissão de empregados várias práticas são adotadas, tais como: questionários, exames psicotécnicos e toxicológicos, testes grafológicos, astrologia, etc. Argumenta, entretanto, que estes procedimentos devem respeitar os direitos básicos garantidos pela Constituição da República, porquanto, apesar de o poder diretivo permitir a avaliação das condições intelectuais do candidato à função que vier a desempenhar, não autoriza a violação de sua privacidade ou sua intimidade.

Defende, assim, que todos os meios empregados não de ser adequados para a constatação da aptidão profissional do candidato (experiências anteriores, capacitação técnica, locais de trabalho anteriores, etc.), pois tudo que ultrapasse a isso e se dirija à vida pessoal do trabalhador, a não ser que esteja vinculada com o cargo oferecido pela empresa, provoca uma discriminação negativa e infração do art.

7º, XXX, da Lei Maior.

Observa que o cargo para qual foi contratado foi o de agente de integração, cujas funções não estão ligadas à parte de segurança, motivo pelo qual a simples realização do teste já se deu de forma ofensiva e além dos limites previstos em lei.

Aduz ter sido submetido ao citado teste de forma obrigatória e sem saber o porquê ou a razão das perguntas de cunho pessoal que tinha de responder.

Acrescenta que a exposição foi única, mas que no decurso dos meses de trabalho, não só ele, como os demais funcionários, foram ameaçados a passar, novamente, pelo polígrafo.

Sustenta que a relação de emprego é baseada na confiança mútua entre empregador e empregado, e que o exercício do poder diretivo não só extrapolou os limites adequados e necessários para o bom andamento da atividade empresarial, como violou o seu direito de privacidade ou intimidade.

Ressalta que a jurisprudência tem repudiado a adoção do polígrafo, seja como critério de seleção, seja como exigência para continuidade da manutenção do emprego. Transcreve alguns arestos em favor de sua tese.

Pede o provimento do apelo, a fim de ser reformada a decisão, e julgado procedente o pedido de indenização por danos morais.

Alternativamente, pede pela reabertura da instrução processual, para que lhe seja conferida a oportunidade de esgotar a sua produção de prova e, conseqüentemente, ter seu direito de ação resguardado, nos moldes estabelecidos na Constituição Federal.

Não merece guarida sua irresignação.

O Exmo. Juiz Rafael Val Nogueira que proferiu o julgado às fls. 486/491, analisou a prova produzida nos autos de forma minuciosa, proferindo os fundamentos reproduzidos a seguir, com a devida vênia, em face dos Princípios de Celeridade e Economia Processuais:

**4. DO MÉRITO – INDENIZAÇÃO
POR DANO MORAL DECORRENTE DE
SUBMISSÃO DO EMPREGADO AO
TESTE DO POLÍGRAFO – PONDE-
RAÇÃO DE INTERESSES TUTELADOS
PELA CARTA CONSTITUCIONAL –
INTIMIDADE DO EMPREGADO**

VERSUS SEGURANÇA NO TRANSPORTE AÉREO (VIDA) – PREPONDERÂNCIA DESTE ÚLTIMO RESGUARDADO O CONTEÚDO MÍNIMO DO PRIMEIRO – AUSÊNCIA DE CARÁTER DISCRIMINATÓRIO NA PRÁTICA DO ATO – REPARAÇÃO PECUNIÁRIA INDEFERIDA

No mérito, os fatos, após a ouvida das partes, se mostraram absolutamente incontroversos, razão pela qual a produção da prova testemunhal se mostrou dispensável.

Tal como narrado na inicial e não rechaçado pelas defesas, o Reclamante foi submetido, por oportunidade de sua admissão, ao teste do polígrafo, também conhecido como detector de mentiras, aparelho que mede e grava registros de diversas variáveis fisiológicas no curso de um interrogatório, com vistas à detecção de possíveis mentiras no depoimento.

Também ficou evidenciado pelo depoimento da segunda Ré que as perguntas formuladas ao Reclamante são exatamente aquelas transcritas na exordial (fl. 02), relativas à participação do interrogando em determinadas atividades criminosas, ao uso de álcool e drogas etc.

Ou seja, o Juízo confirma a ocorrência dos fatos narrados na inicial.

Resta saber se tais fatos importam o cometimento de ato ilícito que, violador da intimidade do trabalhador, importe o reconhecimento do direito à reparação pecuniária.

Após analisar os aspectos que envolvem a causa, concluí que a resposta é negativa.

Com efeito, este magistrado, em outras oportunidades, envolvendo a situação das revistas tidas por íntimas, em que se punha em contraposição o direito à intimidade de que é titular o empregado e o direito à proteção da propriedade

privada de que é titular o empregador, entendeu pela ilegalidade da prática, eis que a proteção da propriedade deve-se dar de modo a que esta última não deixe de atender a sua função social (art. 5.º, XXII e XXIII, da CF/88) e isto passa por não violar a dignidade do trabalhador.

No caso dos autos, não se pode negar que o teste do polígrafo é invasivo, registra variáveis fisiológicas – pressão arterial, sudorese, batimentos cardíacos etc. – e submete o trabalhador a situação de conteúdo certamente constrangedor, pois não é agradável ver-se interrogado sobre a prática de crimes ou a utilização de substâncias ilícitas.

Não se trata, contudo, de prática discriminatória, a teor do art. 1.º da Lei 9.029/95, eis que as indagações formuladas, tal como transcritas na inicial, nada tinham a ver com sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Sendo assim, porque o interrogatório não invadiu essa seara, esse núcleo mínimo intangível por lei, mas se limitou a fatos objetivos que poderiam caracterizar tendência criminosa por parte do trabalhador, penso que a medida, ponderados os interesses envolvidos e tendo em conta o princípio da proporcionalidade, se justifica, pois, na hipótese, o direito à intimidade, de índole individual, cede, em parte, ao direito, titularizado pela coletividade, relativo à segurança na aviação e, em última análise, à vida, sobretudo se se considerar – e não se pode tapar o sol com a peneira – que a segunda Reclamada é empresa de aviação aérea com sede nos Estados Unidos, país que, desde os acontecimentos do 11 de setembro de 2001, tem tornado mais severos os procedimentos de segurança na aviação.

Frise-se que a estes procedimentos se submetem todos os que utilizam o sistema de transporte aéreo, seja no que diz respeito ao raio x, ao detector de

metais, à inspeção pessoal, à busca manual nas bagagens, tudo em nome da segurança da coletividade, sem que se possa falar em sacrifício injustificado da privacidade e da intimidade.

Com mais razão se justifica, portanto, a meu ver, que aqueles que trabalham diretamente com o sistema e nele estão inseridos, como é o caso dos aeroviários, se submetam a procedimentos mais severos de segurança.

Muito embora não seja pacífica a jurisprudência do C. TST acerca da matéria, nesse diapasão já decidiu, por maioria, a Sexta Turma daquela Corte Superior, consoante trecho do voto proferido pelo Eminentíssimo ministro Aloysio Correa da Veiga nos autos do RR-317/2003-092-03-00.9, em que também era parte a segunda Reclamada:

Necessário se faz saber se a utilização pelo empregador de técnica com o fim de preservar o patrimônio e cumprir normas da viação aérea, dão legitimidade à utilização de interrogatório na admissão e durante o curso do contrato de trabalho como as que vêm sendo adotada, tradicionalmente, na categoria de transporte aéreo.

O julgado regional traz entendimento no sentido de que é constrangedora a inquirição realizada, ainda que com o fim de proteção de passageiros e mesmo diante dos cuidados decorrentes do acontecimento histórico do dia 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos.

Creio que deve ser reconhecido todos os meios necessários com o fim de preservar a segurança e a vida das pessoas. Apenas é necessário se saber se a utilização de meios de inquirição do trabalhador ofendem o seu patrimônio individual, por adentrar na esfera subjetiva da intimidade, pela sua submissão ao detector de mentiras.

Trata-se de matéria de debate difícil, eis que se de um lado encontra-se o princípio da dignidade do trabalhador, que se sente ofendido em sua honra

pela reiterada verificação de sua rotina e intimidade, do outro lado encontra-se o direito à vida, cuja preservação dinamiza toda a estrutura da aviação civil, com o fim de zelar pela segurança de todos.

No caso dos autos, não há dúvida, diante da delimitação fática trazida, que a adoção do sistema, como meio de segurança e não como meio de colocar o empregado em situação humilhante, resta claro, eis que delimitado que o sistema visa a segurança dos usuários do sistema de aviação.

Destaque-se que não se discute aqui a legalidade da utilização do sistema de detecção de mentiras, cujas oscilações e aplicações no meio penal não são incondicionalmente aceitos, com o fim de busca da verdade, mas se de sua utilização, nos moldes mencionados, traduz ofensa à honra, à dignidade, à intimidade do trabalhador.

Diante da alegada ofensa ao patrimônio individual do empregado, a premissa trazida de que o tratamento era dado de modo igual aos demais empregados que exerciam a mesma função do reclamante, retira-se o nexo de causalidade a evidenciar a lesão a tais patrimônios.

Inexistindo fatos incontroversos, inclusive sem qualquer notícia de que a dispensa da autora tenha se dado por reprovação no referido teste, tem-se que resta apenas ao julgador verificar se houve abuso do poder diretivo do empregador, em razão da utilização do exercício regular de um direito, que no caso é a defesa do seu patrimônio e da observância de normas aeroportuárias com o fim de preservação da integridade de todos que utilizam o sistema, inclusive o trabalhador.

Registre-se que pensamento diverso demandaria lesão à intimidade e privacidade de todos que utilizam os aeroportos e que, por segurança, são submetidos à revista em seus pertences, já que também o que legitima a atuação

do sistema é a segurança dos passageiros.

*Diante do exposto, **dou provimento** ao recurso de revista para excluir da condenação a indenização pelo dano moral, eis que não este não restou caracterizado.*

Com estas considerações, por não verificar, em razão da ponderação de interesses a que procedi, ilicitude no procedimento adotado pelas Reclamadas, rejeito o pedido, denegando a reparação pecuniária perseguida.”

Comungo integralmente com o entendimento perfilhado pelo o Juízo de primeiro grau, uma vez que os fatos aludidos na inicial, como causadores do dano moral, não restaram comprovados a justificar o direito perseguido.

Sabe-se que a relação de emprego é caracterizada pelo antagonismo entre as partes contratantes, onde de um lado existe o empregador, proprietário dos meios de produção, que controla e estabelece a forma da prestação do trabalho, com base no poder hierárquico; e o do outro, o empregado, que aliena sua mão-de-obra, em troca de salário.

De fato, o empregador detém o poder diretivo para a execução do trabalho e, com fundamento nele, exige do empregado que a prestação de seus serviços seja feita da forma como exigida. Todavia, este poder não é um direito absoluto, pois este se acha limitado pelo princípio da proteção do trabalhador e pelos direitos personalíssimos do empregado, os quais imprimem certas restrições ao exercício do poder diretivo, por parte do empregador, fazendo, assim, que o serviço seja realizado de forma a respeitar a dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, assim, que o poder diretivo e os direitos de personalidade precisam ser respeitados, mas por serem, em sua essência, antagonísticos, geram diversas controvérsias sobre a extensão da proteção que deve ser imprimida a cada um deles.

No caso específico dos autos, restou incontroversa a existência de um contrato de prestação de serviços, celebrado entre as Rés, onde a AMERICAN AIRLINES INC. orientava a TRI-STAR SERVIÇOS AEROPORTUÁRIOS para que, quando da seleção de seu pessoal, submetesse os candidatos ao teste do polígrafo. E a submissão do Autor ao referido teste apenas ocorreu no momento de

sua admissão.

Desse modo, o núcleo da controvérsia consiste em se definir se a submissão do Demandante, no momento de sua contratação, a interrogatório, mediante o uso do polígrafo, violou o direito personalíssimo do empregado voltado à honra e à intimidade, ou, de forma contrária, como defendido nas defesas, inseriu-se no âmbito dos seus poderes diretivo e fiscalizatório, por representar uma medida, cuja finalidade se destinava à segurança da Empresa e de seus passageiros, inclusive, dos funcionários.

Destaque-se, inicialmente, que nos tempos atuais, em face da globalização, as empresas vêm se ajustando, cada vez mais, à dinâmica social, desempenhando um novo papel no contexto social, ao deixarem de ser somente um empreendimento visando aos lucros de um pequeno grupo, para assumir não só os riscos do negócio, mas também a responsabilidade pelos seus empregados, pelas garantias da personalidade e da dignidade humanas.

A American Airlines Inc. e demais empresas de transporte aéreo nacional e internacional, encontram-se sujeitas ao cumprimento de rigorosas normas de segurança de voo para que as operações em terra e no ar transcorram com normalidade e não exponham a sociedade a situações de risco ou perigo.

Observe-se, inclusive, que estas, ao celebrarem o contrato de transporte de pessoas e coisas, assumem a obrigação legal e convencional de transportar os passageiros e carga, com plena segurança. Além disso, tal responsabilidade contratual, segundo disposições contidas no Código Civil (art. 735), sequer é elidida quando um acidente vitimar o passageiro, mesmo que o sinistro decorra de culpa de terceiro.

Esse fato, somado à circunstância de serem as aeronaves frequentemente utilizadas para atingir fins ilícitos, torna, ainda mais, indispensável à adoção de medidas preventivas de segurança.

Dessa forma, a natureza das atividades desenvolvidas pela 2ª Reclamada, voo e transporte de passageiros e cargas – necessita de total segurança, garantia e estabilidade, especialmente porque conduzem seres humanos diariamente, sendo a vida e a segurança dos indivíduos bens fundamentais, que exigem a devida tutela. Incumbe, portanto, a empresa, se cercar de todos os cuidados, na contratação de seus funcionários, sendo o mais diligente possível.

Na hipótese em comento, entendo que a subsunção do teste do polígrafo não teve por finalidade a salvaguarda do patrimônio da

empresa, mas sim a segurança da população em geral e clientes em particular.

Ao contrário do que afirma o Reclamante, a contratante exerceu regularmente o seu direito derivado da relação havida entre eles, não agindo com excesso punível, diante da função de relevância do Autor, pois um pequeno descuido poderia colocar em risco a segurança do voo e de profissionais e transeuntes dos aeroportos.

A propósito, convém destacar que o Reclamante confessou em seu depoimento que foi contratado para desempenhar a função de agente de integração e que no exercício de suas atribuições procurava bombas no interior das aeronaves.

Assim sendo, a conduta da empresa encontra perfeita proporcionalidade entre a natureza de suas atividades e a função desenvolvida pelo candidato, não se constatando abuso do direito potestativo do empregador, especialmente diante da ausência de publicidade do desenvolvimento e no resultado do teste, a evidenciar o cuidado das empresas com a individualidade e privacidade do trabalhador.

Além disso, as circunstâncias descritas pelo candidato não demonstram que sua honra e imagem tenham sido efetivamente maculadas, nem que a atitude da Empregadora pudesse fazê-lo sofrer humilhações. Os possíveis abalos emocionais ou desgostos decorrentes do exame, não têm o condão de gerar o direito à perseguida indenização por danos morais.

Diante da natureza da atividade da Empregadora e das funções desempenhadas pelo Autor, não se pode cogitar na existência de gravame, abalo moral, humilhação ou mácula da imagem do Empregado perante seus colegas ou diante da sociedade, a justificar a condenação por danos morais

Realço que a submissão do candidato/empregado ao teste do polígrafo é uma prática da Empresa adotada em relação a todos os funcionários, comprovando, assim, a generalidade da medida, cuja finalidade não era de perseguir ou discriminar qualquer empregado.

Portanto, os questionamentos realizados não tiveram o condão de agredir a honra e a intimidade do trabalhador, pois estas permaneceram incólumes, quer seja pela justificação da conduta do empregador, quer seja pelo sigilo da entrevista.

Esclareça-se que as perguntas formuladas no teste do polígrafo, embora estivessem inseridas no campo da intimidade do Autor, tinham como finalidade verificar o preenchimento dos requisitos

necessários, por parte do Empregado, para desempenhar a função de agente de integração, levando em consideração as peculiaridades e riscos no exercício da atividade, pois o cargo deve ser ocupado por profissional saudável, sem vícios de bebidas, drogas ou congêneres, e que exerça o ofício com discernimento e responsabilidade.

Aliás, tais perguntas visavam a esclarecer fatos que, em função da valoração social, receberam cunhagem jurídica, pois muitos tipificam ilícitos penais, onde as condutas descritas são passíveis de ensejar a demissão por justa causa, consoante previsão contida no art. 482 da CLT.

Por outro lado, embora entenda que as hipóteses veiculadas na Lei n. 9.029/95 são meramente exemplificativas, a situação veiculada nos autos não caracteriza discriminação. Ao contrário, o quadro delineado, revela que as empresas agiram dentro da legalidade.

Repiso que o procedimento adotado pelas Reclamadas revela a finalidade de preservar os interesses coletivos, sem afrontar os direitos individuais, pois foi uma medida de cautela, inserida no poder de comando do empregador, de forma lícita e legítima, tendo em vista o bem comum, ou seja, a segurança dos clientes e da sociedade em geral.

Por oportuno, transcrevo a seguinte jurisprudência:

“RECURSO DE REVISTA DA AMERICAN AIRLINES E DA PRUDENCIAL SERVIÇOS AUXILIARES DE TRANSPORTE AÉREO LTDA. ANÁLISE DE MATÉRIA COMUM. DANO MORAL. SUBMISSÃO DE EMPREGADO DO SETOR DE SEGURANÇA A TESTE DO POLÍGRAFO. NORMAS AEROPORTUÁRIAS. TRATAMENTO A TRABALHADORES COM A MESMA FUNÇÃO DA AUTORA. PEDIDO NÃO VINCULADO A MODALIDADE DE DISPENSA DE EMPREGADO. OFENSA À HONRA E À PRIVACIDADE NÃO DEMONSTRADA. *No caso dos autos, não há dúvida, diante da delimitação fática trazida, que a adoção do sistema de teste do polígrafo ao qual foi submetido a empregada, se deu como meio de segurança e não como meio de colocar o empregado*

em situação humilhante. Resta delimitado que o sistema visa o resguardo da segurança dos usuários, a preocupação de evitar-se o contrabando e de se pôr fim ao tráfico de drogas, a obediência a normas da Infraero, do DAC (Departamento de Aviação Civil Brasileira) e do FAA (Agência Reguladora da Aviação Norte Americana), a função exercida pela reclamante, o atentado aos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, a inexistência de divulgação, o consentimento do empregado, a aplicação do teste a todos os trabalhadores e o poder diretivo do empregador, em especial, de todos os objetivos traçados com a adoção da medida, a função exercida pela reclamante e a inexistência de divulgação, destacado que todos os reclamantes na mesma função tinham tratamento igual. Destaque-se que não se discute aqui a legalidade da utilização do sistema de detecção de mentiras, cujas oscilações e aplicações no meio penal não são incondicionalmente aceitos, com o fim de busca da verdade, mas se de sua utilização, nos moldes mencionados, traduz-se ofensa à honra, à dignidade, à intimidade do trabalhador a ele submetido, a amparar a indenização pretendida. Desvinculado o pedido de indenização a eventual dispensa da autora em razão da submissão a teste de polígrafo, não há se falar em ofensa à honra, à intimidade ou à privacidade, pois não há nexo de causalidade, nem dano pela adoção da medida, em face de regras de segurança aeroportuárias, a determinar reparação por dano moral, pois evidenciada tão-somente a preocupação com a segurança dos usuários de transporte aéreo, inclusive do trabalhador. Recurso de revista conhecido e provido para excluir da condenação o dano moral. RECURSO DE REVISTA DA AMERICAN AIRLINES. TRANSCENDÊNCIA. A aplicação do princípio da transcendência, previsto no art. 896-A da CLT, ainda não foi

regulamentada no âmbito deste c. Tribunal. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Referência à Súmula 331 do c. TST sem indicar contrariedade à qual item se refere não possibilita o conhecimento do apelo nos termos do artigo 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Prejudicado o exame, em face da exclusão do dano moral. (RR nº 298/2003-092-03-00, 6ª Turma do TST, Rel. Aloysio Corrêa da Veiga. j. 17.12.2008, maioria, DJ 13.02.2009).”

“DANO MORAL. USO DO POLÍGRAFO. COMPANHIA DE AVIAÇÃO NORTE-AMERICANA. CONTEXTO DE ATENTADOS TERRORISTAS. MAIOR NECESSIDADE DE SEGURANÇA DOS PASSAGEIROS. UNIFORMIDADE E IMPESSOALIDADE DO EXAME. LICITUDE. Considerando o estado de beligerância e alerta em que se encontra o Estado norte-americano desde os atentados de 11.09.01, bem como a necessidade de reforço à segurança dos passageiros, não afronta a dignidade do trabalhador ser submetido a teste em polígrafo. A integridade física e a vida dos passageiros são valores que suplantam as preocupações privadas do empregado. Especialmente se o uso do polígrafo atinge a todos os trabalhadores, revelando impessoalidade e caráter não discriminatório em seu uso. (Proc. 01854-2008-311-02-00-6; Data de Julgamento: 20/07/2010, Turma: 4ª, Relatora: LUCIA TOLEDO SILVA PINTO RODRIGUES)”

“DANO MORAL. TESTES DE POLÍGRAFO. Na espécie em que há o dever dos Recorrentes de afastar os seus passageiros de qualquer perigo, observando a segurança na atividade de transporte aéreo e, por outro lado, há o dever para

com o íntimo dos empregados, à luz do disposto na Constituição Federal, art. 5o., X, bem como às regras de tutela da própria Consolidação das Leis do Trabalho, deve-se levar em conta que a empresa de aviação, com bandeira americana e suas aeronaves são potenciais alvos de atentados por parte do terrorismo internacional que, a partir de países isentos e neutros no âmbito global político, podem vir a servir de porta para a entrada dos elementos ligados ao terrorismo. Dessa forma, a submissão ao exame através de polígrafo, revela-se medida preventiva de segurança, visando o bem-estar da comunidade, o que por si só já justificaria o procedimento. E considerando o tempo de serviço da Reclamante que, desde 1999 estaria sob a influência do regulamento geral da empresa submetendo-se a tais testes, sua tolerância afasta a idéia de omissão à regra protetiva de sua intimidade. Aquilo que violenta a moral, a ética, será sempre imediato e não atinge seu ápice por efeito cumulativo. Dano moral não caracterizado. (TRT da 3.ª Região; Processo: RO -14828/04; Data de Publicação: 04/12/2004; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello; Revisor: Antonio Alvares da Silva; Divulgação: DJMG . Página 5)

Esclareço, finalmente, que não há como se acolher o pedido de reabertura da instrução processual, pois o Reclamante, em seu depoimento, confessou que as perguntas realizadas versavam sobre o uso do fumo e de drogas, não citando qualquer outro exemplo de outras, de ordem íntima.

Ademais, a prova testemunhal em nada poderia favorecer a tese da inicial, pois o teste foi feito de forma individualizada, apenas com a presença do Autor e do aplicador.

Incensurável, portanto, o julgado hostilizado.

Conclusão

Ante o exposto, nego provimento ao apelo.

ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo.

Recife, 15 de maio de 2013.

ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO
DESEMBARGADORA RELATORA

PROC. Nº (AP) – 0000978-95.2012.5.06.0411.

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA DO SOCORRO SILVA EMERENCIANO.

RECORRENTE: ARA EMPREENDIMENTOS LTDA

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO.

ADVOGADOS: JOACY FERNANDES PASSOS TEIXEIRA E
ULISSES DIAS DE CARVALHO.

PROCEDÊNCIA: 1ª VARA DO TRABALHO DE PETROLINA (PE)

EMENTA: AGRADO DE PETIÇÃO. TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PERANTE O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS EMPREGADOS EFETIVAMENTE PREJUDICADOS PELAS FALTAS COMETIDAS PELA RÉ. INSUBSISTÊNCIA DE AUTOS DE INFRAÇÃO. Ao firmar um Termo de Ajuste de Conduta com o Ministério Público do Trabalho, a empresa se obriga a cumprir o que já devidamente determinado na lei, no entanto o órgão ministerial também fica adstrito a seus termos, não podendo fixar multa sem observância aos critérios ali delineados, o que ocorre no caso em epígrafe.
Agravo de petição a que se dá parcial provimento.

Vistos etc.

Trata-se de Agravo de Petição interposto por **ARA EMPREENDIMENTOS LTDA.** contra decisão exarada pelo MM. Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Petrolina – PE, que **REJEITOU** os Embargos à Execução por ela opostos nos autos da Ação de Execução de obrigação de pagar quantia certa fundada em título executivo extrajudicial, que lhe foi ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO**, ora agravado, nos termos da fundamentação de fls. 404/406.

No arrazoado de fls. 411/450, a agravante se inconforma com a sentença revisanda, que a condenou ao pagamento da multa por litigância de má-fé, por entender que a sua pretensão era de fugir das obrigações assumidas no Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o ora agravado. Alega que não agiu com má-fé, tendo apenas utilizado argumentos em sua defesa, já que entende ser nulo o TAC. Insiste, ainda, na tese de que o TAC é nulo por ausência de poderes específicos na carta de preposição concedida ao empregado que lhe representou. Acrescenta que tal empregado apenas foi participar de audiência e não poderia ter firmado o TAC. Igualmente, irresigna-se com o inacolhimento da prescrição arguida em 1ª instância, considerando o prazo compreendido entre a assinatura do TAC e a propositura da ação de cobrança. Inconforma-se, outrossim, com a sentença, no tocante ao inacolhimento da causa de suspensão da punição e da exigibilidade do título, consubstanciada na apresentação de defesa administrativa. Afirma que não se pode entender pela presunção de legitimidade dos autos de infração quando tal presunção pode ser aniquilada por prova em contrário, como demonstrado nas defesas administrativas apresentadas. Prossegue, aduzindo que a sentença “a quo” não apreciou suas alegações quanto à inexistência de características de título executivo, eis que, conforme abordou nos embargos à execução, o art. 586 do CPC exige que o título judicial ou extrajudicial seja líquido, certo e exigível. Insiste na tese de que inexistem as irregularidades trabalhistas indicadas nos autos de infração e que o valor das multas aplicadas pelo MPT estão excessivos e incongruentes. Finalmente, aduz que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação, conforme dispõe o art. 412 do Código Civil Brasileiro. Pede provimento ao apelo.

Contraminuta apresentada pelo agravado, às fls. 459/462.

Não se fez necessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em face do disposto na Resolução Administrativa de nº 05/2005, que alterou o art. 50 do Regimento Interno deste Regional.

É o relatório.

VOTO:

DA ADMISSIBILIDADE:

Conheço do agravo oposto por observadas as formalidades legais.

Da preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa da agravante.

Pretende a agravante seja declarada a nulidade do processo, a fim de que sejam os autos remetidos ao Juízo de origem, com a realização de instrução.

Notícia que fora impedida de produzir provas documentais e orais, o que consubstancia violação a seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Sem razão, entretanto.

Em apreciação aos autos, visualizo que à parte fora concedida oportunidade para apresentar embargos à execução, sendo-lhe lícito, ainda, adunar aos fôlios os documentos necessários ao esclarecimento de sua tese.

Ademais, na esteira do que preceitua o art. 765 da CLT, o magistrado tem ampla liberdade na condução do processo, podendo dispensar a produção de provas que lhe pareçam desnecessárias e contrárias ao postulado constitucional da razoável duração processual (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88).

Com efeito, não visualizo o alegado cerceamento a direito de defesa, pelo que rejeito a preliminar em epígrafe.

Da prescrição.

Esta é matéria cujo exame prefere, por se tratar de prejudicial de mérito, impondo-se, pois, seja de logo examinada.

A agravante insiste que, “in casu”, ocorreu a prescrição extintiva, e que equivocadamente o Juízo “a quo” ao afastá-la, salientando que do TAC não consta prazo para cumprimento, daí porque entende que não o foi ajustado por tempo indefinido.

Vejo também que a arguição de prescrição levantada pela

agravante está consubstanciada no fato de ter o TAC (Termo de Ajuste de Conduta) firmado entre as partes sido assinado em 23/10/2006 e a presente ação de execução somente ter sido ajuizada em 17/08/2012.

Todavia, não tem a razão que pretende. Veja-se, pois.

Ora, não posso olvidar que, ao firmar um TAC com o Ministério Público do Trabalho, a empresa se obriga a cumprir o que já devidamente determinado na lei, dali em diante, de forma contínua, enquanto durarem suas atividades ou enquanto persistir a conduta obrigatória prevista na legislação, de modo que, verificado, por intermédio de inspeções realizadas na empresa, o descumprimento dos termos ajustados, há de ser ajuizada a respectiva ação de execução.

Registro que, se de outra forma, qual seja, se o ajustado o é para cumprimento em período determinado, claro que obrigatoriamente assim deve constar no respectivo termo. E, do contrário, pois, ali não há registro de prazo algum, o que ajustado o é para cumprimento em tempo indefinido, sem limitação.

Vale destacar, ainda, que as inspeções que verificaram o descumprimento do TAC, no caso dos autos, foram realizadas em 2011 e 2012. E nenhuma obrigação de fazê-lo em datas anteriores. O fato, pois, em nada altera a questão, pois, como já anunciado, a fiscalização e consequente execução não está sujeita ao prazo pretendido pelo agravante, pois, em sendo a qualquer tempo detectada a irregularidade, cabível a fiscalização e consequente execução.

Finalmente, trago a lume o artigo publicado na Revista do Ministério Público do Trabalho nº 19 (REV. MPT - BRASÍLIA, ANO X - Nº 19 - MARÇO 2000, p. 45), em que Francisco Antônio de Oliveira tece as seguintes considerações, acerca da natureza do Termo de Ajustamento de Conduta:

“Como dissemos em nossa obra (“Ação Civil Pública, Enfoques Trabalhistas”, Ed, RT. 1999, pág. 188, item 16.4) o compromisso de ajustamento de conduta não traduz nenhuma transação, uma vez que o legitimado ativamente não abdica de nada, apenas e tão-somente aceita da parte uma espécie de promessa que dali por diante modificará o seu comportamento. Vale dizer que existe um “reconhecimento implícito da ilegalidade da conduta e promessa de que esta se adequará à lei”. É, pois, uma espécie de carta de

intenção, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. O legitimado ativo da ação civil pública não abre mão e nem poderia abrir mão de qualquer direito para formalizar o ajuste. Apenas, de comum acordo, são concedidos prazo e condições para que o réu possa conduzir-se ao caminho da legalidade, evitando com isso a proposição da ação.

O objetivo da lei é evitar que se prossiga na discussão com a propositura da ação civil pública para somente após o julgamento e o trânsito em julgado ter em mãos um título executivo, já agora judicial. É, pois, uma iniciativa extrajudicial da parte inadimplente, na qual reconhece que a conduta até então desenvolvida não estava conforme as exigências legais, comprometendo-se, a partir de então, a prestigiar o primado da lei, submetendo-se à imposição de cominações pecuniárias (astreintes), tendo o compromisso de ajustamento o valor do título executivo extrajudicial”.

A propósito, e ainda com a devida vênia do Juízo de 1º grau, da r. sentença transcrevo o que se segue “No mérito o embargante alega ter ocorrido o instituto da prescrição intercorrente, sob a assertiva de que o TAC foi firmado em 23.10.2006, tendo sido determinada a fiscalização do seu cumprimento tão somente no mês de agosto de 2011. Sem razão, porém. É que as obrigações de fazer assumidas pelo executado não possuem prazo fixado para cumprimento, uma vez que devem ser observadas continuamente ao longo do tempo”.

Acerca da matéria ora posta à apreciação, entendo oportuno transcrever trecho do voto exarado no bojo do agravo de petição de nº 0082500-61.2007.5.06.0172, de relatoria do Des. Ruy Salathiel De A. M. Ventura, *verbis*:

“Concordo com o posicionamento adotado pela douta Procuradoria Regional do Trabalho, aplica-se, in casu, prescrição quinquenal, como admite a própria embargante, prevalecendo na jurisprudência majoritária, em face da aplicação

do princípio da simetria, conduzindo para a aplicabilidade de prazo igual, dando-se tratamento isonômico tanto para administradores quanto para administrados, enquadrando-se a hipótese no disposto no decreto 20.910/32, em seu art. 1º, in verbis:

“Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.”

No mesmo sentido, trilha o art. 1º da Lei nº 9.873/99, que assim dispõe:

“Prescreve em cinco anos a ação punitiva da administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato, ou, no caso de infração continuada, do dia em que tiver cessado.”

A jurisprudência tem sedimentado tal entendimento, como já frisado, tanto na esfera desta Justiça Especializada, quanto do STJ, como se observa dos arestos abaixo transcritos:

“Multa Administrativa – Natureza Jurídica – Prescrição. A multa administrativa aplicada ao empregador por infração a dispositivo da CLT possui natureza não-tributária, porque tem como pressuposto essencial um ato ilícito, diferentemente do que ocorre com o tributo, que não tem um ilícito como fato gerador, conforme é consabido. Sendo assim, não se lhe aplica a prescrição prevista para o crédito tributário definida no art. 174 do CTN, não sendo ainda razoável inferir que a CLT, ao determinar que o crédito inscrito em dívida ativa decorrente de aplicação de multas administrativas será executado em conformidade com a Lei 6.830/80, haja conferido à multa a mesma natureza de crédito tributário exequível nos termos da citada

lei: O Texto Consolidado apenas definiu o rito processual de cobrança do crédito, não se podendo inferir disso que haja pretendido modificar também a sua natureza jurídica. Destarte, inexistindo no ordenamento pátrio norma expressa sobre o prazo prescricional dos créditos de natureza não-tributária e em face ao princípio constitucional da igualdade de tratamento entre as partes, entendendo ser aplicável, neste caso, o prazo prescricional de cinco anos, previsto no artigo primeiro do Decreto n.º 20.910/32, que trata da prescrição das dívidas de qualquer natureza, contra a Fazenda Pública.” (TRT – 3ª Região – 5ª Turma – Processo 01023- 2005-107-03-00-0, Relator Juiz Luiz Philippe V. de Melo Filho, DJMG 31.12.05).”

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO – CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA. 1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil. 2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN. 3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria. 3. Recurso especial improvido.” (STJ – 2ª Turma – REsp 623.023 (2004/0011071-9) – Min. Relatora Eliana Calmon – DJ 14/11/2005).

Cinge-se a divergência, portanto, ao início da contagem do prazo prescricional. Entendo que o mesmo deve começar a fluir da exigibilidade do crédito, que se dá com o vencimento da dívida, posto que, enquanto pendente o procedimento administrativo, iniciado com a lavratura do auto de infração, não se pode falar em marco para a contagem da prescrição ou decadência, já que a multa ainda pode ser contestada, não podendo ser exigido o seu pagamento por via judicial. Esta Terceira Turma já se pronunciou no mesmo sentido, consoante se depreende da transcrição abaixo:

EMENTA: O prazo prescricional para cobrança de débito administrativo frente à União, decorrente da fiscalização do trabalho, é de 05 anos, contado da data do vencimento da dívida. Prescrição não consumada. Remessa necessária e apelo voluntário providos, parcialmente, determinando-se o prosseguimento da execução. (PROC. Nº TRT- 01999- 2007-143-06-00-2 (AP) - Órgão Julgador: 3ª Turma – Rel. Dês. Gisane de Araújo Barbosa - Agravantes: REMESSA EX OFFICIO DA 3ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES E UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) - Agravado: RICARDO MOTA DO MONTE (ENGENHO CACHOEIRA – Sessão: 13.08.2008)”

O excelso STF tem albergado o entendimento de que o prazo prescricional deve começar a ser computado a partir da constituição definitiva do crédito. Segue transcrição de decisão em tal sentido, proferida no Recurso Extraordinário nº 94.462-1 – SP, da lavra do Ministro Moreira Alves:

“PRAZOS DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA EM DIREITO TRIBUTÁRIO. Com a lavratura do auto de infração, consuma-se o lançamento do crédito tributário (art. 142 do C.T.N.). Por outro lado, a decadência só é admissível no período anterior a essa lavratura;

depois, entre a ocorrência dela e até que flua o prazo para interposição de recurso administrativo, ou enquanto não for decidido o recurso dessa natureza de que se tenha valido o contribuinte, não mais corre prazo para decadência, e ainda não se iniciou a fluência de prazo para prescrição; decorrido o prazo para interposição de recurso administrativo, sem que ela tenha ocorrido, ou decidido o recurso administrativo interposto pelo contribuinte, há a constituição definitiva do crédito tributário, a que alude o artigo 174, começando a fluir, daí, o prazo de prescrição da pretensão do Fisco.”

No caso vertente, constata-se que o vencimento das multas aplicadas nos processos administrativos nºs 46213012112/2001-06 (fl. 04) e 46213010571/2003-17 (fl.05), relativos aos autos de infração 2651581 e 5583501, venceram-se em 22/05/2003 e 26/11/2004, respectivamente. Tendo a ação sido ajuizada em 25/09/2007, não há que se falar em prescrição.

Improvejo o apelo no particular.”

Pelas razões supra, nego provimento ao agravo, no particular.

DO MÉRITO:

Da nulidade do TAC. Signatário sem poderes específicos.

De logo, pois, não posso deixar de registrar que soa desarrazoada a alegação da agravante.

Com efeito, da análise dos autos, verifica-se que o TAC (Termo de Ajuste de Conduta) firmado entre as partes teve como signatário o representante da empresa reclamada a quem foi concedida a carta de preposição de fl. 398 verso.

À pessoa ali indicada, Sr. Dorival Sales de Souza, foram concedidos poderes para representar a empresa perante a Procuradoria Regional do Trabalho da 6ª Região, na representação n. 371/2006.

Portanto, como bem asseverou a d. Juíza “a quo”:

“Causa estranheza a este juízo a assertiva do embargante, pois estaria ele alegando a própria torpeza ou estaria agindo em flagrante má-fé? Como pode a empresa enviar uma pessoa para representá-la na audiência extrajudicial e depois vir alegar não estar devidamente investida nessa condição?”

Essa situação foge completamente a lógica, ao razoável e ao bom senso, e, mais, ainda, demonstra uma grande irresponsabilidade social perpetrada pelo executado, na medida em que caracteriza uma despreocupação com o seu corpo funcional”.

De se ver que o disposto no parágrafo 1º do artigo 843 da CLT não tem aplicação limitada a audiências e ou à prática de outros atos, no Juízo Trabalhista. Em suma, é facultado ao empregador fazer-se substituir, no caso, por preposto a quem deve ser conferida a carta de preposição, cujos poderes até mais amplos que os conferidos a advogados, haja vista que pode até confessar. É que, no caso, o preposto assume o lugar do próprio empregador.

A título de ilustração, destaco que a permissão, no caso de substituição do empregador, por preposto por este nomeado/indicado, tem por objetivo permitir a continuidade das atividades da empresa, sem que haja interrupções prejudiciais ao seu processo produtivo, etc.

Pelas razões acima, mantenho a sentença revisanda, que reconheceu estar o representante da empresa executada que firmou o TAC devidamente investido nesta condição e aqui acrescento que ao mesmo foi dada/fornecida a devida carta de preposição (doc. de fl 398, verso).

Nego provimento ao apelo, no particular.

Da litigância de má-fé.

Sob o fundamento de que a alegação do agravante no tocante à ausência de poderes específicos do preposto signatário do TAC se configura, na verdade, “numa clara tentativa de fugir das obrigações outrora assumidas, da qual este juízo não pode comungar”, o Juízo “a quo” condenou a agravante à multa por litigância de má-fé, no importe de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, acrescida de indenização no montante de 20% (vinte por cento), também, sobre o valor da causa.

Analisando o art. 17 do CPC, observo que as causas ensejadoras da condenação por litigância de má-fé são as seguintes:

“Art. 17 - Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados;

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Em que pese meu posicionamento pessoal, no sentido de que, à luz das circunstâncias narradas, haveria de se manter a condenação à multa por litigância de má-fé e, apenas, reduzir a indenização respectiva, curvo-me ao posicionamento da maioria desta E. Turma, para entender que a conduta da reclamada, em que pese beirar a má-fé, não pode ser enquadrada nas disposições acima transcritas, eis que a ora agravante apenas se valeu dos Embargos à Execução, tal como autorizada pela lei.

Por outro lado, a procedência ou não das alegações contidas nos embargos, somente será apreciada quando da análise do mérito do apelo, não havendo, pois, de falar em má-fé.

Assim, provejo o recurso, no particular, para excluir da condenação a multa por litigância de má-fé, no importe de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, bem como a indenização no montante de 20% (vinte por cento).

Da suspensão da punição e da exigibilidade do título em face da apresentação de defesa administrativa.

Mais uma vez, entendo que não assiste razão à agravante. Isso porque, não existe qualquer previsão legal no sentido

de que a apresentação de defesa administrativa quando instaurado auto de infração faz suspender a exigibilidade de título executivo extrajudicial, tal como o TAC firmado entre as partes.

Como bem destacou o Exmo. Desembargador Ivanildo da Cunha Andrade, nos autos do AP n. 0000106-80.2012.5.06.0411, no qual figurou como Relator e que foi recentemente julgado em 16/01/2013:

“EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO - EXECUÇÃO DE TERMO DA AJUSTE DE CONDUTA - DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS - O descumprimento das obrigações assumidas pela empresa, no Termo de Ajuste de Conduta celebrado com o Ministério Público do Trabalho, dá ensejo à aplicação das penalidades cominadas, em especial à execução do valor concernente à multa convencional pelos respectivos signatários. Agravo de petição a que se nega provimento”.

Portanto, a defesa apresentada na seara administrativa não tem o condão de tornar o título inexigível sob pretexto de que não convalidado pela Administração.

Correta, pois, a Magistrada de 1º grau, quando enfatizou na r. sentença que *“Isto porque este Juízo entende que, o fato de o executado não ter tido resposta quanto à defesa apresentada na esfera administrativa, não constitui óbice à execução imediata do termo de Ajustamento de Conduta, sendo certo, ainda, que os autos de infração gozam da presunção de legitimidade e certeza”*.

Assim, mantenho a sentença revisanda, no particular.

Da ausência das características próprias do título executivo.

No que concerne ao item em epígrafe, apregoa a agravante que o termo de ajustamento de conduta e os autos de infração apresentados pelo *parquet* não podem servir de lastro a processo de execução, haja vista a inexistência de liquidez, certeza e exigibilidade do TAC.

Esclarece que não se discute se o termo de ajustamento de conduta é ou não título executivo extrajudicial, porém, se houve efetivo descumprimento por parte da ré, o que implica analisar se o título em testilha é ou não exigível.

Compulsando os autos, visualizo que o Ministério Público do Trabalho interpôs ação de execução de obrigação de pagar quantia certa em desfavor da ora agravante, arguindo que descumprira a executada cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta de nº 178/2006.

De se registrar que, no TAC, constam as seguintes cláusulas, *verbis*:

“3 – A empresa se compromete a respeitar a jornada prevista no art. 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988 de 8 horas diárias e 44 horas semanais, abstendo-se de prorrogar a duração normal do trabalho do obreiro além de duas horas diárias, nos exatos termos do art. 59 da CLT;

4 – O compromitente se obriga a respeitar os preceitos contidos na Norma Regulamentadora nº 31, relativamente às atividades de agricultura desenvolvidas, recebendo, neste ato, cópia da aludida NR;

5 – Pelo não cumprimento das cláusulas do presente Termo de Compromisso, a empresa fica sujeita à multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por cada trabalhador encontrado em situação irregular, valores estes que serão revertidos ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), observado o disposto no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85.”

Em face das irregularidades supostamente encontradas pelo órgão ministerial, em descumprimento ao aludido TAC, foram lavrados autos de infração, os quais instruem os autos.

Ab initio, destaco que, com relação aos autos de infração de nº 018646727 (fls. 45) e de nº 018621139 (fls. 25), nenhum vício a ser constatado, sendo o TAC, nesse particular, dotado de certeza, liquidez

e exigibilidade.

De outro giro, visualizo que os autos de infração de nº 018621082; 018621091; 018621112; 018621121; 018621147; 018621163; 018621171; 018621180; 018621198; 018621201; 018621210; 018621228; 018621155; 018621074; 018621066; 018621040 e 018621031 não podem subsistir, pois não encontram embasamento no próprio Termo de Ajustamento de Conduta, cujo suposto descumprimento deu causa à execução em presença.

Esclareço.

Consoante acima reproduzido, a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por descumprimento de cláusula constante do TAC haveria de ser imposta “por cada trabalhador encontrado em situação irregular”, entretanto, nos autos de infração sob comento, inexistente qualquer particularização dos trabalhadores prejudicados com a situação irregular verificada pelo órgão de fiscalização, e/ou, repetindo, dali não consta o número de empregados encontrados em situação irregular.

Desta feita, o Ministério Público do Trabalho entendeu por reputar como atingidos pelas faltas cometidas pela ré todos os funcionários existentes em seu quadro, o que resultou na execução de uma multa de R\$ 312.000,00 (trezentos e doze mil reais). E aqui, e de logo, registro que também computados, por óbvio, aqueles empregados em situação irregular e que identificados nos respectivos autos e que sobre eles já calculada a multa, que ora se pretende seja executada.

Friso que, conquanto tenham sido considerados 17 autos de infração para a aplicação da multa por descumprimento da cláusula 4ª do TAC, fora aplicada apenas 1 multa, no entanto, considerando-se a totalidade dos empregados da reclamada e não apenas os que foram prejudicados com as faltas cometidas.

Caso fossem considerados todos os trabalhadores da empresa como prejudicados por determinada falta cometida pela ré, isso deveria ter sido, necessariamente, consignado nos autos de infração, o que não ocorreu.

Outrossim, sendo os critérios para a imposição da multa perfeitamente delineados no Termo de Ajustamento de Conduta, só com base neles é que poderiam ter sido lavrados os autos de infração, não podendo a penalidade ser fixada arbitrariamente pelo órgão ministerial, como ocorre no caso em presença.

Dessarte, inexistente liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo no tocante aos autos de infração em que não houve

a individualização dos trabalhadores prejudicados (sequer indicado o número de trabalhadores na situação) com a falta cometida pela empresa ré.

Acerca do tema em epígrafe, trago à colação o seguinte julgado abaixo ementado, no qual foi declarado insubsistente o auto de infração e, por conseguinte, de execução fiscal deflagrada pela União para cobrança de multa em face da COELCE, *in litteris*:

“EXECUÇÃO FISCAL - COELCE - TERCEIRIZAÇÃO ATRAVÉS DE COOPERATIVA - ART. 442, § ÚNICO, DA CLT - LEI Nº 8.987/95 - NÃO VIOLAÇÃO AO ART. 41, DA CLT - INSUBSISTÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO - 1. Dispõe o §único do art. 442, da CLT, que não existe vínculo empregatício entre cooperativa e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. 2. A COELCE, na qualidade de concessionária do serviço público, possui AUTORIZAÇÃO LEGAL - Lei nº 8.987/95 - para contratar com outras empresas o desenvolvimento de suas atividades, inclusive nas áreas chamadas de atividade-fim. Havendo previsão legal para a terceirização, inclusive reconhecida por este Regional, não se pode cogitar na formação de vínculo de emprego com a tomadora dos serviços, mormente quando não provada a existência de fraude de sua parte. Os encargos sociais e trabalhistas são da prestadora dos serviços, não da tomadora, inclusive o registro dos empregados, quedando insubsistente o auto de infração lavrado contra a COELCE, por violação ao art. 41, da CLT. 3. Agravo de Petição conhecido e provido. (AP; TRT7; nº do acórdão: 01165/2005-005-07-00-5; Rel. Manoel Arízio Eduardo de Castro; Data da publicação: 19/02/2009).”

Ante as circunstâncias retrodelineadas, dou provimento ao agravo de petição, a fim de reconhecer a insubsistência dos autos de infração de nº 018621082; 018621091; 018621112; 018621121; 018621147; 018621163; 018621171; 018621180; 018621198; 018621201; 018621210; 018621228; 018621155; 018621074; 018621066; 018621040 e 018621031 e, conseqüentemente, da execução movida pelo Ministério Público do Trabalho no que concerne

às multas ali impostas.

Da inexistência das irregularidades trabalhistas.

No que pertine aos autos de infração que não foram declarados insubsistentes por intermédio deste *decisum*, a empresa ré não trouxe aos autos quaisquer elementos que pudessem desconstituir sua presunção de veracidade, pelo que nego provimento ao apelo, no item.

Do valor excessivo das multas. Art. 412 do CCB/02.

As multas fixadas nos TAC'S não possuem natureza de cláusula penal, mas sim, de *astreintes*, de modo que a elas não se aplica a limitação prevista no art. 412 do Código Civil Brasileiro.

A esse respeito, mais uma vez, invoco trecho do artigo publicado na Revista do Ministério Público, acima citado.

“Ao contrário do que poderá parecer prima facie a cominação pecuniária, em caso de inadimplência, será feita por meio das astreintes, e não de multa. Aquelas, conceitualmente diversas desta (Dec. n. 22.626/33, art. 8º, Lei de Usura), traduzem pressão econômica irresistível, obrigando ao cumprimento, pois o valor acumulado da cominação pecuniária, diverso da multa, não tem o beneplácito do art. 920 do C. Civil”

Assim, nego provimento ao recurso.

DA CONCLUSÃO:

Diante do exposto, *conheço* do Agravo de Petição, *rejeito* a preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa da agravante, no mérito, *dou-lhe provimento parcial* para excluir da condenação a multa por litigância de má-fé, no importe de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, bem como a indenização no montante de 20% (vinte por cento) e para reconhecer a insubsistência dos autos de infração de nº 018621082; 018621091; 018621112; 018621121; 018621147; 018621163; 018621171; 018621180; 018621198;

018621201; 018621210; 018621228; 018621155; 018621074; 018621066; 018621040 e 018621031 e, conseqüentemente, da execução movida pelo Ministério Público do Trabalho no que concerne às multas ali impostas.

ACORDAM os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, **CONHECER** do Agravo de Petição; por unanimidade, **REJEITAR** a preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa da agravante e, no mérito, por unanimidade, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para excluir da condenação a multa por litigância de má-fé, no importe de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, bem como a indenização no montante de 20% (vinte por cento) e para reconhecer a insubsistência dos autos de infração de nº 018621082; 018621091; 018621112; 018621121; 018621147; 018621163; 018621171; 018621180; 018621198; 018621201; 018621210; 018621228; 018621155; 018621074; 018621066; 018621040 e 018621031 e, conseqüentemente, da execução movida pelo Ministério Público do Trabalho, no que concerne às multas ali impostas. A Exma. Desembargadora Relatora ressaltou entendimento pessoal no tocante à exclusão da multa e indenização por litigância de má-fé.

Recife (PE), 23 de Maio de 2013.

Firmado por Assinatura Digital (Lei n.11.419/2006)

MARIA DO SOCORRO SILVA EMERENCIANO
DESEMBARGADORA RELATORA

PROC. Nº TRT 0000256-31.2011.5.06.0012 (AP)

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª TURMA

RELATOR: DESEMBARGADOR RUY SALATHIEL DE A. M. VENTURA

RECORRENTE: MARIA MADALENA GONÇALVES CHAVES

RECORRIDO: EMPRESA CONSTRUTORA ASFORA LTDA. E

OUTROS (5); LUIZ MANOEL DE AZEVEDO LINS

ADVOGADOS: RICARDO KALIL LAGE; APARÍCIO DE MOURA DA

CUNHA RABELO; IVANILDO MARINHO GUEDES

PROCEDÊNCIA: 12ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE (PE)

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO FAVORÁVEL NA ESFERA CÍVEL. INSUBSISTÊNCIA DA PENHORA.

A ação de usucapião foi julgada procedente. A ação trabalhista foi ajuizada anos depois do início da posse judicialmente reconhecida, o que afasta a tese de fraude à execução. Imperioso, pois, o respeito à decisão proferida na Justiça Comum, a quem compete resolver litígios da espécie (aquisição da propriedade pelo decurso do tempo). Sua oponibilidade, quanto à propriedade do imóvel, é *erga omnes*. Agravo de Petição parcialmente provido.

Vistos etc.

Agravo de Petição interposto por MARIA MADALENA GONÇALVES CHAVES, da decisão proferida pela MM. 12ª Vara do Trabalho do Recife/PE que, às fls. 110/112, julgou improcedentes os Embargos de Terceiros, autuado por dependência nos autos da Reclamação Trabalhista tombada sob o nº 0053300-04.2007.5.06.0012, ajuizada por LUIZ MANOEL DE AZEVEDO LINS em face da EMPRESA CONSTRUTORA ASFORA LTDA, ora agravados.

Embargos declaratórios opostos às fls.117/125, fls.128/130 e fls.135/140, rejeitados, consoante julgados de fls.126, fls.131/133 e fls.146.

Em suas razões recursais às fls. 149/164, após fazer um resumo da lide, pugna a agravante pelo reforma do *decisum*. Diz que o Juiz a *quo* se equivocou porque não existiu fraude à execução. Alega haver omissão quanto à análise da sentença proferida na esfera Cível e na alegação de bem de família. No que respeita a fraude à execução, diz que o magistrado singular foi induzido a erro por falsa informação

levada aos autos pelos executados. Afirma que não houve qualquer venda do imóvel penhorado pelos executados. Faz referência a certidão cartorária de fls. 29/34. Insiste na posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de 20 (vinte) anos. Diz que a fraude à execução exige comprovação de má-fé pelos terceiros adquirentes. Invoca a Súmula 375 do STJ. Defende a presunção da boa-fé e afirma que no caso dos autos a mesma está devidamente comprovada. Faz distinção entre certidão cartorária e contrato de compra e venda. Afirma ter comprovado documentalmente a posse da propriedade em momento anterior a Reclamação Trabalhista. Alega que a ausência de apreciação de todas as provas fere o devido processo legal e impede o exercício da ampla defesa. Entende violados os artigos 17, II; 125, III e 131 do CPC. Invoca a sentença proferida na Justiça Comum. Na sequência, resiste ao fundamento da decisão vergastada de não aquisição da propriedade com base no artigo 1.208 do CC/2002. Diz que referido dispositivo não se aplica ao caso em apreço. Afirma que não cabe à Especializada modificar os requisitos legais do usucapião. Invoca os artigos 1.238, 1.240, 1.241 e 1.242 do CC/2002 como aptos a embasar o que defende. Afirma que as ações fundadas em direito real, como usucapião, devem ser processadas e julgadas na Justiça Estadual. Por último, invoca a impenhorabilidade do bem de família. Chama a atenção para a certidão do Oficial de Justiça. Diz que nela consta informação de se tratar de imóvel no qual reside não só a agravante, mas várias crianças deficientes e familiares. Invoca a Lei 8.009/90. Pontua que não responde pela dívida em execução e que reside no imóvel por mais de duas décadas. Cita doutrina e jurisprudência. Pugna pelo efeito suspensivo do recurso. Pede provimento do mesmo.

Embora devidamente notificados os agravados (fls.165), apenas os executados apresentaram contraminuta, oferecendo novo bem à penhora, consoante fls. 166/172.

Às fls. 174/175, o feito foi distribuído, passando a esta Relatoria.

É o relatório.

VOTO:

Pugna a agravante pela reforma do *decisum*. Alega, em apertada síntese, que não responde pela dívida em execução; que reside no imóvel sobre o qual recaiu a penhora por mais de duas décadas; que lhe foi conferido o domínio no Juízo Cível e que se trata de bem de

família.

Pois bem.

Na inicial dos embargos de terceiros (fls.02/11) a agravante noticiou a existência de ação de usucapião extraordinário em tramite na esfera Cível. Disse que lá postulou a propriedade do imóvel situado na Rua Pandiá Calógeras, nº 276, no bairro do Prado – Recife – PE. Alegou posse mansa e pacífica por mais de duas décadas e invocou a impenhorabilidade do bem de família.

O Juiz a *quo*, às fls. 110/112, proferiu decisão nos seguintes termos, *in verbis*:

(...) A execução principal se mostrou infrutífera contra a executada original, tendo se voltado contra a sócia SÔNIA GONÇALVES ASFORA, tendo sido penhorado o imóvel situado na Rua Pandiá Calógeras, n 276, Prado, Recife.

Tal imóvel é retratado na petição inicial como na posse da embargante há mais de 20 anos, sendo objeto de ação de usucapião extraordinário em trâmite na justiça comum.

A embargada/executada informa que vendeu o imóvel à embargante, a qual estaria de boa fé.

Pois bem.

As informações da embargante e da embargada/executada não se conectam logicamente. Com efeito, a primeira diz estar na posse desde agosto de 1983, enquanto que a certidão do registro de imóvel aponta a Sra. Sônia Asfora como proprietária do bem 29/10/1984. Se assim é, como a executada poderia ter vendido o bem à embargante? Eis o primeiro indício de fraude.

Cumpre registrar que a ação de usucapião extraordinário não foi ainda julgada, tendo sido ajuizada em maio de 2008 (sem embargo de a execução trabalhista estar aparelhada desde abril de 2008 – vide mandados de citação e penhora de fls. 146 e 147 dos autos principais), o que revela mais um indício de fraude.

De qualquer forma, a citação da requerida (Sra. Sônia Asfora) no processo de usucapião extraordinário foi expedida validamente apenas 11/06/2009. Registra-se que somente com a citação válida é que a coisa se torna litigiosa para fins do conflito de interesses a ser ali deduzido. Nesse sentido, o art. 219, do CPC.

Chamo a atenção também ao certidão da Sra. Oficiala de Justiça às fls. 295 dos autos principais. Na ocasião, a meirinha deu ciência à Sra. SÔNIA ASFORA da penhora do imóvel e a mesma revelou que o havia doado há mais de 20 anos a um orfanato.

A narrativa da Sra. Sônia Asfora se confirma no relato da petição inicial da ação de usucapião extraordinário, na qual a embargante revela o trabalho com menores carentes e a permissão para a ocupação do imóvel. Vide fls. 21 destes autos.

Ora, a doação não se consumou eis que não realizada por escritura pública ou instrumento particular, conforme exige o art. 541, do CC.

Assim, conforme está confessado na petição da ação de usucapião extraordinário, a ocupação por si do imóvel penhorado decorreu de mera permissão (veja confissão do fato às fls. 21 destes autos – item 04 daquela petição) ou tolerância dos proprietários, o que sequer pode ser considerada posse para fins de usucapião.

Veja-se o regramento do art. 1.208, do CC, *in literis*:

Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou clandestinidade. (os grifos são nossos).

Portanto, a embargante sequer pode ser qualificada de possuidora direta, senão de mera ocupante ou possuidora indireta, o que não avaliza o seu pedido de usucapião.

No que se refere à alegação de bem de família,

tenho que esta objeção é exclusiva do proprietário do imóvel constricto. Não é o caso da embargante. Por sua vez, ainda que fosse proprietária, no local funciona um orfanato e não propriamente uma residência familiar, nos termos exigidos pelo art. 1º da Lei n. 8.009/90.

Assim, julgo improcedentes os embargos de terceiro em epígrafe”.

Merece reforma o *decisum*.

A questão já não comporta maiores discussões. Isso porque a ação de usucapião (Processo nº 0019422-32.2008.8.17.0001) foi julgada procedente sem qualquer impugnação das partes interessadas. Na referida ação, a posse do imóvel em questão foi reconhecida desde 1989. Por outro lado, a ação trabalhista (Processo nº 0053300-04.2007.5.06.0012) foi ajuizada em 2007, ou seja, anos depois do marco inicial da posse reconhecida judicialmente, o que afasta a tese de fraude à execução. Como não há comprovação de qualquer outro tipo de relação da agravante com os agravados, injustificável se mostra a permanência da constrição judicial.

Observe que em 25/05/2012 a agravante noticiou prolação da sentença na ação de usucapião, consoante PRT-004990/12 (fls. 135/140). Referida sentença ostenta a qualidade de documento novo (artigo 397 do CPC) e possui força suficiente para mudar os rumos dos Embargos de Terceiro. Vejamos o teor da mesma, extraído do sítio do Tribunal de Justiça do Estado, naquilo que interessa transcrever *in verbis*:

(...) Vistos, etc.

MARIA MADALENA GONÇALVES CHAVES, devidamente qualificada, através de advogado, ajuizou AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO DE TERRAS PARTICULARES em face de SÔNIA GONÇALVES ASFORA e ISSA ASFORA, igualmente qualificados.

Alega a demandante que, desde 1983, exerce a posse mansa, pacífica e ininterrupta, com animus domini, do imóvel pormenorizadamente especificado na inicial, no qual fixou residência

e domicílio próprio, bem como da família.

Informa que adquiriu a posse do referido bem em meados de agosto de 1983, quando seu amigo, André Luiz, permitiu que ocupasse o imóvel com o fim de desenvolver trabalho com menores carentes, atualmente seus filhos adotivos. Isso porque o referido imóvel encontrava-se desocupado, sem que sobre ele fossem exercidos, por parte dos demandados ou de terceiros, qualquer dos direitos inerentes à propriedade.

Aduziu que, a partir de 1985, perdeu o contato com o amigo apontado, fato que não a impediu de permanecer no exercício pacífico da posse do imóvel objeto da lide até a presente data. Acrescentou que, desde que passou a residir no imóvel, tem arcado com todas as respectivas despesas, fiscais e de consumo, tais como água, luz e IPTU, promovendo, inclusive, as benfeitorias necessárias para a sua manutenção e conservação, revelando seu autêntico animus domini em relação ao bem.

Assevera que os requisitos do usucapião extraordinário foram devidamente atendidos, na medida em que a autora possuiu como seu, de forma ininterrupta e sem oposição, por mais de vinte anos, o bem litigioso.

Diante disso, requer que seja proferida sentença de procedência para declarar que o domínio do imóvel individuado na exordial pertence à demandante, de modo que, após o trânsito julgado, seja expedido o competente mandado para registro da sentença junto à matrícula do imóvel no 4º Cartório de Registro de Imóveis.

Requeru, ainda, a concessão do benefício da justiça gratuita, deferido à fl. 54.

Deu à causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Juntou documentos de fls. 08/32 e 60/105.

Citação dos réus proprietários à fl. 58v, do confinante aos fundos do imóvel usucapiendo à fl. 115v.

Edital de citação publicado no DJE, conforme fl. 118.

À fl. 118v, certidão de que, citados, os réus não apresentaram defesa, assim como os possíveis interessados citados por edital e os confinantes citados por mandado. Certificou-se, ainda, que, cientificados da presente demanda, o Estado, a União e o Município permaneceram silentes.

O Município informa, à fl. 120, que não se opõe à ação de usucapião, fazendo a União o mesmo à fl. 200.

Intimado o Ministério Público, à fl. 203, para intervir no processo.

Cota do Ministério Público de fl. 204, em que o representante do Parquet formula algumas requisições. Em seguida, despacho de fl. 206, determinando que a parte autora, num prazo de 10 (dez) dias, juntasse documento de arrecadação municipal ou outro que aponte o valor venal do imóvel, para fins de correção do valor da causa; bem como que acostasse planta descritiva do imóvel usucapiendo em que conste seus respectivos limites e confrontações, assinada por profissional devidamente habilitado.

À fl. 213, ficha do imóvel usucapiendo obtida junto ao sítio eletrônico da Prefeitura do Recife, em que consta o seu valor venal.

Em cumprimento ao despacho de fl. 206, foi acostada a planta descritiva do imóvel usucapiendo, nos termos ali especificados (fl. 216).

Realizada audiência de instrução e julgamento à fl. 231.

Parecer do Ministério Público de fl. 232 em que se opina pela procedência do pedido de usucapião.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

(...)

II - DA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO

Encerrada a instrução do processo (fl. 231), bem como tendo apresentado o Ministério Público seu respectivo parecer (fl. 232) - pela procedência do pedido inicial, diga-se -, passo à análise do mérito.

De início, cumpre anotar que, conforme certificou a Secretaria à fl. 118v., devidamente citados (fl. 58v.), os réus nada requereram, assim como todos os possíveis interessados citados por edital e confinantes citados por mandado.

Nos termos do art. 319 do CPC, considerando que os demandados não apresentaram contestação, há que se tornaram revéis, pelo que se reputam verdadeiros os fatos afirmados pela parte autora. Presentes, assim, os efeitos da revelia.

No que diz respeito à pretensão autoral de aquisição da propriedade do imóvel especificado na inicial por usucapião extraordinário, observo que a fundamentação presente na exordial está de acordo com a legislação vigente, sendo coerente a pretensão.

O usucapião constitui forma de aquisição da propriedade imóvel, existindo sob três modalidades, ordinário, extraordinário e especial. Na espécie, a demandante requer a declaração do domínio do imóvel individualizado na exordial, alegando haver preenchido os pressupostos do usucapião extraordinário, previsto no art. 1.238 do CC com a seguinte redação:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença,

a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Deve-se observar, portanto, os seguintes requisitos para que se opere a prescrição aquisitiva: a) Posse mansa e pacífica, contínua e incontroversa, sem oposição ou interrupção; b) Decurso de tempo equivalente ou superior a quinze anos, ou a dez anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo; c) *Animus domini sibi habendi*, ou seja, a intenção de possuir o imóvel como seu.

Observadas tais condições, o interessado adquirirá o domínio do imóvel, requerendo à autoridade judiciária que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título hábil para a transcrição no registro imobiliário.

Pelo que deflui do acervo probatório, consistente na prova documental coligida às fls. 08/32 e 60/105, bem como na prova testemunhal de fl. 231, restam preenchidos todos os requisitos necessários à configuração do usucapião extraordinário.

Quanto ao lapso temporal a que se refere o art. 1.238 do CC, noto que, in casu, é de 10 (dez) anos, já que a demandante estabeleceu no imóvel usucapiendo a sua moradia habitual, o que se infere da prova documental de fls. 60/105, bem como dos depoimentos colhidos em audiência de instrução.

Nesta oportunidade, a testemunha Charles Mayer afirmou conhecer a autora há aproximadamente 13 (treze) anos, bem como o trabalho por ela desenvolvido, dizendo ser ele

executado na Rua Pandiá Calógeras, bairro do Prado. Disse, ainda, que desde que conheceu a Sra. Madalena, ela mora nesse endereço. A testemunha Flávia Carlina, por sua vez, indagada pelo Juízo, respondeu que “conhece a Sra. Madalena desde o ano de 1988 e por muito tempo freqüentou a sua casa”. Confirmou que a demandante tem endereço na Rua Pandiá Calógeras, alegando que, neste local, ela desenvolve um trabalho assistencial e vive com seus filhos adotivos, “todos ocupando aquela residência”. Também a testemunha Simone Freire asseverou que conhece a Sra. Madalena desde o ano de 1989, época em que esta já residia no imóvel usucapiendo com seus filhos adotivos.

Com efeito, pelos fatos acima expostos, restou comprovado que a requerente é possuidora do imóvel objeto da lide por período superior a 10 (dez) anos, de 1989 a 2011. Ademais, é de se notar que a posse exercida pela demandante é ad usucapionem, isto é, contém os requisitos exigidos pelo art. 1.238 do CC, visto que, exercida de forma mansa, ininterrupta e incontroversa, como atestam os depoimentos colhidos à fl. 231, em que afirmam as testemunhas que a ocupação do imóvel “tem sido permanente”, ao passo que informam desconhecer “qualquer objeção à ocupação do imóvel pela usucapienda”.

Outrossim, no que diz respeito ao requisito do animus domini, verifico que se faz presente no caso concreto. Os documentos de fls. 60/105, consistentes em notas fiscais emitidas pelo Hiperbompreço e faturas da CELPE dirigidas à autora e remetidas ao endereço do imóvel usucapiendo, além dos depoimentos de fl. 231, constituem prova suficiente de que a demandante reside no referido imóvel desde 1989, possuindo-o como seu, tanto que ali fez a moradia da sua família e realizou benfeitorias,

arcando com as respectivas despesas do bem.

Dentre os requisitos exigidos, vê-se que o lapso temporal decenal foi ultrapassado, considerando que a autora detém a posse do imóvel litigioso desde o ano de 1989; que a referida posse foi exercida na forma ad usucapionem, de maneira pacífica, ininterrupta e incontroversa, bem como com animus domini.

Dessa maneira, há de se reconhecer, nos autos, a presença dos requisitos legais para o deferimento do usucapião pretendido, ressaltando-se, por oportuno, que não houve pronunciamento de qualquer interessado na área, ou mesmo de qualquer de seus confrontantes.

A parte suplicante demonstrou a legitimidade do pedido constante na petição inaugural, uma vez que as condições estabelecidas na legislação civil para a aquisição da propriedade imobiliária, pelo instituto do usucapião, na forma extraordinária, resultaram amplamente demonstradas pela prova carreada nos autos, que, de voz uníssona, evidencia a existência de sucedâneo jurídico à pretensão autoral.

O presente feito tramitou regularmente, devendo ser ressaltado que as Fazendas Públicas, devidamente científicadas, não demonstraram qualquer interesse no imóvel usucapiendo.

O representante do Ministério Público, na condição de fiscal da Lei, opinou pelo deferimento do pedido (fl. 232).

Pelo exposto e por tudo o mais que dos autos consta, com fulcro no art. 1.238 do CC c/c art. 269, I, do CPC, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO FORMULADO NA INICIAL, pelo que declaro, em favor da requerente, o domínio, pelo usucapião extraordinário, do imóvel descrito e caracterizado na petição inicial e na planta de fls. 216, tudo de conformidade com o parecer favorável do Ministério Público.

Após o decurso do prazo recursal, deverá a

Secretaria, após ter feito a juntada de eventuais razões de recurso, fazer vista dos autos ao Ministério Público para que o mesmo seja intimado da sentença.

Com o trânsito em julgado desta sentença, expeça-se o devido mandado ao 4º Cartório de Registro de Imóveis do Recife, para o necessário registro desta sentença, observando-se o constante no art. 945 do CPC. Em seguida, arquivem-se os autos com as cautelas de estilo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Recife, 04 de maio de 2012.

Dorgival Soares de Souza. Juiz de Direito”

Imperioso, pois, o respeito à decisão prolatada na Justiça Comum, a quem compete resolver litígios da espécie (aquisição da propriedade pelo decurso do tempo). Pontuo que, apesar dos incidentes possessórios surgidos na execução trabalhista se submeterem ao império da Especializada, a decisão em epígrafe, como coisa julgada, não pode ser ignorada. Sua oponibilidade, quanto à propriedade do imóvel, é *erga omnes*. Assim sendo, não tem como afastar a validade do *decisum*. Não enquanto não desconstituído ou anulado.

Ora, a sentença proferida na esfera Cível declarou em favor da agravante a aquisição da propriedade por usucapião extraordinário e desta declaração, consoante andamento processual no sítio daquele Tribunal, não houve insurgência. Logo, admitir desfecho distinto sobre a propriedade do bem implica em ofensa à coisa julgada material.

A coisa julgada é um instituto do direito de natureza constitucional, elemento que forma a própria existência do Estado Democrático de Direito. Trata-se de cláusula pétrea, que não pode ser modificada ou abolida por emenda constitucional ou decisão judicial posterior, em atendimento ao Princípio da Supremacia da Constituição.

A meu ver, antes mesmo da decisão em comento, a posse mansa e pacífica e a utilização do bem como moradia da agravante e de seus familiares estavam comprovadas e consolidavam uma situação obstativa da constrição (artigo 1.238 c/c 2.028 - CC/2002), passível de solução pela Especializada na forma *incidenter tantum*, uma vez que a prescrição aquisitiva foi utilizada como meio de defesa (Súmula

237 do STF).

Exemplo disso é o documento de fls. 46/47 (sentença proferida em 09/2009 pela 17ª Vara do Trabalho do Recife). Observe-se que ali se analisou ação manejada pela agravante relativa à constrição do mesmo bem, consignando o Juiz condutor daquele feito que “*A certidão narrativa (fls.10) confirma a posse do bem, pela embargante, onde ela reside com seus filhos e seu genitor de 85 anos e onde funciona um orfanato, desde 1987, há mais de dez anos.*” A despeito disso, a sentença proferida na Justiça Comum põe fim a maiores digressões, não havendo possibilidade de subsistir a constrição levada a efeito.

Não mais, observo que por ocasião da apresentação da contraminuta os executados/agravados indicaram novo bem à penhora, consoante fls. 166/172. Referida indicação deve ser apreciada pelo Juiz condutor do feito, sob pena de supressão de instância.

Quanto à aplicação do efeito suspensivo, entendo pela falta de interesse da agravante. Isso porque houve determinação de suspensão da execução (fls. 96) e pelo andamento processual extraído do sítio deste Regional, referida determinação foi cumprida exatamente no sentido de aguardar o julgamento do presente recurso. Observe-se que em 28/06/2013 ficou assentado: “*AGUARDANDO PRAZO AG DEVOLUCAO DOS AUTOS 256/2011 - Prazo: 60 dias*”

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para declarar insubsistente a penhora levada a efeito sobre o imóvel situado à Rua Pandiá Calogeras, nº 276, no bairro do Prado – Recife – PE, em face do julgamento, na esfera Cível, da ação de usucapião extraordinário. Deve o Juiz condutor do feito analisar o novo bem oferecido à penhora em sede de contraminuta.

Recurso parcialmente provido.

Considerações finais

Esclareço que, pelos motivos expostos na fundamentação deste julgado, o entendimento adotado não viola qualquer dos dispositivos da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, sendo desnecessária a menção expressa a cada um deles, a teor do disposto na Orientação Jurisprudencial nº 118, da SDI-I/TST.

CONCLUSÃO:

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para

declarar insubsistente a penhora levada a efeito sobre o imóvel situado à Rua Pandiá Calogeras, nº 276, no bairro do Prado – Recife – PE, em face do julgamento, na esfera Cível, da ação de usucapião extraordinário. Deve o Juiz condutor do feito analisar o novo bem oferecido à penhora em sede de contraminuta.

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso para declarar insubsistente a penhora levada a efeito sobre o imóvel situado à Rua Pandiá Calogeras, nº 276, no bairro do Prado – Recife – PE, em face do julgamento, na esfera Cível, da ação de usucapião extraordinário. Deve o Juiz condutor do feito analisar o novo bem oferecido à penhora em sede de contraminuta.

Recife, 29 de julho de 2013.

Assinatura eletrônica (Lei nº 11.419/2006)

RUY SALATHIEL A. M. VENTURA
DESEMBARGADOR RELATOR

PROC. Nº 0001523-02.2011.5.06.0412 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA

RELATOR: DESEMBARGADOR ACÁCIO JÚLIO KEZEN CALDEIRA

RECORRENTE: CONSTRUTORA CASSI LTDA

RECORRIDO: ADINALDO LEANDRO DOS SANTOS

ADVOGADOS: WILHAME TADEU RAMOS e

WENDEL LOPES MENEZES DA SILVA

PROCEDÊNCIA: 2ª VARA DO TRABALHO DE PETROLINA (PE)

EMENTA: NULIDADE DE PARTE DA SENTENÇA (CPC, art. 248, segunda parte). INEXISTÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO ACERCA DO ADITAMENTO À PETIÇÃO INICIAL. – Ainda que na Justiça do Trabalho seja admitido aditamento à petição inicial, depois de realizada a citação da parte reclamada, é certo que tal procedimento deve ocorrer antes de apresentada a contestação, pois o prazo terá de

ser devolvido ao réu para que possa acrescentar argumentos de defesa ao que constar do aditamento. A inexistência de notificação da demandada para responder aos termos do aditamento gera a nulidade de parte da sentença de mérito, isto é, apenas os capítulos da decisão nos quais o MM^o juízo de primeiro grau julgou os pedidos constantes do aditamento. Recurso da reclamada a que se dá provimento.

Vistos etc.

Recurso ordinário interposto pela **CONSTRUTORA CASSI LTDA.** contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 2^a Vara do Trabalho de Petrolina - PE, que julgou *PROCEDENTES, EM PARTE*, os pedidos formulados na reclamação trabalhista ajuizada por **ADINALDO LEANDRO DOS SANTOS** em face da ora recorrente, nos termos da fundamentação da r. sentença de fls. 177/184.

Em suas razões recursais, às fls. 190/193, alega a recorrente que não consta dos autos nenhum pedido de aditamento à inicial, ou certidão de que tenha sido intimada acerca de outros pedidos além dos constantes na peça de ingresso. Assevera que o recorrido não pleiteou nem estabilidade provisória nem dano moral, entretanto, mesmo inexistindo registro desses pedidos, o MM^o juízo de piso entendeu por bem deferir a estabilidade provisória por um período de 12 (doze) meses e ainda condenar a recorrente ao pagamento de uma indenização por dano moral no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais). Acrescenta que não há nos laudos periciais acostados, tanto pela recorrente quanto pelo perito do Juízo, conclusão favorável ao obreiro no sentido de que a suposta hérnia umbilical adquirida durante o período laboral, tenha ligação com a função exercida pelo autor, e mesmo que de fato tal hérnia exista, não impede que o reclamante trabalhe. Transcreve trecho do laudo pericial, no qual o *expert* afirma que no momento da perícia o autor não apresentava alterações compatíveis com hérnia umbilical. Requer a reforma da r. sentença revisanda para que seja excluída a obrigação de pagamento da estabilidade provisória, bem como a indenização por danos morais, por entender que o julgado foi além do pedido do autor. Pede provimento ao apelo.

O reclamante não apresentou contrarrazões ao recurso ordinário, consoante se observa da certidão de fl. 203.

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).

É o relatório.

VOTO:

Admissibilidade

Em análise aos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, observo que o apelo foi interposto dentro do octídio legal, pois a recorrente foi intimada da r. sentença revisanda em 11.01.2013 (sexta-feira, fl. 187), tendo se iniciado a contagem do prazo recursal somente no dia 15.01.2013 (terça-feira), em virtude do disposto nos artigos 2º e 3º da Ordem de Serviço TRT - GP nº 538/2012, que suspendeu os prazos processuais na Vara de origem no dia 14.01.2013, e findando em 22.01.2013, data da interposição do recurso (fl. 190).

O recurso foi assinado por profissional regularmente habilitado, eis que se configurou a procuração *apud acta*, quando do comparecimento do causídico à audiência de fl. 120. De igual modo, o preparo acha-se regularmente recolhido às fls. 194/195 (custas processuais) e às fls. 196/197 (depósito recursal).

Conheço, pois, do recurso interposto.

Da preliminar, suscitada de ofício, de nulidade da sentença, em virtude da inexistência de notificação (art. 301, §4º, do CPC)

Em suas razões recursais, a reclamada afirma que a r. sentença revisanda deferiu parcelas que sequer foram objeto da reclamação trabalhista que lhe foi dirigida. Assevera que não foi notificada acerca de outros pedidos, além dos constantes na petição inicial. Assegura que houve julgamento além do pedido referindo-se aos títulos “estabilidade provisória” e “dano moral”.

Pois bem.

Inicialmente há de se esclarecer que não se trata de julgamento *ultra petita*, ou, além do que foi pleiteado, como se refere a recorrente, tendo em vista que os pedidos de estabilidade provisória e dano moral encontram-se formulados na petição de fls. 50/61, através da qual o obreiro aditou termos e pleitos à peça vestibular.

Ocorre que a petição de fls. 50/61 não foi devidamente apreciada pelo MM^o juízo *a quo*. Verifica-se, desde o primeiro parágrafo da peça em questão, que a mesma se trata de emenda à petição inicial, na verdade um aditamento, pois foram acrescidos pedidos, mas em momento algum a empresa demandada foi notificada acerca dos seus termos.

O MM^o juízo sentenciante, no despacho de fl. 50, apenas se reportou ao despacho exarado à fl. 38, no qual se reservou a apreciar o pedido de antecipação de tutela por ocasião da audiência inicial.

Assim, constata-se que a recorrente não foi cientificada dos termos do aditamento à petição inicial, onde foram acrescidos os pedidos referentes à estabilidade provisória e danos morais.

Nos termos do que dispõe o §4^o, do art. 301, do CPC, o juiz conhecerá de ofício a inexistência ou nulidade da citação previstas no inciso 1^o do referido dispositivo legal.

Transcrevo a seguir os termos do art. 301, I, e §4^o, do CPC:

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

I - inexistência ou nulidade da citação;
(Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

(...)

§ 4o Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973)

Ainda que o art. 294 do CPC proíba a emenda à petição inicial, depois de realizada a citação do réu, é certo que na Justiça do Trabalho admite-se tal procedimento, desde que antes de apresentada a contestação, pois o prazo terá de ser devolvido ao reclamado para que possa acrescentar argumentos de defesa ao que constar do aditamento.

Isto somente é possível na justiça laboral porque o juiz, comumente, não aprecia a petição inicial antes de realizada a primeira audiência, de modo que eventuais extinções do processo ou determinações de emenda à peça atrial somente acontecem na audiência inicial.

Ocorre que somente após tomar ciência da r. sentença revisanda, de fls. 177/184, é que a empresa constatou o prejuízo sofrido, pois para

ela a condenação havia extrapolado os pleitos presentes na petição inicial.

Assim, verificando que não foi assegurado à ré o direito de defesa em relação aos termos do aditamento apresentado pelo reclamante, o processo deve ser anulado e devem retornar os autos à instância originária.

Da nulidade de parte da sentença

Manoel Antônio Teixeira Filho *in* *A Sentença no Processo do Trabalho*, 2ª edição, editora LTr, p. 342, refere-se a um conjunto moderador do sistema das nulidades processuais.

E de acordo com o magistério de Pontes de Miranda em sua obra *Comentários ao Código de Processo Civil*, editora Forense, 2ª edição, p. 484/485, *in verbis*:

“A nulidade pode atingir todo o ato processual, ou só uma parte, ou algumas partes. Se uma parte do ato é independente de outra ou das outras que foram nulas, a nulidade a ela não se estende. (...) o art. 248, 2ª parte, lança o princípio da incolumidade de qualquer parte juridicamente separável da parte nula ou das partes nulas. (...) Quando se decreta a nulidade de um ato, só os atos subsequentes que dele dependiam são atingidos. *Utile per inutile non viciatur*. Tampouco a decretação da nulidade de uma parte se estende a outra parte, ou a algumas ou a todas as outras partes que da parte nula não dependiam. (...) Pode ser que no próprio ato atingido haja partes distinguíveis.”

E analisando especificamente a decretação de nulidade das sentenças, assevera o renomado tratadista:

“Costuma-se dizer que a nulidade de uma sentença a atinge no todo (e.g., “julgada nula a sentença, outra há de ser proferida por inteiro”). De modo nenhum se pode dizer isso como princípio geral. A nulidade da sentença pode ser apenas no tocante a um litisconsorte ou outro interessado e prevalece quanto às outras partes ou

interessados. Também é de ocorrer que a decretação de nulidade apenas seja quanto a algum elemento contutístico da sentença (e.g., válida a declaração de filiação do autor, e nula a sentença quanto a outro herdeiro, descendente do decujo, que não foi citado, ou o foi nulamente, e não compareceu, ou compareceu e alegou a falta ou nulidade da citação). Nem todos os recursos e a ação rescisória têm de ser contra todos os pontos da sentença. A eficácia das sentenças depende dos seus elementos subjetivos (autor, réu, autores, réus, outros interessados) e dos seus elementos objetivos, que podem ser de direito material ou de direito processual.”

Já Nelson Nery Júnior *in* *Código de Processo Civil Comentado*, editora Revista dos Tribunais, 11ª edição, p. 513, leciona sobre o tema:

“Nulidade parcial. Redução. Quando o ato processual puder ser fracionado, a nulidade de parte dele não se comunica às partes hígidas, de sorte que devem ser estas aproveitadas em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas. A este fenômeno, do aproveitamento da parte não inválida do ato, se dá o nome de *redução*.”

O fenômeno da *redução*, no sistema das nulidades, consiste na possibilidade de se decompor o ato processual e reduzir a sua abrangência, quando o ato se apresenta parcialmente ilegal.

De acordo com a lição de Carlos Henrique Bezerra Leite em sua obra *Curso de Direito Processual do Trabalho*, editora LTr, 11ª edição, p. 435, *é possível que qualquer parte do ato processual juridicamente separável da parte nula seja considerada válida*.

Aplica-se ao tema em questão o *princípio da utilidade*, segundo o qual devem-se aproveitar ao máximo os atos processuais posteriores, desde que não sofram reflexos da nulidade decretada judicialmente.

No caso em exame, a inexistência de notificação da ré para responder aos termos do aditamento configurou nulidade, mas atingiu a decisão somente em relação ao julgamento dos pedidos constantes do aditamento, à luz do disposto na segunda parte do art. 248 do CPC. O útil não é invalidado pelo inútil (*Utile per inutile non vitiatur*).

Nesse contexto, preliminarmente, em atuação de ofício, reconheço a inexistência de notificação da reclamada, no que se refere ao aditamento à petição inicial, e anulo o processo, isto é, apenas a parte da r. sentença revisanda que dispôs sobre os pedidos de reintegração e dano moral, para que seja reaberta a instrução processual, designada nova audiência e a reclamada notificada para contestar os termos e pedidos constantes do aditamento de fls. 50/61 e produção de provas, proferindo o MMº juízo de primeiro grau nova sentença como entender de direito acerca dos pleitos acima mencionados.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, preliminarmente, em atuação de ofício, reconheço a inexistência de notificação da reclamada, no que se refere ao aditamento à petição inicial, e anulo o processo a partir da r. sentença revisanda, parte dela, especificamente em relação ao pronunciamento sobre os pedidos constantes do aditamento à inicial, para que seja reaberta a instrução processual, designada nova audiência e a reclamada seja notificada para contestar os termos e pedidos do aditamento de fls. 50/61, proferindo o MMº juízo de primeiro grau nova sentença como entender de direito.

ACORDAM os Membros integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, preliminarmente, em atuação de ofício, reconhecer a inexistência de notificação da reclamada, no que se refere ao aditamento à petição inicial, e anular o processo a partir da r. sentença revisanda, parte dela, especificamente em relação ao pronunciamento sobre os pedidos constantes do aditamento à inicial, para que seja reaberta a instrução processual, designada nova audiência e a reclamada seja notificada para contestar os termos e pedidos do aditamento de fls. 50/61, proferindo o MMº juízo de primeiro grau nova sentença como entender de direito.

Recife, 29 de maio de 2013.

Firmado por Assinatura Digital (Lei nº 11.419/2006)

ACÁCIO JÚLIO KEZEN CALDEIRA
DESEMBARGADOR DO TRABALHO RELATOR

Súmulas

SÚMULA Nº 01

SUCCESSÃO 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 013

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

(Cancelado 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 MENSAS

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 de ser assegurados 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

12/20113ª 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 como 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

SÚMULA Nº 18

EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. “CALL CENTER”. ATIVIDADE-FIM. TERCEIRIZAÇÃO. ILICITUDE

A contratação de empregados por meio de empresa interposta, para prestação de serviços de “Call Center”, promovida por empresa de telecomunicação, é ilícita, por envolver atividade-fim e de caráter permanente, formando-se o contrato de trabalho diretamente com a contratante. Inaplicável à espécie a regra inserta no artigo 94, inciso II, da Lei nº 9.472/97, que autoriza a terceirização, apenas, nas atividades inerentes, acessórias ou complementares à finalidade do empreendimento econômico.

Publicada nos Diários Eletrônicos da Justiça do Trabalho

em 13/11; 14/11 e 18/11/2013.

Sentenças

PROCESSO nº 0000238-24.2013.5.06.0211

ÓRGÃO JULGADOR
VARA DO TRABALHO DE CARPINA-PE

Aos (30) trinta dias do mês de julho do ano dois mil e treze, às 12h05min, estando aberta a audiência da Vara do Trabalho desta cidade, na sala respectiva, na Rua Martinho Francisco, s/nº, CAJÁ, Carpina PE, com a presença da Exma. Juíza **Maria das Graças de Arruda França**, foram, por ordem da Sr.^a Juíza, apregoados os litigantes,

NIZOVAM NASCIMENTO VASCONCELOS

Reclamante

ELETRO SHOPPING CASA AMARELA LTDA

Reclamado

Ausentes às partes.

Instalada a audiência, relatado o processo, foi proferida a seguinte decisão:

Vistos, etc.

NIZOVAM NASCIMENTO VASCONCELOS qualificado nos autos reclama contra ELETRO SHOPPING CASA AMARELA LTDA pleiteando os títulos elencados na inicial. Fundamenta seu pedido com as declarações de fls.02/16. Juntou documentos.

Não houve possibilidade de acordo.

O reclamado produziu defesa às fls.106/147, juntando documentos.

A alçada foi fixada conforme inicial.

O processo foi instruído com o depoimento das partes e inquirição de testemunhas.

As partes aduziram razões finais e não conciliaram

É o relatório.

Fundamentos da Decisão

Preliminarmente

I - Dos Benefícios da Justiça Gratuita.

Defiro-os, com supedâneo nos parágrafos 1º e 2º do art. 14, da Lei 5584/70, por entender ter o autor preenchido os requisitos ali exigidos.

II - Da Prescrição Quinquenal.

A arguição de prescrição suscitada pelo reclamado é de ser acolhida pelo amparo concedido no inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal. Assim, parcelas anteriores a 04.02.2008, já atingidas pela prescrição quinquenal (com exceção do FGTS, que é trintenária – Súmula 362 do Colendo TST) não poderão ser incluídas, na hipótese de condenação.

III - Da Inépcia da Inicial Suscitada Pelo Reclamado Em Relação a Feriado

Acolho-a.

O autor quando da peça de ingresso, não observou, no tópico, o em destaque o contido no § 1º, do artigo 840 da CLT, porquanto, não houve precisão entre os fatos narrados e o pedido, ou seja, a mínima menção em quais feriados foi prestado serviço impossibilitando, portanto, o pleno exercício de defesa e o julgamento do referido pleito. Extingue-se, pois o processo em relação à respectiva verba, sem resolução do mérito, com esteio no inciso I, do artigo 267 do CPC.

IV– Dos Efeitos Da Súmula 330 do TST.

A quitação das verbas rescisórias tem eficácia liberatória apenas com relação às parcelas discriminadas no recibo (TRCT fl.29/29 verso), não impedindo, por conseguinte, à apreciação pelo Poder judiciário de outros créditos originados de direitos não contidos naquela documentação.

Mérito

Do Tempo de Serviço

Inexistindo controvérsia quanto ao tempo de serviço declinado na exordial, qual seja 18.10.2002 a 04.11.2011, este é de prevalecer para todos os efeitos legais.

Do Adicional de Transferência/Despesas Resultantes/Diferenças Salariais Como Vendedor (letras “c”, “d” e “e”, todas da inicial)

Em tendo o Juízo decretado a prescrição quinquenal das verbas,

anteriores a 08.03.2008, nelas estão incluídas as parcelas em destaque, acarretando a extinção do processo, nesses itens, com resolução meritória, nos moldes do inciso IV, do artigo 269 do CPC.

Das Diferenças Salariais/Gerente de Loja

Diz o reclamante, que enquanto trabalhou para o reclamado na função de gerente de loja, foi pactuado um percentual de 0,86% sobre o faturamento bruto da loja que gerenciava.

Afirma que o demandado, de forma habitual, desprezava grande parte das vendas efetuadas para efeito do pagamento das comissões gerando, por conta disso, diferenças salariais que não foram reconhecidas durante o pacto laboral, posto que o ex-empregador gerava em média, cerca de 30% de diferença em relação às comissões que fazia jus.

Em se defendendo, no ponto, o reclamado contraria a tese autoral assegurando que, na condição de gerente de loja, o autor era remunerado à base de 0,46% sobre o valor de todas as vendas realizadas na loja, onde exercia a função de gerente com o acréscimo de 1% sobre as vendas de garantia estendidas mais descanso semanal remunerado, sendo garantido ao promovente o piso de R\$ 1.000,00, caso a loja não atingisse as metas de vendas estabelecidas pela reclamada, sendo, portanto, o demandante comissionista puro, como anotado na CTPS do autor.

Eis os limites da lide, no tópico.

Tendo o reclamante alegado o ajuste de comissões em

percentual diverso daquele admitido pelo acionado, atraiu para si o encargo de provar tal fato, visto que constitutivo do seu direito, nos termos do artigo 818 do Texto Consolidado, e inciso I, do artigo 333 do Código Adjetivo Civil.

Desse ônus, contudo, não se desincumbiu o postulante satisfatoriamente. Não trouxe à colação dos autos qualquer prova a fim de dar ênfase às alegações iniciais no sentido de que as comissões tivessem sido pactuadas em um determinado percentual, ou seja, 0,86% sobre o faturamento da loja onde gerenciava, e o empregador, de forma unilateral, tenha reduzido em média 30% desse faturamento, ocasionando a ele, demandante, prejuízos financeiros.

O registro do sobredito percentual anotado na CTPS do autor (doc. 24) se reporta à época em que o postulante exercia a função de vendedor. Por sua vez, os dados consignados no documento de fl.28, diz respeito a empregador diverso (CREDIMÓVEIS), portanto, sem qualquer valia para o deslinde do pleito em análise. Logo, improcede o pedido e os consectários daí advindos, inclusive o elencado na “g” da inicial.

Eis os arestos sobre o tema:

Ementa: REMUNERAÇÃO. PERCENTUAL DE COMISSÕES. ÔNUS DA PROVA. Tendo alegado o ajuste de comissões em percentual diverso daquele admitido pela Ré, atraiu o Autor o encargo de provar tal fato, visto que constitutivo do seu direito, a teor do artigo 818 da CLT e 333 do CPC, ônus do qual não se desincumbiu a contento, impondo-se a manutenção da decisão de origem. Recurso Ordinário a que se nega provimento. TRT-23 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA RO 214201000923008 MT 00214.2010.009.23.00-8 (TRT-23) Data de publicação: 04/02/2011

Ementa: COMISSÕES. REDUÇÃO NO PERCENTUAL. ÔNUS DA PROVA. Cabe ao Autor o ônus de provar, no caso concreto, a redução no percentual das comissões pagas, por se tratar de fato constitutivo de seu direito, ao

pagamento das diferenças salariais pleiteadas.
TRT-5 - RECURSO ORDINARIO RECORD
1365001720085050006 BA 0136500-
17.2008.5.05.0006 (TRT-5) Data de
publicação: 29/04/2010

Do Salário In Natura/Habitação

Trilha esta magistrada o mesmo entendimento preconizado na Súmula 367 do C. TST, no sentido de que, na hipótese em que a empresa fornece aos seus empregados a moradia e até mesmos os acessórios, como água e luz, tal fornecimento deve ser considerado para propiciar o trabalho e não como retribuição por sua execução. Portanto, não há que se cogitar da consideração de que tal parcela tenha natureza salarial e consequentemente, sua integração ao salário e incidências daí advindas como pretende o reclamante. Indefiro a pretensão.

Nesse sentido eis a jurisprudência:

SALÁRIO IN NATURA – HABITAÇÃO E ENERGIA ELÉTRICA – Segundo a Orientação Jurisprudencial nº 131 da SDI, a habitação e a energia elétrica fornecidas pelo empregador ao empregado, quando indispensáveis à realização do trabalho, não têm natureza salarial. Nesse passo, é de se inadmitir o recurso de revista a teor do Enunciado nº 333 do TST, cujos precedentes foram erigidos à condição de requisitos negativos de admissibilidade do recurso, na esteira da alínea “a” do art. 896 da CLT. Recurso não conhecido. (TST – RR 646267 – 4ª T. – Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen – DJU 06.09.2002)

SALÁRIO IN NATURA – HABITAÇÃO – Constatado que o fornecimento de habitação era para viabilizar a prestação dos serviços, resta descaracterizada sua natureza salarial, não se configurando em salário in natura, uma vez que era concedida à trabalhadora para o trabalho, e não pelo trabalho. (TRT 12ª R. – RO-V 01351-

2002-037-12-00-9 – (0158338075/2002) –
Florianópolis – 2ª T. – Rel. Juiz Dilnei Ângelo
Biléssimo – J. 04.02.2003)

Do Cargo de Confiança

Diz o reclamante que trabalhava em média, das 7h, 7h15m, às 19h, 19h30min, nas segundas, quartas e quintas feiras e, nas terças e sextas feiras, dias de abastecimento, em média, das 7h, 7h15min às 23h30min 24h e, aos sábados, em média, das 7h, 7h15m às 15h30min 16h, com intervalo de 30 minutos para descanso. Alega que também prestava serviços nos feriados e em 03 domingos que antecediam o feriado de Natal, com jornada em média das 7h, 7h15min às 19h, 19h30min, também com intervalo de 30 minutos intervalar.

Declara que apesar de receber o título de funcional de gerente de loja, não dispunha de poder de mando ou de gestão.

Como consequência, postula o pagamento da jornada suplementar assim considerada as horas excedentes da 8ª diária e 44 semanais.

Em se defendendo, o reclamado refuta a tese obreira assegurando que o reclamante exercia a função de Gerente de Loja, o que caracteriza cargo de gestão, nos termos do inciso II, do artigo 62 da CLT.

Fixadas, portanto, as balizas orientadoras da atuação jurisdicional, em decorrência lógica dos termos da inicial e da defesa, no tópico em apreço, estabelece-se o juízo investigatório.

O ponto central do tópico em análise diz respeito à existência ou não do direito do autor quanto à paga de horas extras a partir da 8ª diária já que exercente de cargo de gestão (gerente de loja) como assegura o reclamado, como óbice de tal pretensão.

Sabido que para o enquadramento na exceção do artigo 62, inciso II, do Texto Consolidado, o empregado precisa preencher dois requisitos cumulativos quais sejam: recebimento de gratificação de função não inferior a 1/3 do salário do cargo efetivo e encontrar-se investido em funções de **direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes**. (negritei)

O reclamante desde 01 de março de 2005, até a despedida, exerceu cargo de Gerente de loja, fato incontroverso. Tal encargo, no entanto, não significa dizer que as atividades desenvolvidas pelo autor eram constituídas como sendo um elo de confiança ou uma fidúcia

especial com seu empregador. O reclamante apesar de possuir subordinados, por si só não viabilizaria a caracterização de direção ou chefia enquadrando-o na exceção de que trata o inciso II, do artigo 62 da CLT.

Nesse sentido eis a jurisprudência:

“Gerente de loja. Ausência de poderes de mando e gestão. Não aplicação do artigo 62 da CLT. Horas extras. Gerente de loja. Para que o obreiro possa ser enquadrado na hipótese prevista no artigo 62 da CLT, necessário se torna que o Tribunal Regional identifique a presença de poderes de mando e gestão, assim como padrão mais elevado de vencimentos, pois há gerentes que não passam de chefes gerais. Revista patronal conhecida e desprovida”. (Ac. TST-RR-173456/95.6 - Ac. 2ª Turma - relator ministro Moacyr Roberto, DJ 11-10-96, p. 38.793)

Cargo de confiança. Configuração. Requisitos. À caracterização da hipótese excludente do regime legal de duração do trabalho, capitulada no inciso II do artigo 62 do texto consolidado, é indispensável à demonstração da delegação de autonomia na eleição de opções a serem seguidas no negócio empresarial, além de prova inequívoca da paga de salário cujo valor exceda no mínimo 40% o padrão de vencimento dos demais empregados”. (Proc. 00101-2002-025-15-00-5 - TRT 15ª Região - relatora juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite - publicado no DOESP 04-07-2003)

Ainda, sobre o tema, esclarece o desembargador Antônio Álvares da Silva, da 4ª Turma do TRT/MG ao relatar o recurso em que se discutiu a matéria:

“... não basta a simples designação de gerente, chefe ou responsável para caracterizar o cargo ou função de confiança, são necessários poderes de gestão, representação e mando em grau mais

alto do que a simples execução da rotina empregatícia, pela prática de atos próprios do empregador. “Estes atos de gestão e de representação devem colocar o empregado de confiança em natural superioridade a seus colegas de trabalho, aproximando da figura do empregador, de tal modo que, ordinariamente pratique mais atos de gestão do que de mera execução” (fonte BOL.INFORMARE Nº 22/2011)

No decorrer da instrução processual, restou evidenciado, com absoluta segurança, que o reclamante era apenas gerente de uma das inúmeras lojas da parte ré. Sua liberdade de atuação era limitada aos critérios a ele determinados. Era um mero executor de procedimentos operacionais, sem conotação decisória. Tinha a obrigação de fazer consultas prévias ao superior para obter autorização em suas decisões. Mesmo dividindo encargos e responsabilidades com a equipe, não possuía autonomia na eleição de opções a serem seguidas no negócio empresarial. Não exercia encargos de gestão, nem atividades que colocassem em risco o próprio empreendimento, de alta fidúcia e confiança, de forma a constituir um longa manus (extensão de poder) do empregador. Senão vejamos:

O preposto do reclamado, que também prestou declarações como testemunha indicada pelo reclamado, no processo 662/2013 apresentada pelo reclamado, exercente de cargo de gerente de loja, tal qual o reclamante, declarou às fls.311 e 318/319 dos autos que:

quando há procura de emprego na loja, onde ele depoente trabalha, o procedimento é o seguinte: de posse dos currículos ele depoente encaminha para o RH da empresa que fica na matriz; que o RH faz a seleção dos currículos; que após a seleção feita pelo RH é repassado para ele depoente a escolha do candidato; que quando ele depoente vai demitir o empregado acontece o seguinte: que ele depoente justifica a razão pela qual quer demitir o empregado e, acolhendo a justificativa dele gerente, o RH demite;

Como se percebe, das declarações colhidas, os gerentes de lojas do reclamado, têm liberdade de atuação limitada aos critérios a eles determinados. São meros executores de procedimentos operacionais, sem conotação decisória. Todos subordinados ao gerente principal do estabelecimento, isto é, gerente comercial, gerente operacional e ao RH na matriz, do empregador.

De todo o exposto, resta evidenciado que, a simples nomenclatura do cargo exercido pelo autor, não justifica a aplicação da regra excepcional tratada no inciso II, do artigo 62 do Texto Consolidacional. Afastada, portanto, a tese do reclamado, nesse particular.

Das Horas Extras/Repercussões

Em tendo sido afastada, em relação ao autor, a aplicação da excepcionalidade do inciso II, do artigo 62 da CLT, as horas extras ditas trabalhadas restaram configuradas como sendo efetivamente realizadas, porém, não da forma como exposta na inicial.

Do conjunto probatório, neste tópico, resta claro que os empregados do reclamado, principalmente os ditos exercentes de função de confiança, estão dispensados de consignar nos cartões de ponto o real horário de trabalho.

Dessa forma, diante da prova colhida, fixa o Juízo a jornada do reclamante como sendo das 7h40min às 18h (limite da confissão fl.310), nas segundas, quartas e quintas feiras, com intervalo de 2h para descanso e alimentação. Nas terças e sextas feiras das 7h40min às 22h, com duas horas intervalar e, aos sábados, das 7h40min às 14h (limite da confissão fl.310), também com intervalo de 2h para as refeições.

O percentual do adicional das horas extras deferidas será de 50% nos termos do inciso XVI, do artigo 7º da Constituição Federal.

Por conta da habitualidade tal verba possui natureza salarial incidindo nas parcelas de: aviso prévio, férias acrescidas de 1/3, 13º salário, FGTS + 40% e repouso semanal remunerado

Do Intervalo Intrajornada/Adicional Noturno

Como já dito em linhas anteriores, quando da apreciação das horas extras, o Juízo fixou a jornada da postulante, delimitando, inclusive duas horas intervalar. Via de consequência, não há se falar

em supressão do dito descanso, nem tampouco labor em horário noturno. Indefiro os pedidos.

Da Dobra pelo Labor em Domingos

Reconheceu o reclamado a prestação de serviço do reclamante em domingos de forma esporádica, assegurando por outro lado, que remunerava o postulante pelo labor em tais dias e, ainda, com folga compensatória. Todavia não traz à colação dos autos qualquer prova a fim de dar ênfase à tese descrita, no respectivo ponto. Logo, defere-se o pedido, nos limites traçados na exordial, quais sejam 03 domingos, no mês de dezembro de cada ano.

Dos Descontos Indevidos

É de comum sabença que são lícitos os descontos efetuados no salário do empregado tão somente quando resultarem de adiantamentos, de determinação legal, de previsão em instrumento de negociação coletiva, quando decorrer de dano causado ao empregador de forma dolosa pelo trabalhador ou, ainda, quanto ao dano decorrente de conduta culposa do empregado, quando houver prévia pactuação entre as partes.

Nos presentes autos, restou sobejamente demonstrado o proceder do empregador, no sentido de efetuar descontos nos salários dos seus empregados, quando da ocorrência de qualquer perda patrimonial da empresa, rateando o montante entre os empregados que estavam trabalhando naquela data, procedendo ao desconto do valor, parceladamente, no salário do trabalhador, com o intuito de ressarcir-se do prejuízo. Tal conduta é altamente ilegal, pois o reclamado transfere ao trabalhador, os riscos do seu empreendimento econômico, o que defeso em lei, nos termos do artigo 462 da Norma Consolidada. Via de consequência impõe-se o ressarcimento das importâncias levadas a débito do acionante, todavia, de forma simples, descabendo, no caso, a aplicabilidade do artigo 467 da CLT, ante a controvérsia da demanda, no tópico.

Do Ressarcimento dos Valores Descontados/Devolução de Cheques Devolvidos

Alega o reclamante, na exordial, que sofreu desconto em seu salário em decorrência da devolução de cheque sem provisão de fundos.

Em contestação a reclamada assevera que o desconto concernente à devolução de cheques foi procedido porque o reclamante não observou as normas consignadas para o seu recebimento, no sentido de pedir autorização antecipada ao financeiro para efetivação da compra mediante cheque. Em assim agindo, cabe ao gerente a responsabilidade de arcar com o dano causado a empresa.

Como já exposto alhures, o risco da atividade econômica, nos termos do artigo 2º da CLT, corre à conta do empregador. O artigo 462 da CLT proíbe a realização de descontos nos salários do empregado.

Trilha esta magistrada o entendimento de que, mesmo que o reclamante não tenha acatado devidamente as normas firmadas para o recebimento do cheque, é inadmissível transferir ao empregado o risco da atividade econômica do empregador, sob pena de se afrontar coluna mestra do Direito Social, que a Constituição Federal tanto valorizou, em especial, o artigo 7º da Carta Republicana.

Rechaça-se, portanto, o entendimento do reclamado de poder obrigar o trabalhador a retirar de seus próprios ganhos uma parte para financiar a atividade econômica de seu empregador, dividindo com a empresa o risco. Tal proceder representa uma verdadeira afronta aos princípios e normas protetivas que regem o Direito do Trabalho.

Nesse contexto, se afigura devida a respectiva pretensão, devendo o reclamado ressarcir os valores pertinentes aos cheques devolvidos, sem provisão de fundos, recebidos pelo autor, todavia, de forma simples, sem o acréscimo de que trata o artigo 467 da CLT.

Das Férias não Usufruídas

De conformidade com o II, do artigo 333 do CPC c/c art. 818 da CLT, incumbia ao demandado, de modo a elidir a pretensão do reclamante fazer prova da concessão das férias avisadas, pois constitui fato extintivo do direito perseguido.

Nesse sentido colho os seguintes arestos, dos quais compartilho entendimento.

FÉRIAS – ÔNUS DA PROVA – AUSÊNCIA DE CONCESSÃO – PAGAMENTO EM DOBRO – É do empregador o ônus probatório da concessão das férias e do seu pagamento, tratando-se de fato extintivo do direito do trabalhador, nos termos

do art. 818 da CLT e do inciso II do art. 333 do CPC. As férias não concedidas no prazo do art. 134 da CLT devem ser remuneradas em dobro, e não em triplo. Quando já pagas procede-se tão-somente à quitação da diferença até se alcançar a dobra. (TRT 9ª R. – Proc. 00588-2005-072-09-00-9 – (21288-2006) – 1ª T. – Rel. Juiz Ubirajara Carlos Mendes – DJPR 21.07.2006) JCLT.818 JCPC.333 JPCPC.333.II JCLT.134

FÉRIAS – FRUIÇÃO – ÔNUS DA PROVA
 – É ônus do empregador comprovar a regular fruição das férias. O meio por excelência para tanto é o controle de frequência, o qual permitirá inferir se houve (ou não) o labor no período. Documentos tais como avisos e recibos de férias, bem como o contido na ficha de registro do empregado, ainda que assinados pelo empregado, quando muito, se prestam a comprovar que o respectivo período foi fixado ou, ainda, que houve o regular pagamento, o que, por óbvio, com a efetiva fruição, não se confunde. (TRT 9ª R. – RO 09890-2001 – (07115-2002) – 1ª T. – Relª Juíza Rosalie Michaele Bacila Batista – DJPR 05.04.2002)

Constata-se através da documentação de fls.118, 130 e 140, que desse encargo o reclamado conseguiu se desincumbir satisfatoriamente porque ditos documentos demonstram o efetivo gozo e o pagamento das férias dos períodos pleiteados pelo promovente.

O reclamante, por seu turno, não trouxe à colação dos fólhos prova capaz de desconstituir os documentos sobreditos os quais comprovam a fruição das férias pelo ajuizante. Via de consequência descabe a respectiva pretensão.

Da Indenização Substitutiva/Lanche

Em tendo o Juízo reconhecido a jornada elasticada do reclamante, nos limites acima delineados, faz jus o autor a indenização postulada, em relação às terças e sextas feiras, cujo valor ora fixo em

R\$ 7,00, por cada lanche.

Da Multa do Artigo 467 da CLT

Por conta da controvérsia ocorrente na presente demanda como já exposto acima, resta caracterizada a hipótese tratada no dispositivo legal em comento.

Da Multa do Artigo 477 da CLT

A existência de diferenças de verbas rescisórias pela integração de valores reconhecidos em juízo não é motivo para a aplicação da multa por atraso do artigo 477 da CLT. A melhor interpretação do artigo 477 do Diploma Celetizado é de que a sanção somente seria devida caso o empregador deixe de observar os prazos estipulados pelo §8º do dispositivo legal em análise. Indefere-se a pretensão.

Da Carta de Apresentação

O documento de fl.166 comprova que o reclamado cumpriu com a obrigação de fazer, concernente ao pleito destacado. Nada mais a deferir.

Não tem pertinência o requerimento do autor em relação à expedição de ofícios ao MTE, CAIXA e INSS.Indefiro a pretensão.

Da Litigância de Má Fé Suscitada Pelo Reclamado

Não restando provado nos autos que o autor tenha agido com dolo para causar dano processual ao reclamado, descabe a condenação por litigância de má-fé.

Quando da liquidação dos títulos deferidos deverá ser observada a evolução salarial do reclamante, os dias efetivamente trabalhados, a prescrição quinquenal, exceto do FGTS (Súmula 362 do TST), Súmula 381 do Colendo TST e, ainda, dedução de todos os valores porventura recebidos pelo autor, sob idênticos títulos, conforme documentação acostada ao presente caderno processual.

Os recolhimentos previdenciários serão suportados pelo reclamante e pelo reclamado, responsáveis cada qual com sua quota-parte pelo custeio da seguridade social e imposto de renda porventura

devido.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE a reclamação para condenar o reclamado **ELETRO SHOPPING CASA AMARELA LTDA** a pagar ao reclamante **NIZOVAM NASCIMENTO VASCONCELOS** os títulos deferidos na fundamentação supra, a serem apurados em liquidação, com os acréscimos legais, nos termos do artigo 39, da Lei 8.177/91, determinando-se a dedução dos valores recebidos pelo reclamante, sob idênticos títulos. Extinguir o processo sem resolução do mérito, em relação ao pedido de **Feriado**. Extinguir o processo **com resolução meritória**, relativamente aos pleitos de **Adicional de Transferência/Despesas Resultantes/Diferenças Salariais Como Vendedor (letras “c”, “d” e “e”, todas da inicial)**, tudo de conformidade com os fundamentos acima, que passam a integrar este dispositivo como se nele estivessem transcritos. Comprovará o reclamado o recolhimento das contribuições previdenciárias sobre as parcelas de natureza salariais, acima deferidas, como reguladas na Súmula 14 do E. TRT do Sexto Regional, determinando que se proceda, quando da liquidação do julgado, os descontos previdenciários os quais serão suportados pela reclamante e pelo reclamado, responsáveis cada qual com sua quota-parte pelo custeio da seguridade social. O mesmo se diga em relação ao imposto de renda se devido. Custas pelo reclamado no importe de R\$ 1.000,00, calculadas sobre o valor de R\$ 50.000,00, que ora arbitro à condenação para tal finalidade.

Intimem-se as partes uma vez que esta decisão foi prolatada antecipadamente.

E, para constar, foi lavrada a presente ata que vai devidamente assinada na forma da lei.

MARIA DAS GRAÇAS DE ARRUDA FRANÇA

Juíza Titular da Vara

PROCESSO nº 0001714-04.2011.5.06.0103

ÓRGÃO JULGADOR
3ª VARA DO TRABALHO DE OLINDA-PE

Aos 03 dias do mês de maio de 2013, às 12:01h , estando aberta a audiência da 03ª Vara do Trabalho de Olinda, com a presença do Juiz do Trabalho Dr. Roberto de Freire Bastos, foram apregoados os litigantes.

CARLOS ANTÔNIO MOREIRA PINTO

Reclamante

COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV

Reclamado

Ausentes as partes.

Vistos, etc.

CARLOS ANTÔNIO MOREIRA PINTO, qualificado nos autos, ajuizou reclamação trabalhista contra COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV, consoante fundamentos e pedidos expostos às fls. 02/43, tendo anexado os documentos de fls. 44/92.

Aditada a inicial às fls. 98 e 103/107. Foram anexadas cópias de instrumentos coletivos de trabalho em CD's (fls. 111) e outros documentos às fls. 114/131.

Proposta de acordo recusada (fls. 132).

A ré, devidamente citada, compareceu em juízo e apresentou defesa escrita às fls. 135/184, acompanhada dos documentos de fls. 185/194.

Valor da causa fixado pela inicial.

O autor apresentou rol de testemunhas às fls. 196.

Foram anexados outros documentos em autos apartados de documentos. As partes manifestaram-se nos autos às fls. 216/222 e 230/231 e 270/321.

Foram ouvidas testemunhas às fls. 242/243 – por precatória e o autor (fls. 324/326).

Sem mais provas foi encerrada a instrução.

Razões finais pelos litigantes, sem conciliação possível.

É o relatório.

DECIDE-SE:

Preliminarmente

I - Das inépcias levantadas pela defesa

Preliminar que se acolhe, diante da ausência dos instrumentos coletivos de trabalho, não se encontrando atendido o requisito formal previsto no parágrafo único do art. 872 da CLT. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito, quanto aos mesmos, com esteio no contido no art. 267, I, do CPC.

Também inepto é o pleito formulado no item “74”, por ser obscuro, não havendo uma causa de pedir que venha a esclarecer a pretensão.

II – Da prescrição quinquenal

Acolhe-se, em parte, para declararmos prescritos os direitos vencíveis e exigíveis anteriores a 26/10/2005, extinguindo o processo com resolução de mérito, quanto aos mesmos, com base no permissivo contido no art. 269, IV, do CPC. Contudo, ressalve-se que a prescrição só começa a fluir quando determinado direito possa ser exigido em abstrato juridicamente. As parcelas de trato sucessivo devidas no contrato de trabalho só se vencem no quinto dia útil do mês subsequente ao da prestação dos serviços, conforme regra estabelecida pelo art. 459 da CLT. No caso em tela as parcelas referentes a outubro de 2005 encontram-se integralmente a salvo do cutelo prescricional, pois só se venceram no quinto dia útil do mês de novembro de 2005, ou seja, fora do período atingido pela prescrição.

Com relação a prescrição a ser aplicada quanto ao pleito de indenização por danos morais e pensão vitalícia, tem o TST se posicionado no sentido de que se o dano ocorreu antes da Emenda 45. do C. TST, tal prescrição é a civil, mas se este foi gerado a partir da mesma, a prescrição a ser observada é a trabalhista, por entender aquela Corte que o direito se insere na órbita dos direitos trabalhistas. Contudo,

esta não é a nossa posição, por entendermos que o fato da lesão ter ocorrido no âmbito de um contrato de trabalho, não tem o condão de desnaturar a natureza civil de ambos os direitos, já que inseridos na órbita daqueles direitos elencados no CCB, estendendo-se, meramente a sua aplicabilidade na órbita do contrato de trabalho.

Como a prescrição há de acompanhar a natureza jurídica do direito material, temos que a prescrição a ser observada é uma daquelas previstas dentro do CCB. No caso entendemos que a prescrição a ser aplicada não é a trienal, conforme estabelecido no art. 206, §3º, inciso V, posto que esta se destina a meras reparações civis, sem a expressão de um dano social, permanecendo mais na órbita do interesse individual do lesado. No caso de dano ao patrimônio imaterial do trabalhador, a lesão tem um interesse social latente, porquanto aqui está a se prestigiar o valor social do trabalho, colocado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, posto no inciso IV do art. 1º da Carta Magna de 88. Ademais são lesões que interferem no âmbito da saúde física e mental do trabalhador, trazendo ao mesmo um dano de ordem relevante para a “Ordem Social”, posto que o Direito do Trabalho nasceu principalmente não só para assegurar direitos patrimoniais aos trabalhadores, como também e, principalmente, com o escopo de lhe resguardar sua saúde. Daí, porque entendemos que a prescrição a ser observada é a decenal, prevista no art. 205 do CCB.

Ademais, quando se trata de lesão ao patrimônio não real do trabalhador, a prescrição só começa a fluir quando o trabalhador tem a plena ciência da mesma e de suas repercussões no âmbito de sua saúde.

NO MÉRITO

I – Da introdução

Hoje vivemos num mundo no qual nossas referências morais e afetivas se encontram bastante conturbadas pelo processo da sociedade de consumo e da globalização, que trouxe do passado aquilo que de pior existia, que é a exploração do homem pelo homem, diante de um perverso processo de precarização dos direitos trabalhistas.

Consuma-se a ordem jurídica e o princípio da segurança jurídica em novas balizas em que a competição internacional determina o corte de custos e o aumento do capital disponível, num brutal processo de concentração de rendas e de privilégios, tirando do homem

o direito ao trabalho digno, o seu acesso à saúde gratuita, à educação gratuita, à habitação e tantos outros direitos em nome de um Estado Mínimo, que não tenha muitas despesas. Tal processo, inclusive, estende-se à própria privatização da justiça, sob a ótica de que a composição privada é mais rápida e barata para o cidadão, colocando o poder de decisão para os denominados árbitros. Tal política da nova ordem social e econômica se sustenta na tese de que o Estado deve intervir apenas onde o mesmo é necessário.

Contudo, tal necessidade deriva de conceitos fixados pelas elites sociais e econômicas, colocando à margem da proteção do Estado o cidadão, sob a lógica de que esta é a nova realidade mundial. Ainda que a priori sejamos um defensor da composição entre as partes, esta só se justifica se realizar a justiça e não simplesmente a defesa de privilégios dos mais fortes sobre os mais fracos. É o mesmo que colocarmos um coelho para negociar com a raposa, posto que se deva atentar que quase sempre prevalece o interesse final desta última, ainda que a negociação seja intermediada por um terceiro.

O conceito de Justiça Privada, assim como outros tão em voga, se sustenta numa única finalidade, a diminuição de impostos e o aumento do poder das elites econômicas e políticas, com aumento dos lucros.

Falo isto, porque tal situação espraia-se pelo nosso judiciário, em nossos cotidianos, no qual podemos observar o literal descumprimento do ordenamento legal trabalhista por grande parte dos empresários, sabedores de que ou vão pagar valores inferiores aos direitos perseguidos pelo trabalhador ou simplesmente não os vão pagar, em função de não manterem sob o seu domínio legal qualquer bem ou valor, transferindo-os para terceiros. É a raposa dando resposta ao coelho, na tentativa deste de buscar no Judiciário o direito que lhe foi sonegado. O forte arrumando um jeitinho brasileiro de burlar a lei em prejuízo de terceiros.

Daí porque peço *vênia* às partes para reproduzir um poema que muito tem a haver com o que passamos no atual momento de nossa história.

*“ Na primeira noite
Eles se aproximam
E colhem uma flor
De nosso jardim.
E não dizem nada.*

*E não dizemos nada.
 Na segunda noite,
 Já não se escondem:
 Pisam as flores,
 Matam nosso cão,
 E não dizemos nada.
 Até que um dia,
 O mais frágil deles
 Entra sozinho em nossa casa,
 Rouba-nos a lua e,
 Conhecendo nosso medo,
 arrancam-nos a voz da garganta.
 E porque não dissemos nada,
 Já não podemos fazer nada.”*

*(Eduardo Alves da Costa,
 in, 'No Caminho, com Maiakovsky).*

Até quando vamos nos calar diante da perda gradual de nossa essência humana? O homem se perde cada vez mais dentro de si mesmo, pelo isolamento para com o mundo, diante do egoísmo, da falta de emoção e de solidariedade. Somente uma sociedade fraterna e que valorize a relação humana e os direitos da humanidade poderá impedir o caos que se coloca em nossas vidas.

O medo é uma poderosa arma utilizada pelos poderosos a fim de incutir nos mais fracos a percepção de que nada podem contra o Poder das Elites. Criam-se as listas negras para impedir o reingresso no mercado de trabalho para aqueles que ingressaram no Judiciário atrás de seus direitos, como forma de atemorizar os demais trabalhadores diante da tomada de decisão sobre uma pretensa intenção neste sentido. Utiliza-se a pressão do tempo para que o estado de necessidade do trabalhador lhe fragilize a ponto de fazer acordos que lhes são extremamente prejudiciais. Retira-se do trabalhador a sua consciência humana e de cidadão, passando-lhe a ideia de que está só e nada pode contra o que se impõe ao mesmo. Corrompe-se sua capacidade de luta, diante das suas necessidades mais imediatas e coloca-se para o mesmo que o que vale é o presente, abstraindo-se a sua necessidade de construir um futuro melhor para si. O capital tem um viés perverso, pois sua lógica não se coaduna com a socialização dos frutos das riquezas obtidas e com o sentido de felicidade humana. Isola-se o homem cada vez

mais do sentido de coletividade, enterrando-o num mundo privado de medo e de dúvidas. O Deus do homem passa a ser o sucesso social e o dinheiro, perdendo ao longo dos tempos os seus valores mais preciosos.

Sacrificam-se milhares e milhares de trabalhadores, em face de acidentes e doenças contraídas no local de trabalho, por não observarem os empregadores regras de segurança para a preservação da saúde dos mesmos, sob a ótica de que tais custos oneram a produção e impedem a concorrência com o mercado interno e internacional.

A luta do capital e do trabalho é a luta da raposa contra o coelho, pois a primeira domina todas as instâncias de deliberação, orientando, inclusive, as políticas adotadas pelos organismos internacionais, que mascaram esta feição perversa, através de determinadas políticas sociais, que nada mais são do que o fruto de uma retórica, não embasada por uma prática existencial. E a esmola estendida ao homem trabalhador, sob a feição de uma conquista social, preservando-se, quase na íntegra a perversidade do sistema econômico e o engodo de um “Estado Democrático de Direito”, que de direito só tem a fachada.

O homem cada vez mais se sente fragilizado para lutar pelos seus direitos, perdendo a percepção de que somente coletivamente pode se tornar forte e lutar contra um adversário unguído de força. A história da luta de classes somente será ultrapassada quando todos entendermos nossa vocação humana e de respeito ao próximo. O homem se isola, os segmentos sociais se isolam e a luta do homem se esvazia dentro do labirinto em que se encontra.

Temos defendido a tese de que o processo de globalização mais destruiu pontes do que as construiu, isolando o homem em suas lutas internas, perdendo a sua referência de ser social e de solidariedade.

Não podemos deixar de compreender que os chamados direitos humanos não são estáticos, mas dinâmicos; não pertencem a uma única corrente filosófica, mas a muitas. Os direitos sociais aparecem elevados a categorias de Princípios Constitucionais, a partir do chamado constitucionalismo social, mas, acima dos enunciados é preciso que se efetivem tais garantias, não só promovendo o acesso efetivo das massas ao progresso social, como também consagrando um modelo democrático efetivo que o povo tenha plena participação, como agente principal das transformações e não como mero figurante a votar sempre que convocado em políticos, sem qualquer compromisso com os interesses da maioria da população.

Não podemos deixar de reconhecer alguns avanços, mas também de verificar a existência de retrocessos, com relação a cultura do trabalho subordinado, objeto de teorização das ciências sociais e *ethos* da convivência das pessoas em sociedade, consolidado pela doutrina trabalhista e pela dogmática jurídica. Trabalho humano subordinado, juridicamente protegido e elevado à categoria de princípio constitucional fundamental. Mas o homem não vive só das teorias que balizam normas em abstrato, necessita também que tais normas, princípios e garantias tenham efetividade e sejam aplicadas na prática. Tal contradição de ordem dialética foi magistralmente captada pela teoria marxista, mas esta também padeceu de humanidade no bojo de sua concepção ao expor as suas soluções para a contradição entre capital e trabalho. Os modernos Estados Democráticos de Direito, que aparentemente captaram os problemas de ordem existencial no mundo do trabalho, chegaram a evoluir numa política efetiva de proteção ao trabalhador, mas se perderam ao longo dos tempos, diante das pressões do grande capital e dos interesses macroeconômicos surgidos com o crescente processo de desenvolvimento tecnológico e da globalização.

Enxergar as necessidades de progresso social, econômico, ético, moral e intelectual do homem, dentro de um contexto de luta mais ampla, aproveitando-se do encurtamento entre as distancias no mundo tecnológico, é a saída do homem em busca de sua felicidade. Tais transformações ou serão operadas pelo espírito de colaboração e solidariedade, ou, infelizmente, mediante processos violentos de revoltas sociais. O aumento da criminalidade, da falta de humanidade e do distanciamento real entre os homens já nos apontam no sentido de que o segundo caminho está em curso, só não enxerga quem não tem olhos para ver. Ainda há tempo para se reverter tal processo.

Não nos esqueçamos de que ao jurista cabe a solução dos conflitos sociais, é ele o mensageiro da paz, o portador do direito, o elo entre o direito e a sociedade (Luiz Fernando Coelho).

Portanto, cabe-nos a tarefa e a responsabilidade de bem julgar, procurando a justiça, ainda que não a alcancemos em sua plenitude, trazendo para o processo a realidade dos fatos, não perdendo nunca a sensibilidade - fruto da sabedoria - e a razão - fruto do conhecimento.

O enfrentamento desta responsabilidade, para nós, repousa

no campo da hermenêutica, na superação do raciocínio lógico-dedutivo na interpretação da norma. Daí porque a importância da chamada Escola Livre do Direito, não devendo o juiz ser um mero “cultor” do Direito, pois direito não significa necessariamente “justiça”. Torna-se que o mesmo seja um hábil investigador dos momentos e dos fatos sociais, mas aplicando a norma segundo a evolução destes mesmos fatos, captando suas particularidades e sua evolução. Daí porque, em que pese reconhecermos a importância da Escola do Livre Direito, como discussão científica e metafísica ao mesmo tempo, temos que o juiz não pode ter o livre arbítrio de julgar, sem as amarras do sistema legal, mas pode adequá-lo à dialética dos fatos sociais. Daí porque entendemos que o método da lógica razoável, defendido pelo jusfilósofo Recaséns Siches, é a teoria que melhor atende ao campo de aplicação de uma nova hermenêutica, trazendo para o julgador um papel mais dinâmico e mais interativo entre os fatos e o direito, aplicando-o diante de cada caso em concreto, observando-se a lógica entre o desenvolvimento do primeiro e a necessidade de seu enquadramento dentro do sistema jurídico vigente, atualizando-se a interpretação deste último.

Diante esta constatação, é bom sempre lembrarmos dos dizeres da colega da 21ª Região – Dr^a Jólia Lucena da Rocha Melo - , que assim se expressa:

“Devem os magistrados, chamando a si a responsabilidade, e arraigados no espírito constitucional e clarividente do humanismo, resgatar a função precípua do Direito do Trabalho, onde o homem por valer mais que o dinheiro, não pode ser descartado sem quaisquer justificativas.”

Prosseguindo a ilustre articulista, em outra passagem de seu artigo:

“O trabalho não é mercadoria, como em felicidade apregoa o Tratado de Versalhes, muito embora, no mais das vezes, a legislação reproduza, disfarçadamente, os anseios capitalistas e, à guisa do positivismo cego, a magistratura também o faça, em reflexo.”

Partindo da constatação de que nossa sociedade vivencia um processo no qual o Judiciário amplia sua participação em assuntos atinentes não só à vida privada dos sujeitos particulares, como também na cena pública, junto a questões de ordem eminentemente política, o trabalho desenvolvido voltou-se para esta esfera de nossa sociedade, tomando o Judiciário e o ato jurisdicional como foco de análise. Para tanto, propõe um diálogo entre algumas vertentes da sociologia contemporânea e uma visão clássica, que cada vez mais se apresenta como atual.

É neste processo de discussão que se deve entender uma nova concepção de racionalidade jurídica e o processo de judicialização de assuntos sociais, econômicos e políticos pelo Judiciário.

Esta racionalidade jurídica não se restringe às características formais do direito liberal clássico, mas pode apresentar outra versão. Aliás, segundo a concepção de alguns autores contemporâneos, estaríamos mesmo no limiar de uma nova racionalidade jurídica, o que conformaria mesmo um novo paradigma. Teubner defende a tese de uma racionalidade reflexiva, e explica que a cada racionalidade corresponde uma visão de sociedade, ponto no qual, inclusive, situa o cerne da polêmica entre os adeptos da jurisprudência sociológica e o juspositivismo, posto que mais de uma mera discussão no plano da metodologia e teoria do direito, haveria ali uma disputa que coloca em questão concepções de sociedades distintas. Tal processo denomina-se de “construções legais da realidade social”.

A toda esta gama de transformações, que têm origens sociais, a teoria do direito reage de diferentes formas, sendo, atualmente marcante a tendência ao chamado “neoconstitucionalismo”, vertente que projeta sobre a jurisdição o imperativo de calcar-se na Constituição Federal como parâmetro normativo a iluminar a concreção de dispositivos da legislação infraconstitucional. Talvez, de certa forma, o “garantismo jurídico” seja uma de suas modalidades de expressão. E na esteira desta tendência, hoje é muito debatida a questão da “constitucionalização do direito privado”, a qual anda lado a lado com a chamada “politização da justiça”.

Contudo, como bem salienta Carlos Maia Carcova, há de se impor limites e se delimitar fronteiras entre o ativismo político do Poder Judiciário, que corresponde a um exercício legítimo da jurisdição enquanto atividade política, e o decisionismo, que segundo o mesmo, se constituiria na deturpação da referida atividade, beirando ao arbitrário. Com ele concordamos, justificando que no arcabouço da

dimensão política da atividade judicial teríamos a finalidade de realização da trama de princípios, valores, instituições e comportamentos sociais que constituem e definem uma certa ordem.

Vivenciamos um momento de transformações, ao qual algumas leituras aludem em termos de crise. Porém, entendo que mais que dizer que estamos em meio a uma crise face ao declínio do conhecimento jurídico ante a outras formas de saber, como o econômico, por exemplo, a correção está em asseverar uma nova forma de conhecimento jurídico, inserta em uma nova racionalidade.

Aqui vai uma crítica contundente quanto a uniformização da jurisprudência, que se baseia no princípio da segurança jurídica para sustentar a sua necessidade. Ora, essa perspectiva é realizada à luz do interesse da Ordem Econômica e Social, como se uns poucos iluminados pudessem dizer a “expressão da verdade” sobre determinado tema. Tal posição privilegia as elites econômicas e políticas, em detrimento de um interesse social verdadeiro, expresso pela maioria da população. Serve, principalmente, como sustentáculo do sistema de poder, inibindo ou retraindo os efeitos econômicos do que é decidido em favor da população em geral.

A sabedoria do ser humano não é definida pelo quanto ele sabe, mas pelo quanto ele tem consciência de que não sabe. O ser humano atual não houve o grito de sua maior crise. As pessoas não mais se perguntam o que são, pois estão entorpecidos pelo sistema, digerindo as informações que lhes são repassadas pelo mesmo, sem fazer uma análise crítica, através da geração de dúvidas, pois são estas que alicerçam a imaginação humana e o conhecimento, sendo que a primeira é muito mais importante que a segunda. **Para a filosofia a dúvida é a melhor arma para abrir as janelas da inteligência, e a resposta pronta é a melhor para fechá-la.** Nunca podemos perder de vista as palavras de Augusto Cury de que **“o conhecimento humanista produz ideias; as ideias produzem sonhos; e os sonhos transformam a humanidade.”**

Os grandes pensadores da humanidade produziram suas mais brilhantes ideias na juventude, quando ainda eram imaturos. Porque foram tão produtivos na juventude? Porque não tinham medo de pensar. E por que não tinham medo de pensar? Porque não eram servos de paradigmas e conceitos antigos e nem de suas verdades. Não foram aprisionados pelo conhecimento pronto.

Nós conhecemos muito pouco das leis que regem o universo, de suas verdades e suas peculiaridades. Da mesma forma os fatos sociais

não se reproduzem do mesmo modo, com a mesma extensão, com a mesma intensidade, com os mesmos detalhes, razão porque o debate jurídico não pode ser suprimido pela posição adotada por poucos iluminados, engessando o conhecimento jurídico e não propiciando a revisão através do debate que se processa na jurisprudência e pela doutrina. A ciência jurídica é dialética e como tal não comporta regras rígidas de aplicação, porque está diretamente ligada a filosofia, a sociologia, a antropologia, a história, etc., importando sempre em sua discussão a idéia de valores, que se expressam dentro de cada sentimento humano de forma diferenciada, necessitando do debate eterno, para que cresça como forma de expandir conhecimentos. E a água que alimenta a flor para que um dia se torne a mais bela de todas. O intérprete do direito jamais pode se recusar ao debate de idéias, de sopesar valores e princípios, de olhar dialeticamente para cada caso em concreto e verificar dentro do ordenamento jurídico qual a norma a ser aplicada, concedendo-lhe uma interpretação valorativa. A interpretação estática de uma norma jurídica aprisiona a criatividade e a inteligência humana, sufocando o crescimento da imaginação e do conhecimento.

A verdadeira segurança jurídica não é aquela expressa pelos julgamentos uniformes, mas pela confiança expressa pela sociedade, pela forma como o julgador se esforçou através do processo cognitivo para aproximar a verdade processual da verdade real e para analisar cada caso, diante das peculiaridades que cada um se apresenta ao mesmo.

A chamada paz social não pode ser obtida pelo travamento do conhecimento e da imaginação humana, colmatando comportamentos ditos aceitáveis pelo sistema. A paz social só será efetivamente alcançada quando o ser humano fizer uma viagem introspectiva sobre si mesmo e quando se abrir para o próximo, através do diálogo, do amor e da compreensão de que todos somos passageiros de uma mesma nau, com os mesmos sonhos, as mesmas angústias e a mesma esperança.

O sistema não mais nos permite pensar, porque não lhe interessa pessoas com visão cosmopolita e que questionem seus paradigmas e suas verdades. Ridiculariza, com a ajuda da imprensa, aqueles que ousam enfrentar em debate seus modelos rígidos de moral, de paz social, de modo de viver, de organização política e social, de produção, alienando mentes e multiplicando capital para uma minoria de privilegiados. O sistema fulminou no processo histórico com os intelectuais orgânicos, que sedimentaram no mundo a visão marxista

e outras visões revolucionárias, todas de cunho mais humanista. Dilapidaram o estudo da filosofia, porque o que interessava era ter cidadãos com visões mais estreitas, conhecendo apenas aquilo que lhe era exigido no exercício de suas funções. Trouxe a democracia formal para a ilusão das massas, mas as alienou definitivamente do processo material de construção de um verdadeiro Estado Democrático e Social de Direito. Ungiram para as massas os partidos aceitáveis, excluíram aqueles que lhes incomodava. Tiraram do ser o benefício esclarecedor e renovador da dúvida, trazendo-lhes a tragédia cômica do conhecimento pronto.

O princípio da co-responsabilidade inevitável, nos faz pensar como nossas ações e omissões – através de nossas relações sociais – se irradiam para o mundo, posto que ninguém é uma ilha física, psíquica e social dentro da humanidade. Todos somos influenciados direta ou indiretamente pelos outros. Nossos comportamentos afetam de três modos as pessoas: alteram o tempo delas; alteram a memória delas, através dos registros desses comportamentos; e alteram a qualidade e frequência das suas reações. Percebendo isto o sistema apoderou-se de dogmas que modificaram o comportamento humano. A destruição das ideologias tão difundida hoje em dia, foi o primeiro passo para a dominação da humanidade, posto que homens que não refletem, não sonham, não possuem suas utopias, são mais facilmente dominados. Mas as ideologias não morreram, apenas a reprimimos para o nosso interior mais profundo, nos tornando servos das ideias predominantes, das verdades construídas e de novos valores que se encontram bem distantes de nossa natureza humana. Servimo-nos do conhecimento pronto, com a preguiça intelectual de buscarmos novos conhecimentos, novas fontes do saber. Preferimos os caminhos menos trabalhosos, pois tempo é dinheiro e o que nos é pedido é apenas uma pequena parte insignificante de nosso conhecimento, a fim de render ao sistema os frutos que o mesmo espera de nossa produção.

As sentenças prontas, com textos uniformes, são um reflexo desta apatia intelectual e da dominação a que fomos submetidos. Somos servos, pensando que somos homens livres. Não nos interessa ler nas entrelinhas dos processos as diferenças e peculiaridades que cada um carrega consigo, suas histórias, seus caminhos e a imensa pluralidade de situações que são enquadradas como conexas, a exigir de todos um tratamento uniforme. As estatísticas são mais importantes do que a produção do intelecto e do que a descoberta de cada situação nova que nos é posta como desafio à nossa inteligência.

Sob tal ótica, não podemos deixar de verificar o que nos reporta o magistrado João Baptista Herkenhoff, que assim se reporta, ao analisar o papel a ser desempenhado pelos juízes:

“ [...] um poeta, alguém que morre de dores que não são suas, alguém que vive o drama do processo, alguém capaz descer às pessoas que julga, alguém que capta os sentimentos e aspirações da comunidade, alguém que incorpora na sua alma e na própria vida a fome de justiça do povo a que serve. Diverso deste paradigma é o juiz distante, alheio – burocrata no sentido pejorativo – cuja pena se torna para ele um peso, não por sentir as dores que não são suas, mas pelo enfado de julgar; pela carência do idealismo e da paixão que tornariam seu ofício uma aventura digna da dedicação de uma existência”.

Para este autor, o juiz é alguém que percebe a ligação do direito com os demais saberes, dotado de uma vasta cultura e sempre preocupado com as consequências de suas decisões.

Esse julgador sensível, segundo lições de Lídia dos Reis Almeida Prado- que vive em sintonia com o sofrimento, alegria e anseio da sociedade para a qual trabalha – faz lembrar de um hexagrama que entre os chineses é sinônimo de paz e que é formado por três linhas inteiras sobre três interrompidas: simboliza o masculino que sustenta o feminino, o *animus* e a *anima*. Assim, esse símbolo da convivência do *Yin* e do *Yang* reflete um milenar sistema filosófico-religioso, que reconhece tanto as diferenças de gênero, como a respectiva coexistência.

Diante do pensamento da ilustre articulista, o equilíbrio entre esses arquétipos, bem utilizado pelo juiz, lhe facilita no alcance da aplicação da justiça e no entendimento mais complexo da realidade que o cerca.

Daí porque, na primeira definição de João Batista Herkenhoff, o primeiro juiz trabalha constantemente com o valor do direito, enquanto fonte viva de produção da justiça. Já o segundo, trabalha com palavras empoeiradas de um direito extremamente positivado e cego que não acompanha a luz que ilumina a evolução das fontes materiais que reclama pela aplicação mais atualizada de uma interpretação mais próxima a esta evolução. Tal norma estagnada no

tempo, cede brilho com o passar do tempo, com uma eficácia cada vez mais opaca, deixando de atender as necessidades existentes no mundo atual, ficando presa a um passado que não mais corresponde aos novos anseios sociais.

A inteligência humana se desenvolve pela criatividade de seu criador, pelo desenvolvimento do processo imaginário de cada um e pela busca incessante por novos conhecimentos. O mundo precisa mais de aprendizes do que de doutores, precisa mais do exercício da inteligência humana na busca do seu auto-conhecimento e do conhecimento sobre os processos do universo. O mecanismo que desenvolve todo esse processo é a dúvida.

E uma pena que as universidades – berços das intelectualidades – tenham gerado servos e não autores de suas próprias histórias. O homem limitado pelo conhecimento programado e não liberto pelo poder de sua imaginação e intelecto.

A Pós Modernidade, trazida pela rápida evolução tecnológica e dos costumes, que veio a substituir alguns parâmetros do período moderno, trouxe alguns pontos positivos, tais como; a rapidez da comunicação no mundo; a aproximação dos povos; a facilitação de procedimentos antes caracterizados por uma maior burocracia; a interação entre culturas diferentes, etc. Mas, trouxe muito mais prejuízos ao mundo e as pessoas, tais como: o exaurimento cada vez mais dos recursos naturais de nosso planeta; o consumismo cada vez mais desenfreado; a banalização dos relacionamentos humanos; uma interferência cada mais significativa da economia nas outras ciências e no modo de pensar e agir das pessoas; uma maior solidão das pessoas; o egoísmo e individualismo desenfreados; a banalização dos sentimentos humanos; a sociedade de interesses; o desamor; a falta de comprometimento das pessoas com o que acontece com as outras; o aparecimento de uma inteligência cada vez mais mecanizada e não reflexiva, com o natural desaparecimento gradativo de uma sociedade contestativa, revolucionária e dona de seu destino; a padronização dos costumes, gostos, ideais, etc; o aumento cada vez maior do ingresso de pessoas no consumo de drogas de todos os tipos; e daí por diante.

Ensinam-nos dentro das escolas e da sociedade a valorizar padrões instantâneos de consumos e valores, descartados rapidamente para darem lugar a outros que atentam as novas necessidades do mercado consumidor. Propagandas publicitárias que nos educam a não pensar, mais agir de imediato na ideia de comprar algo que está à venda, o que se reflete em nossas vidas em outros aspectos da mesma.

Metas que devam ser atingidas, sem uma maior reflexão sobre a oportunidade, a adequação, a finalidade, a necessidade e a possibilidade de seus atendimentos. Sentenças e acórdãos regionais, que repetem sem muita reflexão as ideias padronizadas, sem uma avaliação profunda da sua adequação ao caso em concreto. Famílias que se comunicam pela internet, vivendo no mesmo espaço, mas que não se sentam para dialogar, para as refeições, numa solidão social, que mal é suprida pelas comunicações pela internet, e este vazio de amor e de diálogo, leva cada vez mais gente ao consumo de drogas de todas as espécies e na busca de relações instantâneas que pelo menos dê uma sensação de prazer naquele momento ao indivíduo, como se isto pudesse substituir o grande vazio que existe na alma das pessoas. Gente que perdeu os costumes de olhar nos olhos das outras, que deixaram de perceber seus sentimentos, seus valores, suas angústias, mas que são atentas na percepção da marca das roupas usadas, nas viagens que foram realizadas, nos carros comprados, na conta bancária e numa infindável soma de bens materiais. Gente que perdeu contato com Deus, mas que nas igrejas, extremamente capitalizadas, falam de seu nome e em nome do mesmo, sem qualquer compromisso mais profundo com as suas ideias. Estudos fundamentais para a evolução do homem, como a filosofia, a sociologia, a história, a antropologia e tantas outras, que foram relegadas a papéis secundários, passando de ciências transformadoras do homem, para ciências de suporte do sistema econômico mundial, com neos-conceitos tão supérfluos, concebidos para a sustentação ideológica da nova ordem econômica e social do mundo, instantâneos, com validade curta, até serem substituídos por novas necessidades. Pessoas que se conectam com o mundo, mais que vivem uma solidão profunda, diante do vazio de suas existências. Ensinamentos que são ministrados nas escolas e faculdades, que tem uma função meramente utilitária de não questionamento do que se encontra posto na ordem mundial, mas de ratificação e valorização desta mesma ordem. Sentenças e acórdãos vazios de justiça, mas plenos na sua função de garantir o “ princípio da segurança jurídica”, que exige um padrão uniformizado, afrontando a inteligência humana. O princípio da “ paz social”, como garantidor de um status não contestado. Execuções exauridas por uma melancólica decisão promanada de ofício pelo Estado Juiz, declarando a prescrição intercorrente, como se o credor tivesse a obrigação de descobrir os bens de um devedor que se recusa terminantemente de cumprir com a sua obrigação processual, utilizando-se de artifícios os mais variados para tornar ineficaz a coisa julgada material. O Estado, diante da sua

incompetência para buscar estes meios executórios, lava as mãos como Pilatos fez com Cristo, e joga a culpa no credor, que já sofrendo pela imensa insegurança que sente e pela demora do processo, se vê impossibilitado, agora, de forma definitiva, de conseguir algum resultado prático dentro do processo, levando-o a desacreditar definitivamente do Poder Judiciário. E os devedores sorriem felizes da vida, porque se encontram premiados pela sua esperteza, agradecendo a Deus ter um Judiciário tão complacente com as suas picaretagens. Afinal quem foi o vencedor na lide? O devedor é claro, que embora condenado, foi agraciado pela prescrição intercorrente, em nome de uma “segurança jurídica e de uma paz social”, trazidas pela benevolente prescrição aplicada, sabendo que poderá continuar fraudando os direitos trabalhistas, pois nada de mal irá lhe acontecer. Tudo isto é Pós-Modernidade, querendo demonstrar uma eficiência instrumental e formal, que mal esconde as mazelas e os erros de tal concepção.

No texto de uma palestra proferida por Luiz Felipe Pondé – filósofo pernambucano – com o título “A Tirania da Felicidade”, extraímos que o novo modelo adotado pela Ordem Econômica Mundial traz para o homem a obrigação de “ser feliz”; o dever de se abstrair de suas infelicidades”; de produzir dentro de parâmetros uniformes o desejado pela empresa; de ser uma máquina perfeita, a qual não cabem falhas; de se dedicar ao extremo à empresa, não importando a sua satisfação pessoal, suas dificuldades, seus problemas, etc; e, enfim, produzir, produzir e produzir, sob pena de substituição por um “equipamento mais adequado aos anseios empresariais e à competição internacional. O homem-trabalhador, que antes desta lógica, já havia abstraído de seu eu em favor do coletivo, se vê cada vez mais distante de si e de sua natureza.

É com esses parâmetros que tento dar a solução aos objetos que são postos à minha apreciação pela parte autora, observando também que a interpretação do sistema normativo deve ser feita à luz do direito, dos princípios e garantias constitucionais, respeitando-se o livre pensar, como forma de se adquirir novos conhecimentos, sem se fechar em ideias pré-concebidas.

Desculpem-me pelas palavras acima ditas, mas entendo que o processo também tem caráter pedagógico, sendo um dos meios válidos para se estimular a reflexão humana.

“Traz todo o amor que tiveres, mas não te esqueças do arco-íris que escondeste no porão.”

Thiago de Melo.

“ Nunca se afaste dos seus sonhos, pois se eles se forem, você continuará vivendo, mas terá deixado de existir.” Charles Chaplin.

“ A verdadeira sabedoria nasce da sede do conhecimento, da forma como se o utiliza, e da plena disposição de se amar o próximo e a si mesmo, e não da mera instrução.” Roberto

“É apenas com o coração que se pode ver direito; o essencial é invisível aos olhos.” Antoine de Saint Exupéry.

II – Do benefício da assistência judiciária gratuita.

Aplica-se ao autor o benefício da justiça gratuita, por entender este Juízo que o mesmo é pobre na forma da lei, não possuindo as condições financeiras necessárias para arcar com as despesas processuais, sem prejuízo de sua sobrevivência e quiçá de sua família. O conceito de justiça gratuita no meu modesto entendimento não pode no mundo hodierno passar tão somente pela análise do valor agregado que o cidadão recebe mensalmente, mas, para fins de aplicação de um critério justo, a mesma deve levar em conta a relação entre receitas e despesas, buscando o julgador verificar se existe prevalência daquelas sobre estas e se tal fato autoriza a conclusão de que o cidadão possui condições de arcar com as despesas processuais, sem se fragilizar perante o seu quadro de despesas e inviabilizar os seus pagamentos junto aos credores.

A metodologia aplicada pela Lei 5.584/70 não serve para os fins de apuração de um critério justo, porquanto se fixa em parâmetros remuneratórios que não demonstram, por si só, a condição de saúde financeira do trabalhador, podendo esconder distorções não percebidas pelo julgador. Aliás, sempre que posso, tenho pregado que os critérios estatísticos por números, através de operações matemáticas, muitas vezes escondem verdades, que as estatísticas não conseguem espelhar.

Quando o trabalhador postula a aplicação do benefício da justiça gratuita, suas declarações devem soar como verdadeiras, salvo se expostas por prova em sentido contrário, porquanto aqui, como em todo o ato processual, presume-se a boa-fé dos litigantes, gerando a presunção de veracidade de suas declarações. Ademais, quando o

trabalhador é demitido, geralmente este passa por um período sem rendas ou com certo valor, que deverá lhe sustentar e a sua família por um período geralmente maior do que o coberto pelo seguro-desemprego, quando este recebe tal direito. Mesmo com a renda do seguro-desemprego, esta é apurada pela média da remuneração do trabalhador nos últimos três meses do contrato de trabalho, aplicando-se ainda a regra estabelecida pela CODEFAT para o pagamento de cada cota, que em muitos casos importa em valores mensais inferiores ao recebido pelo trabalhador no curso da sua relação empregatícia, o que já vai gerar um certo desequilíbrio orçamentário para o mesmo.

Ademais, entendo com a devida *máxima vênia* e respeito aos que pensam em sentido contrário, que a norma processual trabalhista, contida na legislação extravagante mencionada, apenas mensura mais uma forma de **assistência judiciária gratuita**, não se confundindo com o instituto jurídico da **justiça gratuita**. E mesmo que assim não fosse, só por amor ao debate, seria eivada de inconstitucionalidade, porquanto traz um tratamento jurídico diferenciador daquele dispensado ao hipossuficiente que busca o abrigo da Justiça Comum ou Criminal. No processo civil e penal, não importa que o trabalhador esteja amparado pela Defensoria Pública ou por uma das formas de Assistência Judiciária Gratuita, sendo essa opção exclusiva sua e não do Estado, assim mesmo, diante da sua opção, qualquer que seja, o mesmo estará abrigado pela Lei 1060/50, porquanto se deve garantir ao cidadão o acesso à Justiça, independentemente deste poder custear as despesas processuais, porquanto a sua sobrevivência é fator de proteção maior pelo Estado, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo e a fonte inspiradora dos direitos fundamentais do homem, além do direito de amplo acesso ao Judiciário. Se tal procedimento se opera quando o hipossuficiente não busca direitos de natureza alimentar, o que falar daquele cujo objeto se reveste dessa natureza jurídica. E aí, adentro com uma colocação que entendo, salvo melhor juízo, importante, ou seja, não importa a natureza jurídica que reveste determinado direito dentro do contrato de trabalho, porquanto para o trabalhador e sua família, este terá sempre natureza alimentar. E falo isso, porque na doutrina e na jurisprudência se fazem certas ressalvas a determinados direitos, alegando que pelo fato de não se constituírem em salários não teriam natureza alimentar. Isto é um equívoco, porquanto é a remuneração integral recebida pelo trabalhador que o sustenta e a sua família e não apenas parte desta.

Quando o trabalhador faz o seu planejamento de despesas leva em conta toda a remuneração recebida, não importando para o mesmo se esta ou aquela parcela tenha ou não a natureza jurídica salarial, pois todas ingressam para a análise da relação receitas e despesas. Todas compõem a base de sustentação do mesmo e de sua família.

O direito infraconstitucional deve ser analisado à luz das normas e princípios constitucionais, bem como levando em conta os princípios gerais do direito.

Os princípios constitucionais são fontes de orientação para a interpretação de dada regra jurídica, que deve estar colmatada de acordo com os seus ditames. A interpretação deve ser feita sempre em conformidade com os valores protegidos pela Constituição Federal, observando-se, principalmente, os direitos fundamentais do indivíduo e do grupo social. Ainda que tais direitos e garantias fundamentais não sejam ilimitadas, devem sempre ser observados, salvo quando utilizados para escamotear um ato ilícito ou quando se confrontam com outros direitos e garantias constitucionais, oportunidade em que o intérprete deverá aplicar o princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, operando uma redução proporcional de valores sopesados, a fim de manter o equilíbrio harmônico do texto constitucional.

Olhar para a sociedade, refletindo realidades que só são vivenciadas pelo operador do direito e por um seletivo grupo de privilegiados, não é um bom mecanismo de interpretação jurídica. É necessário que olhemos a realidade, onde os fatos se reproduziram e se reproduzem. Sentir a vida ali pulsando e informando as relações jurídicas nascidas naquele determinado ambiente nos leva a tomar decisões mais justas e equilibradas.

Tal olhar diferenciado não significa adotar atitudes paternalistas, mas buscar na essência dos fatos a realidade do mundo real, adequando-a a realidade processual, utilizando-se de métodos de interpretação e integração do dispositivo normativo, equacionando-os para se buscar os fins pretendidos pela norma jurídica e o seu valor de justiça.

O direito só se justifica enquanto tal, não pela norma formal que o colmata, mas pela correspondência que o mesmo tem com o fato social, que justificou a criação de determinada norma.

Se o fato transforma-se, adquirindo novas realidades e absorvendo novas particularidades, diante do desenvolvimento dialético que o envolve, a interpretação da regra jurídica há de ser coadunada com o atual estágio do fato que justificou a sua criação. Daí a nossa crítica a uniformização obrigatória da jurisprudência, posto que o direito é tão dialético quanto o fato que o gerou e o transformou em dada norma jurídica, cabendo sobre si um debate rico e transformador, que privilegia a inteligência e não interesses do Estado e de certas oligarquias dominantes. A discussão do direito não pode ser engessada, em nome de uma dada segurança jurídica. A quem serve esta segurança jurídica? Será que esta segurança jurídica se dirige no sentido da paz social, motivo que a justifica? Ou será que esta segurança jurídica, formatada pelo pensamento conservador, não leva a descrença daquilo que está sendo discutido, se a solução da lide não se dá mais próxima ao consenso de justiça.

Pelo método da lógica do razoável, magistralmente defendida pelo jusfilósofo Recaséns Siches, a interpretação das normas tem que estar sintonizada com o fato social que clama pela aplicação da mesma. Conquanto as normas sejam genéricas e abstratas, a vida e a realidade social, nas quais a norma será aplicada, são sempre particulares e concretas. Daí a necessidade de transformar a norma abstrata em preceitos concretos, que levem em conta o vínculo íntimo entre a previsão abstrata imposta pelo legislador e a sua adequação ao caso em concreto, respeitando-se as suas particularidades.

Portanto, é dentro desses parâmetros que entendo que existe ofensa ao princípio isonômico, uma das garantias constitucionais, pois se exige maior rigor para o hipossuficiente trabalhista do que para aqueles que se socorrem da Justiça Comum e Criminal.

Não nos esqueçamos, segundo lição de Luiz Fernando Coelho, de que ao jurista cabe a solução dos conflitos sociais, é ele o mensageiro da paz, o portador do direito, e o elo entre o direito e a sociedade.

Concedo o benefício da justiça gratuita.

III – Dos pedidos baseados nos instrumentos coletivos de trabalho.

Procedem aos pleitos de diferença salarial, em função dos reajustes salariais concedidos pelos instrumentos coletivos de trabalho, sendo que quando houver acordo coletivo de trabalho com o SINDBEB,

ali deverá ser observado o respectivo reajuste salarial, desprezando-se o contido na convenção coletiva do SINDBEB, mas, sempre abatendo-se aqueles concedidos pela empresa no curso do período não prescrito.

Tais diferenças salariais deverão incidir nas férias com 1/3, nos 13º salários, nas horas extras e no FGTS.

IV – Do pleito de indenização por danos morais, plano de saúde e pensão vitalícia

Dos fundamentos do autor

O autor fundamenta o seu pedido com esteio em acidente de trabalho sofrido quando o mesmo executava suas atividades para a empresa. Descreve o obreiro o seu acidente, afirmando que pilotava uma moto, tendo sofrido um acidente de trabalho, tendo rompimento de seu ligamento. Após o retorno do benefício previdenciário, alega que foi obrigado a continuar pilotando moto, o que veio a gerar novos problemas de saúde, ainda que houvesse um laudo médico desaconselhando tal atividade. Assevera que mesmo com tendinite continuou a executar atividades que não eram compatíveis com o seu problema de saúde, tais como dirigir moto e digitação. Informa que até hoje é portador de tenossinovite, de caráter irreversível.

No aditamento de fls. 103v/104 o autor também requer indenização por danos morais decorrentes de atitudes tomadas pelo gerente de vendas da sala – Sr. Nilson Vieira Arcoverde de Moraes, que jogava sal grosso na sala, alegando que era para tirar as mazelas, se dirigindo provavelmente ao obreiro. Que também era obrigado a exercer diversas atividades não relativas as suas funções, mesmo não tendo o obreiro condições de executá-las.

Da defesa da ré

Esta em sua defesa nega os fatos relacionados, informando não ter qualquer responsabilidade pelo acidente sofrido pelo obreiro, como também nega o nexó da causalidade entre os problemas de saúde tidos pelo obreiro e as atividades desenvolvidas pelo mesmo.

Do ônus probatório e das provas produzidas

Aqui se torna necessária uma abordagem sobre o tema não

só à luz do que dispõe o art. 7º da Carta Magna, mas também com esteio na doutrina, equacionando de forma mais justa a distribuição do encargo probatório quanto o assunto é dano moral.

Em que pese a CLT tenha um artigo (818) que defina tal distribuição de encargo probatório, não havendo o que se falar em existência de lacuna formal na lei, que autorize a aplicação de norma advinda de outro sistema jurídico, temos discordado da adoção de tal sistemática, até porque, com frequência, muitos juízes aplicam o CPC para distribuição do encargo probatório.

No presente caso iremos abordar o ônus da prova pelos diversos aspectos, que servirão de embasamento legal para a sua aplicação em favor do trabalhador.

O que se revela importante em termos de aplicação de determinada regra, na mais moderna hermenêutica, é que a norma que vai ser aplicada aproxime-se mais dos valores buscados pelo sistema jurídico em questão e pela finalidade que fundamenta a norma. Ora, não tendo a lacuna formal, mas existindo lacuna de ordem axiológica e ontológica, pode-se buscar a aplicação de uma regra jurídica, fora do sistema jurídico em questão, que venha a contemplar com mais completude os valores e finalidades buscadas pela norma.

A situação do trabalhador é análoga ao do consumidor, pois ambos são as partes frágeis nos respectivos contratos, necessitando de uma proteção maior do legislador, não para lhe darem vantagens, mas para igualar formalmente as forças. Ademais, não podemos deixar de constatar que em ambas as situações, estes personagens possuem imensa dificuldade de produzir provas, tendo em vista que esta está de posse, via de regra, da parte economicamente mais forte. A inversão busca equilibrar, o que se encontra desequilibrado.

Isto tudo, se não vier a ser acolhida a tese defendida por nós de que no caso em concreto aplica-se o que se contém no parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro, quanto a tipificação da aplicação ao caso em concreto da teoria da responsabilidade objetiva do empregador.

Ainda que muitos salientem sobre a imperatividade da regra contida no inciso XXVIII do art. 7º da Carta Magna de 88, devemos esclarecer que tal regra seria apenas de ordem geral, não afastando a aplicabilidade de regra mais benéfica para o trabalhador. Isto porque no seu *caput* tal norma apresenta-nos uma regra com muito mais força do que a anterior, trazendo em seu bojo um princípio de ordem tutelar que busca estimular a evolução do ordenamento jurídico no sentido

de abrir perspectivas para fixação de outras condições que visem à melhoria da classe trabalhadora.

Desta forma se reporta o citado artigo, em seu *caput*: “ **São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social**”.

Com isto quis o legislador constitucional não fechar o ordenamento jurídico às hipóteses legais previstas nos incisos do mencionado artigo, assimilando a teoria de que o Direito do Trabalho deve evoluir e não involuir. Temos que a regra contida no citado inciso XXVIII, além de infeliz, não fecha as portas a uma interpretação mais evoluída sobre a disponibilidade de se utilizar outros parâmetros para a aferição do direito à indenização por danos morais decorrente de ação ou omissão do empregador que acarrete a prática de ato ilícito ou que se reflita em prejuízos danos à esfera dos direitos de personalidade do trabalhador.

Até porque tal norma não pode se analisada isoladamente dentro do sistema constitucional brasileiro, mas aferida com outros princípios e normas consagrados pela Constituição Brasileira. Desta maneira não podemos deixar de citar no art. 1º da *Lex Fundamentalis* de 88, que se reporta aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, em seus incisos III e IV valoriza a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Além disto, ao dispor sobre a Ordem Social, concede tratamento privilegiado à saúde, mormente em seu art. 196, quando se expressa do seguinte modo: “ **A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação**”.

E a saúde, no caso em concreto, importa no reconhecimento obrigatório que as ações mencionadas pela peça propedêutica do obreiro ocasionam danos à sua estabilidade mental e física, trazendo enfermidades para o mesmo de toda ordem, fruto da tristeza, do sentimento de isolamento, da humilhação que cotidianamente lhe era imposta e pela sua exposição enquanto profissional e ser humano.

O sistema adotado pelo inciso XXVIII do art. 7º da Carta Magna de 88, no nosso sentir, fere todos estes princípios, pois joga para o trabalhador, vítima do descaso empresarial, a responsabilidade de provar algo, com todas as dificuldades inerentes a este tipo de prova.

Em função do que trata o ordenamento jurídico constitucional brasileiro e seus princípios é que o novo Código Civil deu nova feição ao Contrato, assim dispondo no seu art. 421: **“ A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”**.

Neste sentido é que Maria Helena Diniz, ao apreciar tal norma, assim se manifesta: **“ A liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato, que condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais. A função social do contrato prevista no art. 421 do Novo Código Civil constitui cláusula geral, que impõe a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito; reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas e não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua e reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”**.

Por trocas úteis temos que entender que a empresa não pode exigir do trabalhador que este exerça suas atividades, além de suas forças, com ameaça ao seu bem de vida maior que é a sua saúde e vida, com ameaça ao seu convívio familiar e social através de jornadas prolongadas e extenuantes, ao direito ao lazer e, principalmente a ser feliz. Mais ainda, a necessidade de ser respeitado enquanto pessoa e profissional, de não exposto perante a terceiros e não ser ofendido verbalmente e/ou fisicamente.

Daí porque, entendemos que a responsabilidade civil objetiva do empregador é a que melhor atende aos princípios fundamentais esculpido na constituição, bem como ao limite social do contrato.

“ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar danos a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, o quando a atividade

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

Veja que o dano ao trabalhador, ocorrido dentro do contrato de trabalho não atrai a responsabilidade aquiliana, pois tem a sua origem dentro do contrato e não fora dele.

Não sendo responsabilidade aquiliana, podemos enquadrá-la de várias formas, seja pelo fato do empregador, no ato da contratação, se responsabilizar pela saúde de seus empregados, tomando as medidas preventivas cabíveis para tal, seja pela teoria da culpa presumida, cabendo ao empregador provar que sua atividade não impunha riscos à saúde de seus empregados. Seja pelo fato de que não comprovou a adoção de medidas de ordem prática para inibir atitudes como corriqueiramente são adotadas pelos gerentes de sala e supervisores, que no afã de aumentar suas remunerações buscam aumentar a produtividade pelo processo da intimidação, da exposição moral de seus funcionários e pela fragilização dos mesmos, querendo demonstrar poder absoluto, inclusive sobre suas vidas e empregos. Ao invés de se utilizarem de técnicas de motivação sadia, de agrupamento da equipe em função de um interesse comum, acham melhor intimidar as pessoas, como se isto fosse resolver os problemas de produção.

A teoria da culpa subjetiva tem trazido insatisfação aos doutrinadores, tendo Caio Mário nesta vanguarda, sob o argumento de que esta não mais atende aos ditames de uma nova ordem jurídica mais humana e justa, mormente quando da verificação de que as multiplicações das oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.

A desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição dos meios de prova trazidos ao processo nem sempre logram convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada. Tal dificuldade tem espalhado entre os jurisdicionados e muitos advogados a convicção que o Judiciário tem falhado neste sentido, ao se apegar à normas tradicionais, inócuas e que dificultam ao extremo a prova pelo trabalhador, já que a empresa possui melhores condições para realizá-la, não só na persuasão de testemunhas para ratificarem suas teses, como também de outros elementos probatórios. As perícias, quando realizadas, diante até das

dificuldades encontradas para este fim, geralmente não são conclusivas, posto que os peritos médicos oponham sérias resistências para se deslocarem ao ambiente de trabalho do trabalhador. Por seu turno a SRT mostra-se inoperante na fiscalização dessas condições e se nega muitas vezes a realizar inspeções nos locais por ordem judicial, ou mesmo em rotinas que deveriam ocorrer normalmente.

Aliás, De Page há muito salientou sobre a tendência moderna ao “alargamento da responsabilidade”, sugerindo novas formas de aferição do modelo ultrapassado.

Seja pelo fato da aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, na qual o empregador assume os riscos de sua atividade econômica, mormente quando tipificada oficialmente como atividade de risco, ou seja, pela teoria da responsabilidade subjetiva do empregador, tese defendida de forma mais arraigada pela jurisprudência conservadora, em ambas encontraremos a responsabilidade da ré. Pois, em ambas dela era o ônus da prova de afastar o reconhecimento da tese exordial. Ou mesmo que se admitisse, só por amor ao debate, o ônus a encargo do trabalhador, temos que este teria provado o nexo de causalidade de algumas situações descritas pelo autor na atrial. Mas lembramos a reversão do ônus da prova em favor do trabalhador encontra-se, inclusive, respaldada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Também se analisarmos o processo sob a ótica do princípio de prevenção, previsto no Direito Ambiental Brasileiro, caberia ao empregador a adoção de medidas tendentes a evitar riscos ao meio ambiente e ao ser humano. Lembrando que compõe o meio ambiente do trabalho a forma com que o trabalhador desenvolve as suas atividades; os riscos inerentes a sua saúde, provenientes de agentes químicos, físicos e biológicos; e as relações sociais daí provindas.

No mesmo sentido poderia ser aplicado o princípio da precaução, também do Direito Ambiental, que se traduz através de medida antecipada que visa a prevenir um mal.

Por dano ambiental encontram-se as ações humanas dentro do ambiente de trabalho e que venha a ocasionar lesões à esfera dos direitos de personalidade do trabalhador.

Por fim, também podemos analisar a distribuição do encargo probatório pela teoria do acesso à prova, trazendo para a parte que possui mais facilidade de acesso à mesma, a responsabilidade pela prova a ser produzida. Mormente quando se torna para o trabalhador quase impossível o seu acesso á mesma.

Das provas que sustentam a pretensão do obreiro

O documento assentado à colação às fls. 125 nos aponta no sentido de demonstrar que o obreiro sofreu acidente de trabalho, bem como os de fls. 88/92 nos indicam as lesões afirmadas pelo obreiro. Como também o depoimento da testemunha do autor nos indica ação praticada pelo gerente contra à honra do vindicante.

Do dano moral enquanto conceituação e seus efeitos

O dano moral atinge aquele patrimônio da honra, de bem-estar espiritual, de paz de consciência, de ausência de sofrimento, de liberdade, de boa fama, de afeição familiar, de relações de trabalho sadias, que o ordenamento jurídico tutela, num ponto elevado de evolução do homem, na sua peregrinação terrestre.

Um dos conceitos mais completos é o expresso por MORAES, que assim se reporta: **“ o que se chama de dano moral é, um não desfalque do patrimônio, nem mesmo a situação onde só dificilmente se pode avaliar o desfalque, senão a situação onde não há ou não se verifica diminuição alguma. Pois se houvesse diminuição no patrimônio, ou se difícil ou mesmo impossível avaliar com precisão tal diminuição, já há dano, e este pode ser estimado por aproximação (art. 1553 do CCB); e logo será supérflua a figura do dano moral. Vale dizer que dano moral é, tecnicamente, um não dano, onde a palavra “dano” é empregada com sentimento translato ou como metáfora: um estrago ou uma lesão, na pessoa mas não no patrimônio.**

Da figura jurídica-social do contrato de trabalho

Para entendermos os contornos da configuração jurídico-social do contrato de trabalho, nos socorremos dos ensinamentos de José Luiz Monereo Peres, que assim se reporta:

“ a nova concepção do Direito Constitucional do Trabalho, centrada no contrato de trabalho e, portanto, numa configuração jurídico-social do contrato de trabalho dentro de um código privado social, adaptado às tendências novas da

vida social e que permite abrandar certas desigualdades entre indivíduos e classes. O componente estatutário do contrato de trabalho adquire uma essência “constitucional”, enquanto vinculada à fundação de um novo “Estado Democrático do trabalho, no qual teria por fim a organização do trabalho dos cidadãos e a distribuição para a população inteira de bens, fruto deste trabalho. Esta nova constituição social, como fundamento de um Estado democrático de trabalho se assentaria em três grandes grupos de direitos econômicos-sociais, a saber: o direito à existência, o direito ao trabalho e o direito ao produto íntegro do trabalho.”

Tal acepção, no nosso sentir, complementando o mestre, engloba o direito ao respeito ao trabalhador, não só como ser humano, mas como profissional; a boa fé em relação às atitudes tomadas com relação ao mesmo; e a fidedignidade, como traços fundantes da relação entre as partes e indissociáveis do contrato.

O contrato de trabalho deve ser revelado pela natureza de contribuição sinalagmática das partes para o seu sucesso, no qual o respeito, a compreensão e a unidade de objetivos venham a selar uma relação de compartilhamento de interesses e não de conflitos.

Não podemos deixar de expressar que no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais ocupam posição central dentro do ordenamento jurídico e vinculam diretamente, além do poder público, as entidades privadas. São o parâmetro dentro do qual devem ser interpretadas todas as normas que compõem o ordenamento jurídico, inclusive aquelas voltadas para a regulação das relações de trabalho.

Em tempo e local de trabalho, embora submetido ao poder de direção do empregador em virtude do vínculo de subordinação, o empregado conserva sua qualidade de homem livre. A relação de emprego não o priva de seus direitos e liberdades.

Daí porque Arion Sayao Romita assim se expressa:

“ A doutrina trabalhista, há muito reconhece, entre as obrigações assumidas pelo empregador por força da celebração do contrato de trabalho

a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado e sua dignidade absoluta de pessoa humana, como pontifica Delio Maranhão. No âmbito do contrato de trabalho, os direitos fundamentais correspondem a projeção da dignidade da pessoa humana na disciplina jurídica do contrato.

A função primordial dos direitos fundamentais consiste na tarefa de fazer respeitar a dignidade da pessoa humana, mas não da pessoa abstrata do liberalismo, e sim da pessoa situada, em situação concreta e determinada, já que a dignidade da pessoa humana constitui o conceito central e o fundamento da teoria dos direitos do homem, como resulta das declarações internacionais e das afirmações contidas em inúmeros textos constitucionais vigentes.”

O que nos leva a concluir que a afirmação da dignidade humana, assentada sobre a base do Estado Democrático de Direito e que tem por objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não pode deixar de estar presente na relação de trabalho e, como tal, haverá de servir de balisamento para que se possa reconhecer a função social no exercício do direito de propriedade.

Do aspecto da saúde do trabalhador, como fonte de proteção.

Para alcançar o sentido dessa proteção é imperioso compreender a finalidade do Direito, na sua busca incessante do bem comum, e ainda o seu papel de agente de transformação social. Será necessário analisar a “ norma jurídica”, sua estrutura, imperatividade, sanção e coercitividade. Cabe, ainda, verificar a realização espontânea ou coativa do Direito, com os mecanismos da incidência, eficácia e tutela jurisdicional. Por fim, será importante registrar o princípio da proteção, que norteia o Direito do Trabalho, e sua influencia no ordenamento jurídico-trabalhista. Tudo isso para visualizar os caminhos que possam conduzir à proteção jurídica efetiva da saúde dos trabalhadores.

Daí porque, ao falar sobre a finalidade do direito, Sebastião

Geraldo de Oliveira, nos revela que: **“além do estabelecimento de regras de conduta, o Direito tem finalidade mais abrangente e enobrecedora: visa ao próprio aprimoramento humano e, por consequência, da sociedade.”**

O ilustre mestre, continuando sua explanação, assim se reporta: **como consequência dessa finalidade, o Direito atua, também, como agente de transformação, influenciando comportamentos sociais numa singular interação: ao mesmo tempo em que é condicionado pela realidade social, também atua como condicionante desta.”**

Etimologicamente a palavra saúde se originou do latim (*salus – uti*), significando “estado de são” e ainda “salvação”. Normalmente, conforme leciona o mestre acima citado, os dicionários apresentam a saúde com os sentidos de estado de sanidade dos seres vivos, ou regularidade de suas funções orgânicas, físicas ou mentais.

Este é um direito público subjetivo que o cidadão pode se opor ao Estado, mas também junto a terceiros, desde que deles dependa a garantia contida na nossa Constituição. No caso particular, por exemplo, pelo trabalhador junto ao seu empregador, na exigência que sejam observadas as condições mínimas e razoáveis para que aquele possa desenvolver suas atividades, sem ameaças à sua saúde física e mental.

A falta de humanidade e de respeito aos funcionários, ressalta-se por fatos como estes, quando observamos para nossa tristeza, principalmente como cidadão, que não existe respeito ao ser humano que lhe presta serviços.

Ademais, o Brasil é um dos recordistas mundiais de ocorrências de acidentes de trabalho, o que nos demonstra o pouco caso que muitos empregadores dão ao aspecto da higienização do ambiente de trabalho e de adoção de medidas preventivas para evitar situações que coloquem em risco à saúde e a vida dos trabalhadores. Ademais, além dos acidentes de trabalho, temos as causas ambientais ocorridas dentro do espaço onde os trabalhos são executados e que interferem na manifestação de doenças de ordem física e psíquica, cada vez mais com maior frequência em nosso país. Ao que me parece muitos que transitam pela Justiça do Trabalho não têm interesse para observar a gravidade de tal fenômeno que ocorre no dia a dia, até porque no ambiente desta mesma Justiça isto se repete. Falo isto porque as doenças degenerativas, de ordem psíquica, também são doenças que devam estar incluídas dentre aquelas que geram o benefício acidentário.

A definição de ambiente encontra-se na Lei 6.938/81, art. 3º, inciso I, que assim o define:

“É o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida e todas as suas formas.”

Já a nossa Carta Política, em seu art. 225, buscou tutelar todos os aspectos do meio ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho), afirmando que: **“ todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.”**

Da definição legal, extraímos que dois são os objetos de tutela ambiental: um imediato - a qualidade do meio ambiente em todos os seus aspectos - e outro, mediato - a saúde, segurança e bem estar do cidadão, expresso nos conceitos vide em todas as suas formas e qualidade de vida.

Recentemente, em uma discussão jurídica mantida em curso de pós-graduação de Direito e Processo de Trabalho se comentava qual a abrangência do termo “Ambiente do Trabalho” e na oportunidade nos reportávamos que entendíamos que tal conceito abrangia não só medidas preventivas quanto à influência de agentes biológicos, químicos e físicos no meio ambiente do trabalho, mas também aquelas destinadas ao ambiente social do trabalho, ou seja, o conjunto de relações subjetivas daí derivados, evitando-se o aparecimento de doenças de ordem psíquicas, como também aquelas medidas destinadas a evitar acidentes de trabalho por práticas operacionais que colocassem em risco a saúde e a vida do trabalhador.

Define-se o meio ambiente do trabalho como sendo **“o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem.”**

Daí porque defendemos que o meio ambiente de trabalho não se restringe ao local do trabalho estrito do trabalhador, mas também os instrumentos de trabalho, o modo da execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado pelo empregador ou pelo tomador de

serviço e pelos próprios colegas de trabalho. Portanto, o conceito de meio ambiente de trabalho deve levar em conta a pessoa do trabalhador e tudo que o cerca. Razão pela qual compete ao empregador zelar não só pelo ambiente físico em que o trabalho de seus funcionários é executado, mas também pelo ambiente das relações sociais dali decorrentes.

O meio ambiente adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direito dos cidadãos trabalhadores, o qual, se desrespeitado provoca agressão a toda sociedade, que, no final das contas, é quem custeia a Previdência Social.

Diante deste reconhecimento é que o Estado, em esfera preventiva e corretiva, seja pela ação administrativa ou pela judiciária, deve ter uma conduta enérgica, porque o direito ao meio ambiente seguro e adequado é um dos primeiros a constituir o conteúdo do contrato de trabalho, sendo uma cláusula inafastável e fundamental do mesmo. Tanto assim o é, que a delegação contida no art. 8º da Carta Magna de 88 para que as categorias profissionais e econômicas realizem negociações coletivas de forma mais ampla, tem limites, sendo que um destes consiste nas cláusulas que procurem flexibilizar as normas de higiene e segurança no ambiente do trabalho, posto que o direito à saúde e a vida do trabalhador é inegociável.

O art. 2º da Lei 8.080/90 reproduz um dos princípios e de garantia previsto na nossa Carta Magna de 88, onde a saúde da população é um bem a ser preservado não só pelo Estado, mas pelos empregadores, com relação aos seus empregados e terceiros, quando estamos a nos reportar a preservação do meio ambiente. Assim se reporta o citado artigo:

“ A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º - O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º - O dever do Estado não exclui os das pessoas, das famílias, das empresas e da

sociedade.”

Prossegue a citada lei, em seu art. 3º:

Art. 3º. A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem estar físico, mental e social.”

No nosso ordenamento constitucional a saúde tem um destaque de proteção, constituindo-se em um dos direitos fundamentais do homem, bem como o princípio da dignidade do homem.

Dentre um dos fundamentos do Estado Brasileiro encontram-se a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, conforme estatuído nos incisos III e IV do art. 1º da Carta Magna de 88.

A dignidade humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa humana, o qual se manifesta na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. Consubstancia-se o princípio da dignidade humana na pretensão ao respeito por parte dos demais indivíduos da coletividade aos direitos fundamentais da pessoa como integrante da coletividade, conforme lição exarada por Raimundo Simão de Melo, em seu livro “Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador”.

Este aspecto ganha notória relevância com a revolução industrial, a efetivação do processo de globalização e a materialização dos valores humanos, diante de uma sociedade mundial, cujo Deus é o dinheiro, o status social e a individualização dos interesses.

Este novo modelo de ordem social e econômica afronta a natureza humana, que nos dizeres de Cleber Francisco Alves o **“homem é uma pessoa e não somente uma porção de matéria, um elemento individual da natureza, como um átomo, ele é, de algum modo, um todo, um universo, um ser moral autodeterminado, portador de valores únicos e supremos.”**

Não deixamos de reconhecer que doutrinariamente existe um grande debate sobre a natureza da chamada dignidade humana e seus limites. Questiona-se se aquela é um valor ou um princípio, mas seja qual for a posição adotada, não podemos deixar que esta perca sua substância diante daqueles que a querem fragilizar, seja na qualidade de princípio ou de valor. Isto porque no limiar do terceiro milênio, com o advento da globalização conjuga-se uma nova realidade: um crescente desemprego, precarização dos direitos trabalhistas, decorrentes do *duping* social, ao qual se alia um sentimento generalizado de impotência da sociedade civil – uma cidadania cansada. Não podemos nos esquecer que somos atores neste palco de transformações históricas radicais no caráter da mão de obra, notadamente na industrial, decorrente da automação e da informatização. Vivemos a sociedade do medo e das concessões, na qual nossas personalidades se perdem diante dos interesses do “Grande Irmão”, representado pelas elites econômicas e políticas, e respaldados por uma grande imprensa, subserviente a este grande poder, que a sustenta pelas publicidades de seus produtos e serviços. Infelizmente assistindo a um julgamento no STF pela televisão, ouvi de um ministro, para quem devoto um grande respeito, tendo em vista sua sensibilidade como julgador, que a imprensa nacional e em particular, determinada revista, tinha um caráter sério. Empresas de jornalismo, seja quais forem, não podem a se prestar a serem porta-vozes de determinados partidos políticos, sendo utilizadas para denegrir de forma proposital e calculada a imagem de determinado partido político, escondendo, por outro lado, informações não favoráveis ao partido político a qual defende seus interesses. O verdadeiro papel da imprensa é o da independência e ser livre.

Daí, porque o tratamento da dignidade humana, como valor ou como princípio jurídico – e, em consequência, o seu caráter preferencialmente deontológico ou axiológico ou teleológico, revela-se decisivo para definir o papel dos intérpretes e aplicadores da Constituição nas sociedades democráticas contemporâneas. Este bom combate há de ser travado, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, desmistificando a posição daqueles que buscam fragilizar os direitos fundamentais do homem, como forma de facilitar a “pacificação da sociedade” pelo predomínio dos interesses destas elites.

J.J. Gomes Canotilho explica o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana em uma teoria de cinco componentes: **o primeiro reside na afirmação da integridade física e espiritual como dimensão irrenunciável de sua individualidade**

autonomamente responsável; o segundo componente trata da garantia da identidade e integridade da pessoa pelo livre desenvolvimento da personalidade; o terceiro baseia-se na libertação da angústia da existência da pessoa mediante mecanismos de solidariedade, dentre os quais a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas; o quarto prescreve a garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito; e o quinto se firma na qualidade dos cidadãos, e se expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo,

Esta discussão se torna ainda mais importante, quando assinalamos, conforme dados da OIT, que na última década do século XX, um milhão e cem mil trabalhadores morreram de acidentes de trabalho, enquanto 999 mil pessoas de acidentes de trânsito e 563 mil pessoas em guerras. Tal fato expõe a gravidade da situação e explica o porquê da linha que adotamos em nossa praxe jurídica, na defesa da saúde física e mental dos trabalhadores e de suas vidas. E estes dados sequer incluem as sequelas dos assédios morais praticados por representantes das empresas ou mesmo seus proprietários, nos empregados, fato este que nos causa grande preocupação, diante do número cada vez maior de ocorrências deste gênero no ambiente de trabalho.

Outros números que demonstram a gravidade da situação que envolve os trabalhadores, com relação a alguns tipos de fratura: no ano de 2007 em relação a tais lesões houve um incremento de 27,50%, com registros de 653.090 de casos, de acordo com o Anuário Estatístico da Previdência Social.

Segundo relatórios confiáveis este aumento de acidentes de trabalho decorreram principalmente do processo de globalização da economia, da flexibilização das leis trabalhistas, dos processos de terceirização e quarteirização de atividades, dentre outros motivos. Agregado a isto, temos o afastamento do Estado de sua antiga condição de intermediador destas relações, desqualificação gradativa da mão de obra e um discurso consensual da mídia, também oligopolizada, sobre a excelência do “livre mercado”, como princípio de doutrina de tudo. Temos também o crescente desrespeito a liberdade de organização e manifestação dos trabalhadores, como causa desta grande desestabilização social que tende a desaguar numa revolta social, se

não vier a ser contida a tempo, com modificações de condutas.

Diante deste quadro, não podemos nos esquecer da lição de Nelson Mannich, que assim se expressa:

“ Que em nome da crise econômica, implantam-se modalidades de prestação de serviços desgarradas de sua matriz original, com total desprezo a valores irrenunciáveis, como a dignidade do trabalhador. Além disso, a intermediação ilegal de mão de obra vem ocupando posição de destaque, a ponto de colocar em descrédito os contratos típicos, acusados de responsáveis pelo elevado custo do trabalho subordinado.”

É o homem retornando aos períodos em que o trabalho não era considerado digno, mas apenas necessário, e que deveria ser realizado através de uma brutal exploração do homem pelo homem, aproximando-se o trabalhador moderno daquela condição de total alienação do mesmo com tudo que o envolve e o cerca. Um meio em que se busca o máximo de lucro para uma minoria insaciável e um dano permanente para a classe trabalhadora, tudo respaldado por uma Justiça do Trabalho extremamente conservadora em seus julgamentos e ávida em sustentar os privilégios econômicos desta mesma minoria.

Nesta realidade não podemos esquecer que os sindicatos dos trabalhadores têm grande participação nesta realidade, pois deixaram de serem entidades de luta, para se amoldarem ao modelo adotado pelas empresas, com grande parte das elites sindicais voltadas unicamente para manterem seus privilégios, afastando-se das respectivas categorias, criando um grande hiato entre ambas. Não existe mais a representatividade efetiva, salvo em algumas exceções.

Já o art. 6º da Carta da República, assim dispõe:

“ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da constituição.”

Por fim, trata a referida constituição da saúde nos artigos 196 a 200. Todos estes artigos nos apontam para uma preocupação com a saúde do cidadão. Ademais, a CLT traça uma rede jurídica de proteção à saúde do trabalhador, procurando preservar o seu bem maior. Compete ao empregador agir com zelo no sentido de proteger os seus funcionários dos riscos à sua saúde e integridade física e mental. Ao

desrespeitar o trabalhador, a empresa está contribuindo para a formação de um homem doente, desequilibrado emocionalmente, com repercussões também na sua saúde física.

A Carta Magna de 88 sustenta como um de seus princípios maiores o equilíbrio entre a Ordem Social e a Ordem Econômica, buscando a interação das duas, de modo que tanto haja uma estabilidade social quanto uma estabilidade econômica, ambas no sentido de preservar a ordem jurídica e das relações entre todos os agentes sociais, na busca da paz social.

Necessário também para o estudo do caso, como pressuposto de análise, identificar os elementos que formam o conteúdo material do princípio da boa-fé, como também indicar sua finalidade.

O princípio da boa-fé atua como regra que imputa deveres de conduta as partes, sendo que as condutas impostas às partes decorrem de juízos de valor formulados de acordo com as exigências básicas de justiça e moral, formadas em função de uma consciência jurídica da comunidade. Essa consciência jurídica da comunidade, por sua vez, assume um alto grau de generalidade, na medida em que vale ao mesmo tempo, para todos os objetos que pertencem a uma determinada classe, sem nenhuma exceção.

Daí porque a dificuldade de se definir um conceito ao princípio da boa-fé, pois dependerá sempre da definição de um standart, o que não significa que o princípio da boa-fé seja um standart, mas, sim, que faz parte de seu conteúdo a existência de um standart que será sempre variável, pois dependerá da verificação de cada caso em concreto, tendo como parâmetro, as regras e princípios jurídicos em geral, mormente aqueles pertinentes ao campo do Direito Constitucional e do Trabalho.

Portanto, a atitude omissiva e comissiva da ré afronta a esta Ordem Social e ao equilíbrio desta com a Ordem Econômica; também importa em desrespeito ao ser humano; e afronta aos valores sociais do trabalho. Deveria a empresa ter tomado medidas de ordem preventiva para se evitar tanto assédio promovido pelas chefias de seu departamento comercial sobre os funcionários, sob o mito de que a pressão psicológica aumenta a produtividade dos funcionários, o que não é verdade, pelo contrário, contribui para a sua diminuição, desagregando a equipe de trabalho. Aqui, ressalto, colabora a Justiça do trabalho em menosprezar os efeitos deletérios desta ação, não a tipificando como atos danosos ao trabalhador, reformando decisões de juízes que são de vanguarda e comprometidos com a justiça e com a

sua plena aplicação. Fica o trabalhador abandonado a própria sorte, correndo pelos corredores desta Corte e de outras, o comentário que a Justiça do Trabalho deixou de ser a justiça dos que possuem CTPS, para ser aquela destinada a salvaguardar interesses da classe patronal. Ainda que abonemos que esta Justiça não deva ser paternalista para com o trabalhador, também entendemos que devemos apreciar os pedidos dentro do processo, sempre levando em conta a condição especial que reveste esta categoria, suas dificuldades para a produção de provas e o que atentamente vem nos informando centenas e centenas de depoimentos em vários processos.

Não podemos deixar de relacionar, para efeito de abordagem deste tema, que a fidedignidade e o princípio da boa-fé objetiva são dois elementos essenciais dentro do contrato de trabalho, pelo qual as partes se comprometem a agir com respeito, com transparência e com lealdade uma para com a outra, observando sempre o espírito de solidariedade e compromisso para com o outro contratante.

O tratamento de urbanidade deve ser sempre praticado tanto pelo trabalhador quanto pelo empregador, através de seus representantes legais, buscando gerar um clima de harmonia, diluindo-se os conflitos ao limite da razoabilidade, até porque estamos a nos reportar a uma das espécies de relações sociais. É lógico que onde existir o homem a possibilidade de conflito é latente, mas esta pode ser bastante diminuída se houver respeito e lealdade no tratamento pessoal e profissional. Dentro deste tratamento de urbanidade e de solidariedade há de ser observado o respeito às condições humanas e a proteção à saúde do trabalhador.

A política de recursos humanos deve levar em conta que o homem é o fator de produção mais importante da empresa, devendo adotar políticas de incentivo, de atualização profissional, de defesa da integridade física e mental do trabalhador e de acompanhamento pessoal, detectando-se os problemas que levam determinado trabalhador a não se inserir satisfatoriamente no ambiente social do trabalho ou os que levam ameaças ao seu bem estar. As péssimas condições de segurança no ambiente de trabalho descritos na prefacial e não impugnadas por tese em sentido diverso, nos levam a concluir pelo descaso da empresa para com a segurança de seus empregados, bem como do sindicato e do próprio Ministério do Trabalho no seu dever de fiscalização.

A par do que acima já foi colocado por nós, não podemos nos esquecer de um princípio fundamental de nossa Constituição, que é o princípio da não discriminação.

O princípio da não discriminação, segundo lição de Firmino Alves Lima, “ **é uma vertente negativa do princípio da igualdade, pelo qual são formuladas regras constitucionais e legais determinando que os atos discriminatórios não poderão ser aceitos.**”

Devemos lembrar que Gilmar Ferreira Mendes, define, com base na doutrina alemã, que “ **a isonomia tanto pode ser vista como exigência de tratamento igualitário, como proibição de tratamento discriminatório.**”

Daí extrairmos que falar do princípio da igualdade evolve, necessariamente, a abordagem do princípio da não discriminação, que surge inevitavelmente como uma concretização ou reflexo. Ao não ser tratado adequadamente pela empresa não só dentro das condições de segurança de trabalho, como após o seu acidente, o obreiro foi discriminado, como uma peça que não mais presta para o mecanismo da produção e que por isso não deve ter a atenção devida, sendo deixado ao largo de uma proteção e acompanhamento que seria de esperar da ex-empregadora.

Portanto, a atitude empresarial não só afronta vários dispositivos legais de nosso ordenamento jurídico, bem como nossa *Lex Fundamental* de 88, como também as Convenções Internacionais da OIT de n.ºs. 87, 98 e 111. Nas suas considerações, a Convenção da OIT de n.º 111 menciona como seus fundamentos a Declaração da Filadélfia e a necessidade de oportunidades iguais para todos os seres humanos, bem como afirma que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Segundo nos leciona Firmino Alves Lima “ **a discriminação possui um componente adicional da distinção arbitrária, que é o motivo da diferenciação promovida.**” O arbítrio é o contrário da igualdade, assim como a discriminação, mas arbítrio e discriminação não podem ser considerados as mesmas coisas. A existência de um motivo retira o caráter arbitrário da distinção, pois um determinado fator portado pela pessoa ou grupo discriminado induz, de forma desejada, ou não, a uma distinção desfavorável, se presentes os demais elementos: distinção, exclusão ou preferência, em detrimento de algum trabalhador, comprometendo ou destruindo direitos em condições de igualdade.

A discriminação do autor se revela pelo fato do mesmo não ser tratado de acordo com o que preceitua o ordenamento legal, sendo-

lhes sonegados direitos por parte da reclamada, tais como a de um tratamento respeitoso não só quanto a sua segurança, como também após seu acidente, sendo mais uma vítima de um sistema frio e cruel para com aqueles que fazem as riquezas das empresas e das sociedades modernas.

A responsabilidade civil, para ser caracterizada, impõe a ocorrência de três elementos a saber, indispensáveis simultaneamente, sem os quais não há o que se falar em sanção: conduta do agente, dano e nexo de causalidade entre a ação/omissão e o dano. Para que alguém seja responsabilizado civilmente por um dano é preciso que algum ato tenha sido praticado ou deixado de praticar, seja pelo próprio agente ou por terceiro, de que ele seja responsável. A ilicitude do ato praticado ou omitido é que gerará o direito à reparação, seja pela violação de um dever geral de conduta ou de uma obrigação contratual.

Maria Helena Diniz nos leciona que o dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.

Certo é que houve à lesão ao patrimônio imaterial do reclamante, por ato omissivo culposo, pelas atitudes tomadas pela empregadora, que confunde o valor do homem pela sua integridade física, que resulte em lucros para si.

Ainda que não exista uma lacuna formal no Direito Processual do Trabalho sobre a divisão do ônus da prova pelas partes, podemos nos socorrer da lacuna axiológica e ontológica, para reconhecermos que a regra contida no CDC atende muito mais de perto aos valores buscados pelo direito do trabalho e pelo direito processual do trabalho, como também aos fins perseguidos pelos mesmos. Salientando, inclusive, que a inversão do ônus da prova se fundamenta na dificuldade em que o consumidor tem de produzir provas, fato que também ocorre com o trabalhador no direito adjetivo trabalhista. Isto se não considerássemos a responsabilidade objetiva da ré, como já salientado anteriormente. Apenas, queremos reforçar que seja adotando uma ou outra teoria, caberia à ré provar as suas assertivas.

Já o autor provou os fatos alegados na exordial.

Mais ainda, a jurisprudência do C. TST e do próprio STJ tem firmado entendimento no sentido de que a vítima só precisa provar o fato, sendo que a ausência da responsabilidade subjetiva fica a encargo da empresa.

Não há como se olvidar que os princípios da ética

profissional, do respeito ao trabalhador e da boa-fé contratual foram violados, com atitudes ofensivas ao patrimônio imaterial da reclamante.

Da responsabilidade civil do reclamado

A responsabilidade civil, tanto quanto a penal, decorrem da prática de um ato ilícito, ou seja, a violação da ordem jurídica, gerando desequilíbrio social. Como consequência lógico-normativa de qualquer ato ilícito, surge à sanção. No caso da responsabilidade civil originada de imposição legal, as indenizações devidas não deixam de serem sanções, muito embora também venham a ter um efeito pedagógico.

Quando se fala em responsabilidade civil há referência inevitável à reparação do dano. Até porque não existe dever de indenizar quando ausente o dano. Originalmente, o fundamento da responsabilidade civil era indissociável do ato ilícito. Contudo, com a evolução do instituto, tornou-se pacífico admitir hipóteses especiais de responsabilidade civil independente de culpa, reforçando a ideia da responsabilidade civil como corolário do dever de indenizar.

José Affonso Dallegrave Neto, ao se reportar aos fundamentos da responsabilidade civil afirma que: “ **Para enxergarmos os fundamentos da responsabilidade civil, devemos considerar que a sociedade democrática de direito é composta de homens livres que detêm o livre-arbítrio para escolher os caminhos que pretendem trilhar a sua vida. Entre as opções possíveis, há inúmeras que não convêm, porque são lesivas ao seu semelhante. A partir dessa dialética, advém o princípio geral de direito de que a ninguém é permitido prejudicar outrem, consubstanciado pela máxima romana *neminem laedere*, também chamada *alterum non laedere*.**”

A doutrina é unânime em afirmar que não há responsabilidade sem prejuízo. Nem sempre um ato ilícito ou a falta de cumprimento de um dever de conduta caracteriza a existência de dano moral. Para isto há de ficar demonstrada a existência deste dano por quem o sofreu, se a responsabilidade for subjetiva, ou se o juiz entender pela não aplicação do ônus da prova, previsto no CDC.

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito, nas hipóteses expressamente previstas; de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de

responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Os pressupostos da responsabilidade civil, segundo Cretella Jr. são: a) aquele que infringe a norma; b) a vítima da quebra; c) o nexo causal entre o agente e a irregularidade; e d) o prejuízo ocasionado – o dano – a fim de que se proceda à reparação, ou seja, tanto quanto possível, ao reingresso do prejudicado no “status quo” anterior ao da produção do desequilíbrio patrimonial.

No campo da responsabilidade civil, o solidarismo constitucional manifesta-se na postura dos julgadores em buscar a reparação efetiva do dano infligido ao trabalhador, enxergando-o em sua essência, não apenas como sujeito de direito de uma relação jurídica, mas antes como gente em sua essência humana e digna.

Clayton Reis assevera que **“ o verdadeiro sentido da indenização dos danos morais “consolida uma ideia de plena indenização”, protegendo “ de forma integral o ser humano em todos os seus valores”; para tanto, faz-se mister um “aprofundamento do exame de todos os resultados vivenciados pela vítima na sua intimidade, em virtude das agressões de que foi vitimada.”**

Por fim, não podemos deixar de mencionar que a indenização mede-se pela extensão do dano, conforme expresso no art. 944 do atual Código Civil. Lembrando que quanto ao dano moral, há de se fazer um arbitramento pelo critério da razoabilidade, levando em conta o grau do dano sofrido pela vítima, a extensão do mesmo no decurso do tempo e a capacidade do ofensor de arcar com a indenização, sem perda de sua capacidade operacional – se pessoa jurídica -, ou de manutenção do seu sustento, se pessoa física.

Este ponto conflituoso na doutrina e na jurisprudência de nossos tribunais, acabou por alicerçar uma prática de desvalorização do dano moral, como forma de evitar uma onda de ações neste sentido, abarrotando-se o Judiciário dessas ações. Contudo, esta política judiciária de tarifação de indenizações, acabou por desvalorizar este direito constitucional, tornando os direitos fundamentais do homem de importância menor. Com isto se pune o ofendido e se agracia o ofensor com condenações irrisórias ou incompatíveis com o dano sofrido pelo lesado. Daí porque a boca pequena nos corredores dos fóruns e nos escritórios de advocacia, os representantes legais de empresas sorriem satisfeitos com as condenações sofridas, apenas recorrendo para diminuir ainda mais os pequenos valores concedidos aos cidadãos. Em que pese na Justiça do Trabalho as indenizações

serem maiores, estas ainda se encontram longe da verdadeira proteção pretendida pelo legislador. Daí porque ressaltamos o que foi dito na introdução sobre a tutela rigorosa que o Estado-Juiz aplica em benefício do economicamente mais forte, em nome de uma preservação da tutela do sistema econômico nacional.

Advém desta prática o descrédito do cidadão na neutralidade da Justiça, e a falta de confiança na mesma, medida pelos Institutos de Pesquisas. Sob a ideia central de se evitar um “enriquecimento ilícito” da vítima, se modelam as condenações ao sabor palatável do poder econômico, trazendo para as vítimas o gosto amargo do fel e da desilusão. Não se busca entender os efeitos da agressão ao patrimônio imaterial do cidadão no decurso do tempo, seja também em termos de prejuízos materiais dali decorrentes. Age-se como se o cidadão estivesse em busca de esmolas e como se o mesmo tivesse de se envergonhar por ir atrás de um direito lesado. Coloca-se o enriquecimento ilícito, como se o fundamento e o objeto da lesão fossem um exagero verbal da vítima, invertendo-se, de certo modo, a proteção que deve ser concedida pelo Estado a esta. Relativizam os direitos fundamentais do homem, para dar uma proteção maior para os que exploram economicamente toda a sociedade. São os tempos que os nossos Deuses são o status social, o dinheiro, privilégios e o egoísmo. O verdadeiro Deus fica no discurso demagógico a ser utilizado nas horas oportunas, para ludibriar as massas, ou quando dele precisamos para nos livrar de nossas dores.

Daí, porque entendemos que a “Teoria do Valor do Desestímulo”, com origem nos EUA, deve ser aplicada com equilíbrio, observando o fato de que a responsabilidade civil é um sistema de caráter complexo em que conflitam uma série de finalidades sociais, as que não se esgotam em uma mera função compensatória, necessitando assim uma aplicação punitiva, como também aquela que efetivamente é tão exacerbada que transformam significativamente uma sociedade.

A Teoria do Valor do Desestímulo se sedimenta no fato onde devido ao cometimento de uma conduta lesiva, seja ela no âmbito do direito moral ou material, o lesante venha a ser ademais de responsável pelo ressarcimento ou compensação de sua conduta, terá de pagar ainda uma soma a ser arbitrada pelo magistrado a título de punição, para que a sua conduta não venha a se tornar repetitiva, servindo assim de exemplo a toda sociedade, para que a mesma também não venha a dar ensejo a mesma ou similar conduta.

Daí, porque entendemos que devida é a indenização por

danos morais, fixadas no valor de R\$150.000,00, atualizada a partir da data desta sentença, levando-se em conta a gravidade do fato e a capacidade do réu de arcar com tal encargo, sem prejuízos no desenvolvimento de suas atividades econômicas. Aqui, os reflexos que ainda ocorrem na vida pessoal e profissional do trabalhador, em função da atitude tomada pela empresa justificam o valor da indenização arbitrada pelo juízo. Este trabalhador dificilmente irá encontrar emprego, diante da perda de sua capacidade auditiva, mormente aquela de natureza grave. Daí decorre também a obrigação quanto ao pagamento de pensão vitalícia ao obreiro, com esteio no permissivo contido nos arts. 949 e 950 do Código Civil Brasileiro, fixada no valor de R\$1.823,25 a partir da data do acidente e atualizada pelos índices de correção salarial da categoria profissional do obreiro, anualmente fixadas mediante processos de negociação coletiva de trabalho, até o mesmo falecer, porquanto cabe á empresa e seus sócios tal responsabilidade econômica.

Do mesmo modo, deverá a ré fornecer plano de saúde, nas mesmas condições daquele fornecido aos demais trabalhadores da empresa, sendo fixado o prazo de trinta dias para a sua implantação, a partir da ciência para o cumprimento da obrigação de fazer, sob pena de multa diária de duzentos reais, em favor do obreiro.

V – Da devolução do valor do FGTS depositado, retirado da conta fundiária pela ré.

Alega o autor que a sua conta fundiária encontra-se zerada, conforme assim demonstra o extrato analítico existente nos autos, tendo imputado à ré tal fato.

A ré nega que tenha praticado o auto alegado pelo obreiro, afirmando que depositou corretamente os valores devidos a tal título.

Há de fato um documento que demonstra que o valor de R\$17.966,10 foi sacado (fls. 84), em pleno curso do contrato de trabalho do autor. Entretanto, não há prova de que tal ato tenha sido praticado pela empresa, razão pela qual não procede ao pleito de devolução requerido pelo obreiro, por não se encontrar demonstrada a responsabilidade da ré pelo sumiço do valor, que se encontrava na guarda da CEF.

VI - Do pedido de pagamento de um piso salarial por acúmulo de função.

Defere-se, em parte, fixando-se o valor de 50% sobre osalário recebido pelo obreiro, afastado os períodos em que o obreiro se encontrava afastado da empresa, em função de benefício previdenciário, conforme indicado na prefacial. A testemunha do autor confirmou as suas alegações.

A diferença salarial deverá incidir nos 13º salários, nas férias com 1/3, no FGTS e nas horas extras.

VII – Da inaplicabilidade da Súmula 340 do C.TST.

Antes de adentrarmos na análise do pedido de horas extras, devemos enfrentar o questionamento formulado pelo autor quanto à inaplicabilidade da Súmula 340 do C. TST ao caso em concreto.

Reporta-se a súmula em comento desta forma:

“ Comissionista. Horas Extras. Nova redação. Res. N. 121/2003. Revisão da Súmula 56. – O empregado, sujeito a controle de horário, remunerado à base de comissões, tem direito ao adicional de, no mínimo 50% (cinquenta por cento) pelo trabalho em horas extras, calculado sobre o valor-hora das comissões recebidas no mês, considerando-se como divisor o número de horas efetivamente trabalhadas.”

Antes de qualquer coisa temos observado algumas interpretações equivocadas sobre a matéria, com a devida *vênia* dos que pensam em sentido diverso ao que passaremos a expressar.

Em primeiro lugar se firmou em parte da doutrina e da jurisprudência uma interpretação equivocada sobre o alcance da referida súmula. Entende certa corrente de pensamento que esta jurisprudência só se aplica aos comissionistas puros, não alcançando aqueles trabalhadores que recebem salário misto (fixo + variável). Com todo respeito que nos merecem os que assim pensam, tal entendimento foge à observância do tecnicismo que deve ser aplicado à hipótese. Quando o trabalhador recebe comissão mais salário fixo, o valor hora

trabalhado já se encontra remunerado, porque o trabalhador se encontra trabalhando e exercendo atividade remunerada na base da produção. Portanto, a parte variável encontra-se remunerada dentro da jornada de trabalho, independentemente se o trabalhador encontra-se em jornada normal ou não. Por isso mesmo é que somente é devido o adicional de horas extras, quando tal exercício se faz dentro de jornada extraordinária, o que não acontece com a parte fixa do salário. Desta forma, quando o trabalhador recebe salário misto e encontra-se em horário extraordinário, sobre a parte fixa do salário irá ser apurada a hora extra sobre o valor hora mais o respectivo adicional e sobre a parte variável tão somente o adicional de horas extras.

Há, entretanto, uma regra-exceção, que deverá ser observada pelo operador do direito, quando no caso do trabalhador que recebe salário misto estiver em jornada extraordinária, mas dentro da mesma não executar atividades remuneradas pela produção. Neste caso, como dentro da jornada extraordinária o trabalhador não está exercendo atividades pagas por produção, considera-se que o mesmo não se encontra auferindo qualquer vantagem pecuniária com relação a esta parte da jornada, o que justifica a aplicação para ambos os casos (salário fixo e variável) da metodologia aplicada para o salário fixo, quando o trabalhador encontra-se em jornada extraordinária, ou seja: valor hora + adicional de horas extras.

O complicado é quando dentro da jornada extraordinária o obreiro trabalhe em parte da mesma com atividades remuneradas por produção e parte da mesma em atividades não remuneradas por esta modalidade de pagamento. Neste caso deverá o juiz verificar a quantidade de tempo despendido dentro da jornada extraordinária em cada uma das situações, determinando a aplicação das técnicas acima referidas de apuração para o pagamento das horas extras.

Passemos a analisar a questão com relação a parte variável do salário do autor – prêmios por objetivo. As regras acima mencionadas não só são aplicáveis aos comissionistas, mas para todas as modalidades de salários variáveis e que remuneram na base da produção do trabalhador dentro da empresa. A interpretação restritiva não cabe, como quer parte da jurisprudência, porque afronta toda a estrutura da modalidade de pagamento que se fundamenta na produção do trabalhador. Seria como condenar a empresa a pagar o valor hora por duas vezes, o que é vedado por lei. Portanto, a lógica da Súmula 340 do C. TST, também se estende para outras formas de salário variável, remunerados por produção, sempre quando cabível, observadas as regras

de exceção acima descritas.

Na análise das horas extras, se deferidas, será observada a regra que se adegue ao caso em concreto.

Quanto a aplicação para efeito de base de cálculo da referida súmula nos pedidos lastreados na aplicação do que se contém na regra estabelecida pelo art. 71, § 4º, da CLT, tanto para efeito de apuração do quantum devido pela não observância do intervalo mínimo previsto no art. 71 da CLT, como também naquele estabelecido no art. 66 da CLT (se houver pedido neste sentido), temos que aqui a regra é única, tais horas deverão ser apuradas sobre o valor da hora acrescido do respectivo adicional, não importando, para este efeito, se a parcela a ser incidida corresponde a salário unidade-tempo ou salário-produção. A metodologia a ser aplicada é a mesma, pois a norma que prevê tal pagamento não faz qualquer distinção sobre a aplicabilidade da base de cálculo, apenas dispondo que se fará sobre o salário-hora, acrescido do respectivo adicional.

VIII – Do questionamento da pré-contratação de horas extras formulada pelo autor.

A Súmula 199 do C. TST só se aplica aos bancários, não cabendo a integração analógica pretendida pelo reclamante. Segue abaixo os termos da mesma:

“ Bancário. Pré-contratação de horas extras. (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 48 e 63 da SDI-1) – Res. N. 129/2005 – DJ 20.04.2005. I – 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), as quais não configuram pré-contratação, se após pactuadas após a admissão do bancário. (ex-Súmula 199 e ex-OJ n.48). II – Em se tratando de horas extras pré-contratadas, opera-se a prescrição total se a ação não for ajuizada no prazo de cinco anos, a partir da data em que foram suprimidas. (ex-OJ n. 63).”

Tal jurisprudência só se aplica aos bancários, porquanto o art. 225 da CLT – norma especial aplicada a essa categoria profissional -, veda a contratação de acordo habitual de prorrogação de jornada de trabalho, o que não acontece com as demais categorias profissionais. Neste último caso não existe ilicitude nenhuma com tal pré-contratação, fazendo parte da livre negociação entre os contraentes. A regra contida no artigo celetário só se destina a essa categoria, consoante termos que se seguem:

“ A duração normal de trabalho dos bancários poderá excepcionalmente prorrogada até oito horas diárias, não excedendo a quarenta horas semanais, observados os preceitos gerais sobre a duração de trabalho.”

Cuida o legislador de determinar regra diferenciada para os bancários, em função das condições especiais com que os mesmos executam suas atividades. Esta regra é restritiva, não alcançando as demais categorias profissionais.

Portanto, afasto a incidência da aplicação da Súmula 199 do C. TST, posto que inaplicável à hipótese em estudo. Ademais sequer existe acordo de pré-contratação de horas extras existente nos autos, ônus de prova que era do postulante.

IX– Das horas extras

Das alegações das partes

Afirma o demandante em sua prefacial que prestava seus serviços para a demandada, observando as seguintes jornadas de trabalho: até 31/07/2010, laborava das 06:30 até às 20:00 horas, de segunda à sexta-feira, com trinta minutos de intervalo, e nos sábados das 06:30 às 14:00 horas, em três vezes por mês iniciava as suas atividades às 05:00 horas, sendo que laborava em um domingo por mês no mesmo horário dos sábados, informando que no mês de dezembro laborava em três domingos; após tal período, laborava das 07:30 às 17:20 horas, de segunda à sexta-feira, com trinta minutos de intervalo, e nos sábados, em um domingo por mês e nos feriados das 07:30 até às 14:00 horas, com o mesmo intervalo, observando-se que

no mês de dezembro labutava três domingos por mês.

Diante o horário informado pede o pagamento das diferenças das horas extras dos dias úteis e dedicados ao seu descanso, tendo aduzido que os controles de ponto não traduzem a sua real jornada de trabalho.

Finca inicialmente a ré sua defesa no sentido de afirmar que o autor encontrava-se submetido a regra-exceção prevista no art. 62, I, da CLT, tendo aduzido que tal registro encontra-se registrado na CTPS do obreiro e na ficha de registro de empregado, pertinente ao mesmo. Reconhece que posteriormente, em face de inúmeras condenações trabalhistas passou a adotar o sistema de ponto eletrônico, contestando, porém, a jornada alegada pela parte adversa.

Da aplicação da regra contida no art. 62, I, da CLT.

Preliminarmente, entendemos que hodiernamente a regra esculpida no art. 62, I, da CLT, caducou, diante do progresso tecnológico que permite as empresas controlarem, mesmo à distância, o labor de seus empregados submetidos ao labor externo. Tal regra só faz sentido quando não existe possibilidade material da empresa controlar seus empregados, direta ou indiretamente, o que de logo fica afastado, porquanto o reclamante trabalhava com equipamento que registrava todas as visitas efetuadas pelo mesmo junto aos clientes. A par disto, o labor do mesmo era supervisionado e fiscalizado pelo supervisor, que inclusive o acompanhava em certos dias da semana em seu labor de visitas aos clientes.

Também não encontramos nos autos prova de registro da condição levantada pela empresa na CTPS do obreiro, ônus que era da vindicada, por ter levantado fato impeditivo à consagração da tese exordial. Não consta nos autos cópia da CTPS do trabalhador, com registro desta condição. Veja-se que tal exigência é requisito formal para a configuração da regra-exceções, não sendo mera faculdade do empregador, como entendem alguns juristas e parte da jurisprudência. A norma não contém termos inúteis e lá verificamos a existência do verbo dever, que corresponde a uma obrigatoriedade e não faculdade. Veja-se a seguir:

“Art. 62 -...

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;”

Vê-se que a lei impõe vários requisitos formais para a configuração da figura típica legal, tais como: incompatibilidade de controle de trabalho, anotação na CTPS do trabalhador e registro na sua ficha funcional.

Observe-se que a lei utilizou-se da conjunção “e” e não “ou”, o que afasta a opcionalidade por uma ou outra hipótese, significando adição dos três requisitos.

Por fim, ao adotar o sistema de controles de ponto, conforme confessado pela defesa, a tese se esvaí diante da contradição flagrante com a qual se apresenta. O sistema de controle de ponto é incompatível com a regra estatuída pelo art. 62, I, da CLT.

Da juntada dos controles de ponto

Com relação aos controles de ponto, foram juntados os espelhos de ponto, sendo que alguns não se encontram devidamente assinados pelo trabalhador.

Temos, portanto, por equiparação, que os documentos de registros de horários de trabalho do autor, não assinados pelo mesmo, equivale a sua não juntada, posto que competia à reclamada fiscalizar pelo procedimento de assinatura dos espelhos de ponto pelos seus funcionários. Não o fazendo, temos que tais documentos são imprestáveis como meio de prova, devendo prevalecer nos meses respectivos às jornadas declinadas pelo obreiro na prefacial e acima expostas. Tais documentos para terem validade jurídica devem ser bilaterais, contendo a assinatura do trabalhador para efeito de conferência sobre a correção dos horários labutados pelo mesmo.

Nos meses em que não foram juntados controles de ponto aos autos, atrai-se a incidência da Súmula 338 do C. TST, prevalecendo as jornadas declinadas na exordial.

Nos períodos em que existem controles de ponto nos autos e que se encontram assinados pelo reclamante, competia ao mesmo o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, conforme exegese contida no art. 818 da CLT.

O autor produziu prova testemunhal não só no sentido de se afirmarem as jornadas indicadas pelo obreiro, como também no sentido de exporem que nos espelhos de ponto não pareciam todas horas laboradas e que havia registro de compensação de horários, inclusive, com folgas, sendo que os mesmos trabalhavam nestes dias e nos horários indicados em seus depoimentos. O que se deduz que os

espelhos de ponto não se prestam como meio de prova, porquanto não refletem verdadeiramente o horário de trabalho do obreiro.

Nos períodos cobertos por controles de ponto devidamente assinados pelo autor, devem prevalecer às jornadas indicadas na atrial.

Quanto a impossibilidade de se alterar registros no sistema de ponto, tal tese não se sustenta, posto que esta possibilidade sempre existe, porquanto não existem sistemas fechados, tanto é que a própria testemunha da ré admite que o gestor pode efetuar registros no ponto do trabalhador, caso este tenha sido efetuado de forma errada, a pedido do próprio trabalhador. Muito embora essa possibilidade não signifique necessariamente a prática de fraude pela empresa, posto que uma coisa é o sistema, através de senhas especiais, permitir essas alterações, outra coisa é a efetivação das mesmas e como e porquê são realizadas. Contudo, no caso dos autos, não temos dúvidas sobre a imprestabilidade dos controles de ponto, até porque as rotinas vividas pelo trabalhador dentro da empresa não nos demonstram a possibilidade do reclamante sair no horário afirmado pela testemunha, bem como isso acontece no início da jornada de trabalho.

Neste particular nos reportamos ao laudo pericial oficial determinado em outro processo, no qual o perito nos demonstra que o sistema é vulnerável a modificações que podem ser introduzidas dentro do sistema de bancos de dados, demonstrando que os registros efetuados pelos trabalhadores pode ser alterado pela empresa. Observe-se, inclusive, que em alguns controles de ponto de trabalhadores observamos em diversos processos a consignação de intervalo para almoço, como se estivessem sido registrados pelos vendedores, quando estes se encontravam na rua.

Observe-se do item “quarto” da conclusão do laudo pericial que o experto assevera que **“ tecnologicamente é possível inserir, consultar, alterar, e/ou excluir as marcações de ponto, bem como o saldo de crédito e de débito do Banco de Horas, inclusive de meses pretéritos. Entretanto, tais operações são sempre acompanhadas por um arquivo de Log, aos moldes do ventilado no ponto 2º desta conclusão.”**

O laudo de fls. 426/591, realizado nos autos mencionados, nos revela as dificuldades pelo perito em obter acesso a materiais de suma importância para o seu trabalho, não tendo conseguido plenamente receber todo o material necessário para a sua análise.

A conclusão extraída pelo Sr. Perito vem de encontro com as afirmações dos vendedores da reclamada, bem como aos teores dos

próprios registros de ponto, que chegam ao absurdo de registrarem várias ausências do reclamante em cada mês, como compensação de sistema de banco de horas, quando do mesmo e dos demais vendedores é exigido pela empresa o cumprimento de metas, sob pena de não receberem a parte variável de sua remuneração, que se constitui no prêmio por objetivo. Saída nos meio da expediente, que também se confrontam com a lógica da perseguição destas metas e com os próprios interesses empresariais, não só de manutenção de sua clientela, como também de conquista de novos mercados.

No que pertine a inspeção realizada por este Juízo, esta foi revogada pelo mesmo, diante de decisões conflitantes nesta Egrégia Corte sobre sua validade. Mesmo que a mantivéssemos, esta apenas espelharia um dado momento, até porque a empresa insistentemente pediu pela realização deste ato, não sabendo este Juízo, se em função desta insistência, as condições de trabalho haviam se modificado posteriormente a saída do obreiro.

O que se observa também é que muitas vezes o trabalhador só vem assinar os espelhos de ponto meses após o seu labor, o que torna quase impossível o controle da veracidade do que ali se contém.

O que temos como certo é que os espelhos de ponto não se prestam como meio de prova, seja para indicar os horários trabalhados pelo obreiro, ou seja para indicar que em determinado dia o vindicante não prestou serviços efetivamente. Até porque não só pelo depoimento da testemunha do reclamante, assim como por tantos outros já prestados nesta Vara e em outras da cidade de Olinda, nos referidos espelhos encontram-se consignadas faltas justificadas ou compensações, quando o trabalhador laborou naqueles dias, o que demonstra que nem todos os dias ficava registrado o labor do trabalhador.

Assim, condenamos a demandada no pagamento das horas extras, observadas as seguintes regras: jornadas de trabalho, conforme reconhecidas pelo juízo; divisor por 220 horas; horas extras devidas, com adicional de 50%, conforme regras ali definidas; é devido o valor da hora mais o adicional de horas extras, a partir das 16:30 até o término da jornada, sobre a parte fixa e variável da remuneração, posto que neste caso o trabalhador não se encontra laborando com vendas, nada auferindo a título de produção; as horas extras até às 16:30 horas são devidas pelo valor hora mais adicional, quanto a parte fixa da remuneração, e tão somente pelo adicional quanto a parte variável da remuneração; nos sábados, as horas extras trabalhadas até às 13:00 horas obedecem a mesma metodologia aplicada as horas extras de

segunda à sexta-feira e laboradas até às 16:30 horas e a partir das 13:00 horas, nos sábados, pela mesma metodologia aplicada às horas extras laboradas a partir das 16:30 horas, referentes aos dias de segunda à sexta-feira; as horas extras de segunda à sexta-feira são devidas a partir da oitava hora diária e nos sábados a partir da quarta hora; deverão ser deduzidos os valores pagos a título de horas extras, se houver comprovação nos autos; não se autoriza compensação de dias não trabalhados, diante da impugnação acolhida quanto aos registros de ponto; e as horas extras deverão ser apuradas sobre todas parcelas de natureza salarial e que componham a remuneração do obreiro, pagas ou aqui reconhecidas em juízo, salvo com relação as horas extras pré-contratadas por ventura pagas, posto que um direito não incide sobre si mesmo; e deverão ser excluídos para efeito de condenação os períodos em que o autor se encontrava em benefício previdenciário e em atestado médico.

Habituais as horas extras e adicionais, pagas ou não, estes deverão incidir nas férias com 1/3, nos 13º salários, nos repousois semanais remunerados e no FGTS, abatendo-se o que já foi repercutido.

Tendo em vista o reflexo das horas extras e adicionais nos repousois semanais, defere-se a incidência das diferenças destes nas férias com 1/3, nos 13º salários e no FGTS.

As diferenças das férias trabalhadas e dos 13º salários deverão repercutir no FGTS.

X- Dos domingos e feriados em dobro

No item “76” da proemial o autor postula as dobras dos domingos e feriados trabalhados.

A jornada já foi fixada pelo juízo no item anterior, procedendo o pleito quanto ao pagamento em dobro dos dias laborados aos domingos e feriados federais, estaduais e municipais, observando-se quanto aos feriados e domingos as jornadas já fixadas pelo autor e reproduzidas acima na sentença, observando-se os dois períodos em que o reclamante trabalhou em jornadas diferenciadas.

Portanto, defiro, em parte, as horas trabalhadas nos dias de domingos e feriados, observados os seguintes parâmetros: horários conforme reconhecidos pelo juízo, sendo que os intervalos existentes nos dias de feriados eram de trinta minutos, e nos domingos não havia intervalo; que o trabalho ocorreu em todos os feriados do ano, salvo aqueles coincidentes com os dias de domingos e os pertinentes aos dias

primeiro de janeiro e maio; as horas trabalhadas são devidas em dobro, com o adicional de 200%; deverão ser abatidos os valores eventualmente pagos a estes títulos; não há compensação a ser deferida; e o valor deverá ser apurado com base de cálculo formada por todas as verbas de natureza salarial pagas em cada mês, salvo horas extras.

XI – Da indenização do intervalo previsto no § 4º do art. 71 da CLT.

O autor provou que dispunha de intervalo inferior a uma hora. Como os intervalos não precisam encontrar-se consignados nos registros de ponto, caberia ao mesmo realizar tal prova. Como este provou suas alegações, mediante depoimento de sua única testemunha, temos que deverá receber a indenização prevista na norma retro citada, sobre uma hora por dia trabalhado (OJ nº 307 da SDI-1 do C. TST), apurada da mesma forma que as horas extras.

Vínhamos entendendo que tal título não tem natureza salarial, não provendo as repercussões sobre as demais verbas pretendidas pelo trabalhador.

Tal entendimento lastreava-se nos seguintes argumentos abaixo fixados em negrito.

“Observe-se que muito embora tal indenização seja apurada da mesma forma que as horas extras, estas não remuneram jornada trabalhada, motivo pelo qual não podem ser consideradas como horas extras, mas, sim, como uma mera cláusula penal em desfavor da empresa, Observe-se que os intervalos mencionados no art. 71 da CLT não se computam na jornada de trabalho do obreiro. Como o pagamento de horas extras refere-se unicamente a jornadas de trabalho laboradas, não há como se considerar jornadas virtuais para efeito de pagamento de horas extras.

Vêja que se o legislador quisesse tratar tal verba como extraordinária, a teria colocado no bojo de um dos artigos celetários que tratam de horas extras e no no artigo que fala sobre o intervalo dentro da jornada.

Em que pese o termo remuneração contido

no § 4º do art. 71 da CLT, temos que verificar que nem toda verba remuneratória é revestida de natureza jurídica salarial. A remuneração do trabalho é composta por verbas salariais e não salariais. A diária, por exemplo, quando paga em valor inferior a 50% encontra-se dentro da remuneração do trabalhador, posto que não se enquadra na espécie indenização e nem por isto possui natureza salarial.

A doutrina jurídica na seara do direito do trabalho tem conferido pelo menos três sentidos diferenciados à palavra remuneração. Embora próxima umas das outras, cada qual guarda suas peculiaridades. A primeira praticamente identifica o conceito remuneração ao do salário, como se fossem expressões sinônimas e não o são. A segunda dessas acepções tende a estabelecer certa diferenciação entre as expressões: remuneração seria o gênero de parcelas contraprestativas devidas e pagas ao trabalhador em função da prestação de serviços, ao passo que salário seria a parcela contraprestativa principal paga a esse empregado no contexto do contrato. Por fim, a última corrente, observando o que dispõem os arts. 76 e 457, caput, da CLT, entende que salário seria o conjunto de parcelas contraprestativa devidas e pagas diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego. Por esta última visão salário seria toda parcela que vise a contraprestação dos serviços prestados pelo trabalhador ao seu empregador, mediante pagamento efetuado diretamente por este.

Muito embora o § 4º fala em remunerar, esta indicação é imprópria e inadequada, posto que quando o empregado usufrui intervalo inferior ao previsto em lei e labuta em jornada ordinária ou extraordinária, a remuneração daquele tempo já se encontra remunerado seja pelo pagamento da hora, quando não há jornada suplementar,

ou pelo valor da hora acrescido do adicional de horas extras, quando se caracterizar jornada extraordinária. Assim, como a lei veda pagamento em duplicidade pelo mesmo fato jurídico, o que teríamos em verdade é uma cláusula penal, que penalizaria o empregador em favor de seu empregado pelo intervalo mínimo não concedido. Importa salientar que independentemente do tempo tirado de intervalo ou a ausência de qualquer intervalo, a penalização corresponderá ao tempo fixado para o intervalo mínimo previsto na lei.

Portanto, não podemos nos apegar a pobre técnica legislativa adotada pelo legislador, para aplicar fora de um critério de racionalidade e razoabilidade, um entendimento pela mera interpretação gramatical da norma, tão pobre quanto desprovida de racionalidade.”

Contudo, modificamos nosso entendimento, passando a adotar um novo, sob os fundamentos que se seguem.

O intervalo intrajornada, seguindo melhor doutrina, é o hiato temporal destinado ao descanso e alimentação do trabalhador, concedido pelo empregador dentro da jornada diária, por força de uma obrigação legal. O intervalo constitui um dos direitos do trabalhador, dentre aqueles que perfazem o que Jorge Luiz Souto Maior denomina de “direito à desconexão, ou seja, um momento destinado à recomposição de suas energias, ao lazer, à espiritualidade, à alegria, etc. Tudo aquilo que confirma a humanidade do empregado e o distingue de uma “coisa”, de “uma máquina”.

Inicialmente, ressalvo, como já dito antes, que sempre defendi a natureza jurídica do intervalo intrajornada como sendo indenizatória, por entender que a intenção almejada pela OJ nº 307 da SDI-1 do C. TST era imprimir uma pena ao empregador pela sua não concessão ao obreiro, e tendo em vista que o seu cômputo já se encontra abrangido quando da apuração do pedido de horas extras, considerando que o reconhecimento à sua natureza salarial seria imputar ao empregador o pagamento “bis in idem” de uma mesma verba ao trabalhador.

Por outro lado. Aprofundando a análise acerca do tema, há

que se tecer maiores considerações. De fato, a natureza jurídica da condenação pela não concessão do intervalo que trata o art. 71 da CLT, não há que se confundir com a mesma natureza jurídica das horas extras, na medida em que, enquanto esta busca compensar o labor além da jornada ordinária, aquela se destina a compensar a supressão do tempo destinado ao descanso e alimentação do trabalhador. Observe-se que, mesmo não havendo ao fim de uma jornada prestação de serviços extraordinários, o direito ao pagamento do intervalo persistirá se não houver o gozo do mesmo ou se este se realizar em tempo inferior ao mínimo fixado em lei para este fim.

Não obstante o acima afirmado, interpretando-se a OJ de nº 354 da SDI-1 do C. TST em consonância com os princípios da dignidade humana do trabalhador e da proteção, é de se reconhecer a natureza jurídica do intervalo intrajornada como sendo salarial, só que sob outro fundamento daquele incidente sobre as horas extras. Na verdade, com a reforma da OJ 354, conferindo natureza salarial ao intervalo, buscou a Suprema Corte Laboral equiparar o intervalo intrajornada àqueles destinados a amainar os efeitos deletérios oriundos do labor executado sob condições adversas, mais gravosas que o comum. Assim, com o adicional de insalubridade, periculosidade e penosidade, o intervalo intrajornada tem um efeito dúplice: compensar o trabalhador pela execução de suas atividades em condição mais gravosa (não exercício ao direito à desconexão), bem como majorar o custo do empregador, com o fito de desestimulá-lo desta prática odiosa, que ao final conduz a uma reificação do homem, conforme bem salienta a teoria marxista.

Assim, também vem se posicionando a jurisprudência, conforme exemplo abaixo reproduzido:

“INTERVALO INTRAJORNADA – DESCUMPRIMENTO – DIREITO À INDENIZAÇÃO. Se a Empresa exige o retorno do trabalhador ao serviço antes do término do intervalo de descanso assegurado pela lei, ocasionando um desgaste maior ao empregado, por ainda não se haver recuperado do esforço despendido, deve indenizá-lo pela exigência suplementar. Convém destacar que o pagamento do intervalo não gozado não se confunde com o de horas extras, quando a jornada continua

inalterada no seu cômputo geral. Não se trata de reconhecimento de sobrejornada, mas do direito à indenização prevista em lei, tomando por base o valor da hora normal, acrescendo-se de 50%, (CLT, art. 71, § 4º). Recurso de revista parcialmente conhecido e desprovido (TST – RR-40523-2002-900-04-00, 4ª T., Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJU 05-9-2003).

Reverbere-se que o mesmo fato (labor no horário destinado ao repouso e alimentação) pode gerar consequências distintas e cumulativas (horas extras e pagamento de intervalos intrajornadas), sem que isso represente qualquer choque ou incompatibilidade, face à fundamentação principiológica e finalística própria de cada direito.

Desta feita e pelo tudo exposto, revendo posicionamento anterior, passo a considerar, em conformidade com o que prevê a OJ 354 da SDI-1 do C. TST, a natureza jurídica do pedido de pagamento de remuneração do intervalo intrajornada parcialmente concedido como sendo salarial, pois encontro-me agora convencido de que tal posicionamento se apresenta mais consentâneo com o direito tutelar do trabalho e mais harmonizado com toda a principiológica que norteia todo o ramo do direito constitucional e do trabalho.

Ao fim, chamo a atenção no sentido de que toda a minha história foi construída pela dinâmica da vida, da qual o avançar do pensamento se faz imprescindível na busca do conhecimento. Nunca tive medo de mudar de ideia, pois entendo que o aprisionamento do pensar, sobretudo quando fruto de uma vaidade narcísica, é como uma sentença de morte para o ser humano, pior ainda quando de um magistrado, incumbido pelo Estado de decidir vidas e não uma mera relação processual.

“Nós devemos ser a mudança que queremos ver no mundo.” Ghandi.

“Nunca melhora de estado quem muda só de lugar, mas não de vida e de hábito.” Quevedo.

Defiro, com relação a este título, as mesmas repercussões postuladas pelo autor, quanto ao pleito de horas extras.

XI – Da integração dos vales-alimentação nas demais verbas

Não procede, porquanto a reclamada comprovou nos presentes autos que se encontra cadastrada no PAT, afastando, assim, a incidência da natureza salarial da referida verba, por força da aplicação do art. 458 da CLT. Tal verba só tem natureza salarial se for originária de norma contratual. Mas tendo a ré se cadastrado no PAT, automaticamente fica afastada esta natureza jurídica. Em outros processos cheguei a considerar em sentido contrário ao que aqui concluí, porquanto nos referidos processos não havia prova neste sentido, como também já em outros firmei a mesma posição que adoto neste processo, pela comprovação pela ré do fato impeditivo do direito.

XII – Da indenização do valor dos lanches

Sempre que o autor extrapolou duas horas extras por dia, é devida a indenização do valor do lanche, no importe de R\$12,00 por dia.

XIII – Da multa convencional

Defere-se na forma preconizada pelos instrumentos coletivos de trabalho, sendo o valor fixado mensalmente pela não observação das cláusulas convencionais.

XIV – Da aplicação do art. 475-J do CPC

Aplica-se o art. 475-J do CPC, posto que exista omissão e compatibilidade de princípios entre tal regra e a CLT. A CLT não disciplina sobre cumprimento voluntário da obrigação, só o fazendo quanto ao procedimento liquidatário e a execução forçada (arts. 880 da CLT e seguintes). Quanto a sua finalidade, essa se coaduna com o princípio da máxima efetividade e da prestação jurisdicional em tempo razoável, previstos no inciso LXXVIII, do art. 5º, da Carta Magna de 88, os mesmos buscados pela CLT.

Veja-se que não há de se confundir as fases de acerto e de execução forçada com prazo para cumprimento voluntário de obrigação. A primeira se destina à liquidação do feito quando a sentença

não é líquida ou quando o é, é reformada por acórdão regional ilíquido; já os procedimentos adotados a partir do art. 880 da CLT reportam-se à execução forçada, não cabendo se falar em expedição de mandado de citação para cumprimento de obrigação voluntária.

Por outro lado, ainda que não houvesse lacuna formal, só por amor ao debate, esta existiria na sua forma axiológica, pois a regra disposta em outro ordenamento jurídico atende com mais presteza os fins e princípios buscados pelo processo laboral, estando em consonância com os princípios constitucionais do processo, da máxima efetividade e duração razoável do processo. Uma norma processual infraconstitucional deve ser interpretada à luz das normas constitucionais processuais e não ao contrário. Não podemos deixar de salientar que a integração de dada norma ao sistema jurídico a ser aplicado ao caso em concreto não só leva em conta a ideia de completude do sistema jurídico, observados os princípios que norteiam o Sistema Jurídico a ser preenchido pela lacuna existente, seja ela formal, ontológica ou axiológica, lembrando, além dos princípios já mencionados, que os princípios da proteção do crédito e da finalidade social também autorizam a aplicação da norma em estudo.

Ademais, não custamos lembrar que a lacuna axiológica encontra-se umbilicalmente ligada à laguna ontológica, convivendo ambas dentro do mesmo contexto de interpretação, posto que, geralmente ao lado do valor a ser tutelado, encontra-se o fim a ser perseguido pelo intérprete da lei. Na lacuna ontológica verificamos o fato de que determinada norma não mais atende a evolução dos fatos que a norma anterior visava disciplinar, ocorrendo em termos de regra interpretativa um anquilosamento da norma anterior que não mais atende com presteza e justiça ao que ocorre no momento de sua aplicação a determinado caso em concreto. O processo de envelhecimento da norma lhe retira a eficácia jurídica, abrindo espaço para aplicação de outra norma mais atual e mais eficaz ao caso em concreto. A norma anterior existe, tem validade, mas perde sua força de aplicação, pelo fato de que não mais atende adequadamente aos fins a que se propôs, cedendo espaço para que outra norma possa ser aplicada, por se encontrar disposta de forma mais atual e condizente com o ordenamento e princípios constitucionais.

Em que pese nossa posição ser minoritária dentro da doutrina e da jurisprudência, dela não nos afastamos, posto que entendemos que a hipótese é de mera adequação de procedimentos. Não cumprindo com a obrigação voluntária, automaticamente o

devedor já se encontrará citado para cumprir com a finalidade do art. 880 da CLT, ou seja, cumprir forçadamente a obrigação no prazo de 48 horas, com o valor da multa acrescido. Esta adequação procedimental não ofende sequer de longe o dispositivo celetário, pelo contrário, o valoriza, economizando tempo e gastos, posto que desde a decisão já se encontra citado para o cumprimento forçado, caso não opte pelo cumprimento voluntário da obrigação, evitando-se, assim, tempo e dinheiro, ao mesmo tempo em que a finalidade legal encontra-se garantida, bem como o prazo para a propositura dos embargos, caso a execução não seja fruto de sentença ou acórdão líquido.

Fixa-se a multa em 10% sobre o valor da condenação corrigida, se a ré não cumprir voluntariamente sua obrigação no prazo de 48 horas, a partir da ciência para o cumprimento da obrigação de forma voluntária.

XV- Da citação da ré

Após o prazo para cumprimento voluntário da obrigação, se essa não for cumprida, a demandada terá 48 horas para pagar a execução, valendo tal registro como citação do mesmo. Não o fazendo a execução será imediata. Tal fixação no corpo da sentença, possui respaldo na regra fixada no art. 832, §1º, da CLT, que estipula que no caso de procedência de pedidos deverão ser determinados o prazo e as condições para o seu cumprimento.

XVI – Dos honorários advocatícios

Temos como precedentes o pleito de 20% sobre a condenação corrigida, a encargo das reclamadas. O autor é beneficiário da aplicação da justiça gratuita, porquanto é pobre na forma da lei. Não pode o ordenamento jurídico tratar de forma discriminatória os hipossuficientes, só porque existe a Lei 5.584/70, aplicável ao processo do trabalho, porquanto tal tratamento fere ao princípio da isonomia de tratamento. Se o cidadão pobre pode junto à Justiça Civil e Criminal procurar advogado particular, sem perder o benefício da justiça gratuita, como tal tratamento não pode ser dado ao trabalhador pobre, só porque se encontra nesta condição? Tal resposta é óbvia, pois este tratamento discriminatório não se justifica.

Veja que os honorários advocatícios se constituem em despesas processuais e seria absurdo que o trabalhador fosse punido, retirando parte de seu crédito de natureza alimentar, para arcar com essas despesas, quando a responsabilidade pelo não adimplemento desses direitos é de seu ex-empregador.

Ademais, o devedor deverá responder pela sua mora, com o pagamento dos honorários advocatícios, conforme assim o estabelece o art. 395 do Código Civil Brasileiro, bem como pelo que prevê o art. 404 do mesmo dispositivo legal.

XVII – Da contribuição previdenciária e do imposto de renda

Não incidem para efeito previdenciário e tributário os valores devidos a título de multa e diferenças de depósitos fundiários, indenização dos lanches, indenização por danos morais e pensão vilaticia. Para efeito de apuração de imposto de renda, não incidem os juros de mora. O imposto de renda deve ser apurado mês a mês na forma determina pela Lei 12.350/2010 e Instrução Normativa RFB n. 1.127, de 07/02/2011.

A reclamada deverá recolher integralmente, sem ônus para o reclamante, com o encargo previdenciário, vez que não pagou os seus direitos dentro do prazo legal fixado para esse fim.

XVIII – Das verbas que compõem a remuneração do trabalhador e que devem ser utilizadas para o cálculo de seus direitos

As parcelas deverão ser apuradas, quando couber, pela remuneração mensal, levando-se em conta as parcelas de natureza salarial, bem como aquelas diferenças salariais aqui definidas como devidas. As parcelas que possuem natureza são o salário fixo, a parte variável dos salários, diferença salarial e repousos semanais sobre a parte variável.

XIX– Da liquidação por perícia

A liquidação deverá ser procedida na execução por perito contábil nomeado pelo juiz para esse fim, em função da complexidade dos cálculos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto e, pelo que mais dos autos consta, decide esta MM. 03ª Vara do Trabalho da cidade de Olinda, preliminarmente, acolher a preliminar de inépcia dos pedidos arguido pela defesa quanto aos pleitos fundados nos instrumentos coletivos de trabalho, extinguindo-se o processo, sem resolução de mérito, quanto aos mesmos; e, acolher, em parte, a prescrição quinquenal, declarando prescritos os direitos vencíveis e exigíveis anteriores a 26/10/2006, extinguindo o processo, com resolução de mérito, quanto aos mesmos, com a ressalva ali determinada. No mérito, julgar procedentes, em parte, os pedidos formulados por Carlos Antônio Moreira Pinto contra Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV, condenando esta a pagar àquele os títulos deferidos na fundamentação supra, que passa a integrar esta parte dispositiva, como se nela estivessem contidas, com juros e correção monetária. Observe-se quanto à contribuição previdenciária e imposto de renda o disposto na fundamentação.

Honorários advocatícios de 20% sobre a condenação corrigida, pela reclamada.

Liquidação por cálculos, pelo perito a ser nomeado, com juros e correção monetária.

Custas pela ré fixadas em R\$6.000,00, calculadas sobre R\$300.000,00, valor dado à causa a este fim.

Observe-se quanto à citação para cumprimento forçado da execução, o disposto na fundamentação.

Cientes as partes. Intime-se a União Federal, se couber.

E, para constar foi lavrada esta ata, que segue assinada.

ROBERTO DE FREIRE BASTOS
JUIZ FEDERAL DO TRABALHO

Relatório

Escola Judicial

Relatório 2013

I. ATIVIDADES DE FORMAÇÃO

I.1 AÇÕES DE CAPACITAÇÃO EM PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

MAGISTRADOS

Treinamento em Processo Judicial Eletrônico para Juízes de 1º Grau – Presencial (16 horas-aula)

Turma 4: 08 e 09 de janeiro de 2013

Participantes: 08 juízes de 1º grau

Turma 5: 10 e 11 de janeiro de 2013

Participantes: 10 juízes de 1º grau

Turma 6: 21 e 22 de março de 2013

Participantes: 05 juízes de 1º grau

Turma 7: 06 e 07 de maio de 2013

Participantes: 08 juízes de 1º grau

Turma 8: 30 de setembro e 1º de outubro de 2013 (1ª a 11ª VT Recife)

Participantes: 09 juízes de 1º grau

Turma 9: 30 de setembro e 1º de outubro de 2013 (1ª a 11ª VT Recife)

Participantes: 12 juízes de 1º grau

Turma 10: 23 e 24 de outubro de 2013 (12ª a 23ª VT Recife)

Participantes: 05 juízes de 1º grau

Turma 11: 23 e 24 de outubro de 2013 (12ª a 23ª VT Recife)

Participantes: 13 juízes de 1º grau

Turma 12: 07 e 08 de novembro de 2013

Participantes: 05 juízes de 1º grau

Treinamento em Processo Judicial Eletrônico para Juízes de 1º Grau – EAD (10 horas-aula)

Turma 3: 09 a 23 de janeiro de 2013

Participantes: 11 juízes de 1º grau

Turma 4: 24 de janeiro a 06 de fevereiro de 2013

Participantes: 05 juízes de 1º grau

Turma 5: 07 a 25 de fevereiro de 2013

Participantes: 07 juízes de 1º grau

Turma 6: 01 a 12 de abril de 2013

Participantes: 03 juízes de 1º grau

Turma 7: 27 de maio a 07 de junho de 2013

Participantes: 03 juízes de 1º grau

Turma 8: 02 a 30 de outubro de 2013 (1ª a 11ª VT Recife)

Participantes: 13 juízes de 1º grau

Turma 9: 02 de outubro a 1º de novembro de 2013 (12ª a 23ª VT Recife)

Participantes: 09 juízes de 1º grau

Curso de Editor Estruturado de Voto

Desembargadores: 19 de março de 2013

Carga Horária: 4 horas-aula

Participantes: 10 desembargadores e 06 juízes de 1º grau

Juízes de 1º grau: 08 de março de 2013

Carga Horária: 2 horas-aula

Participantes: 26 juízes de 1º grau

SERVIDORES

Palestras de Apresentação do Processo Judicial Eletrônico nas Varas do Trabalho (Carga Horária: 3 horas-aula)

Palmares: 14 de janeiro de 2013

Cabo de Santo Agostinho: 18 de janeiro de 2013

Vitória de Santo Antão: 12 de março de 2013

Nazaré da Mata: 08 de abril de 2013

São Lourenço da Mata: 12 de abril de 2013

Olinda: 03 de maio de 2013

Caruaru: 28 de maio de 2013

**Curso de Formação de Servidores Multiplicadores
em Processo Judicial Eletrônico de 1º Grau -
Ferramentas do Sistema (32 horas-aula)**

Turma 1 - Dias 04, 05, 11 e 12 de março de 2013

Participantes: 14 servidores

Turma 2 - Dias 22 a 25 de abril de 2013 (1ª a 6ª VT Recife)

Participantes: 15 servidores

Turma 3 - Dias 10 a 13 de junho de 2013 (7ª a 15ª VT Recife)

Participantes: 18 servidores

Turma 4 - Dias 10 a 13 de junho de 2013 (16ª a 23ª VT Recife)

Participantes: 16 servidores

Curso Regular de Processo Judicial Eletrônico para Servidores

Vitória de Santo Antão

Módulo Geral: 19 a 21 de março de 2013

Carga horária: 32 horas-aula

Participantes: 15 servidores

Módulo de Audiência: 22 de março de 2013

Carga Horária: 04 horas-aula

Participantes: 10 servidores

Módulo de Oficiais de Justiça: 22 de março de 2013

Carga horária: 04 horas-aula

Participantes: 02 servidores

Módulo em EaD: 25 de março a 19 de abril de 2013

Carga horária: 20 horas-aula

Participantes: 02 servidores

Nazaré da Mata

Módulo Geral: 01 a 04 abril de 2013

Carga horária: 32 horas-aula

Participantes: 13 servidores

Módulo de Audiência: 05 de abril de 2013

Carga horária: 08 horas-aula

Módulo de Oficiais de Justiça: 12 de abril de 2013

Carga horária: 04 horas-aula

Participantes: 06 servidores

Módulo em EaD: 08 de abril a 03 de maio de 2013

Carga horária: 10 horas-aula

Participantes: 01 servidor

São Lourenço da Mata

Módulo Geral: 15 a 18 de abril de 2013

Carga horária: 32 horas-aula

Participantes: 11 servidores

Módulo de Audiência: 19 de abril de 2013

Carga horária: 08 horas-aula

Participantes: 11 servidores

Módulo de Oficiais de Justiça: 12 de abril de 2013

Carga horária: 04 horas-aula

Participantes: 05 servidores

Módulo em EaD: 22 de abril a 10 de maio de 2013

Carga horária: 10 horas-aula

Participantes: 07 servidores

Olinda

Módulo Geral: 32 horas-aula

• **Turma 1 – EJ** – 06 a 09 de maio de 2013

Participantes: 22 servidores

• **Turma 2 – Sede** – 06 a 09 de maio de 2013

Participantes: 15 servidores

Módulo de Audiência: 10 de maio de 2013

Carga horária: 08 horas-aula

Participantes: 13 servidores

Módulo de Oficiais de Justiça: 12 de abril de 2013

Carga horária: 04 horas-aula

Participantes: 06 servidores

Módulo em EaD: 10 horas-aula

• **Turma 1:** 30 de maio a 28 de junho de 2013

Participantes: 02 servidores

• **Turma 2:** 30 de maio a 28 de junho de 2013

Participantes: 10 servidores

Caruaru - Etapa Presencial

Módulo Geral: 20 de maio de 2013

Carga horária: 08 horas-aula

Participantes: 33 servidores

Módulo de Audiência: 21 de maio de 2013

Carga horária: 08 horas-aula

Participantes: 19 servidores

Módulo de Oficial de Justiça: 21 de maio de 2013

Carga horária: 04 horas-aula

Participantes: 06 servidores

Módulo de Gerenciamento de Vara Eletrônica: 22 de maio de 2013
Carga horária: 08 horas-aula
Participantes: 22 servidores

Escada

Módulo Geral: 03 a 06 de junho de 2013

Carga horária: 32 horas-aula

Participantes: 21 servidores

Módulo de Audiência: 07 de junho de 2013

Carga horária: 08 horas-aula

Participantes: 07 servidores

Módulo de Oficiais de Justiça: 07 de junho de 2013

Carga horária: 04 horas-aula

Participantes: 06 servidores

Módulo em EaD: 10 de junho a 01 de julho de 2013

Carga horária: 10 horas-aula

Participantes: 15 servidores

Curso Complementar em EaD: 30 de setembro a 1º de novembro de 2013

Participantes: 02 servidores

Barreiros

Módulo Geral: 25 a 28 de junho de 2013

Carga horária: 32 horas-aula

Participantes: 26 servidores

Módulo de Audiência: 01 de julho de 2013

Carga horária: 04 horas-aula

Participantes: 26 servidores

Módulo de Oficiais de Justiça: 07 de junho de 2013

Carga horária: 04 horas-aula

Participantes: 05 servidores

Módulo em EaD: 03 a 30 de julho de 2013

Carga horária: 10 horas-aula

Participantes: 24 servidores

Recife

Módulo de Oficiais de Justiça: 08 horas-aula

• **Turma 1 – EJ:** 16 de setembro de 2013

Participantes: 15 servidores

• **Turma 2 – Sede:** 16 de setembro de 2013

Participantes: 13 servidores

• **Turma 3 – EJ:** 17 de setembro de 2013

Participantes: 13 servidores

• **Turma 4 – Sede:** 17 de setembro de 2013

Participantes: 16 servidores

Módulo de Distribuição dos Feitos: 08 horas-aula

• **Turma 1:** 20 de setembro de 2013

Participantes: 11 servidores

• **Turma 2:** 27 de setembro de 2013

Participantes: 17 servidores

Módulo de Audiência: 12 horas-aula

• **Turma 1 - EJ:** 02 e 07 de outubro de 2013 (1ª a 6ª VT Recife)

Participantes: 24 servidores

• **Turma 2 - TRT:** 02 e 07 de outubro de 2013 (7ª a 11ª VT Recife)

Participantes: 22 servidores

• **Turma 3 - EJ:** 21 e 22 de outubro de 2013 (11ª a 17ª VT Recife)

Participantes: 22 servidores

• **Turma 4 - TRT:** 21 e 22 de outubro de 2013 (18ª a 23ª VT Recife)

Participantes: 21 servidores

Módulo de Gerenciamento de Vara Eletrônica: 12 horas-aula

• **Turma 1 - EJ:** 03 e 04 de outubro de 2013 (1ª a 6ª VT Recife)

Participantes: 25 servidores

• **Turma 2 - TRT:** 03 e 04 de outubro de 2013 (7ª a 11ª VT Recife)

Participantes: 19 servidores

• **Turma 3 - EJ:** 22 e 25 de outubro de 2013 (12ª a 17ª VT Recife)

Participantes: 24 servidores

• **Turma 4 - EJ:** 22 e 25 de outubro de 2013 (18ª a 23ª VT Recife)

Participantes: 22 servidores

Módulo em EaD:

• **1ª a 11ª VT's do Recife:** 05 de julho a 27 de setembro

Carga Horária: 12 horas-aula

Participantes: 97 servidores

• **12ª a 23ª VT's do Recife:** 05 de julho a 18 de outubro

Carga Horária: 15 horas-aula

Participantes: 110 servidores

Turma Extra para Novos Servidores

Módulo Geral: 18 a 21 de novembro

Carga Horária: 32 horas-aula

Participantes: 24 servidores

**Curso de Processo Judicial Eletrônico
para Servidores da Corregedoria**

Dias 29 a 31 de janeiro de 2013

Carga Horária: 12 horas-aula

Participantes: 11 servidores

Curso: Editor Estruturado de Voto

Assessores da 2ª e 3ª Turmas: 14 de março de 2013

Carga Horária: 4 horas-aula

Participantes: 25 servidores

Assessores da 1ª e 4ª Turmas: 15 de março de 2013

Carga Horária: 4 horas-aula

Participantes: 22 servidores

Servidores das Turmas e Pleno do TRT6: 05 de abril de 2013

Carga Horária: 03 horas-aula

Participantes: 12 servidores

Equipe do Gabinete do

Desembargador Pedro Paulo Nóbrega: 04 de junho de 2013

Carga Horária: 03 horas-aula

Participantes: 01 servidor e 2 magistrados

Servidores do Novo Gabinete

(Desembargador Fábio André de Farias): 06 de junho de 2013

Carga Horária: 02 horas-aula

Participantes: 02 servidores e 1 magistrado

Monitoria Assistida em Processo Judicial Eletrônico

Varas do Trabalho de Caruaru (Projeto Piloto):

15 de março a 10 de maio de 2013 (aulas às sextas-feiras)

Carga Horária: 16 horas-aula

Participantes: 39 servidores

Varas do Trabalho do Recife:

05 de julho a 27 de setembro de 2013 (aulas às sextas-feiras)

Carga Horária: 26 horas-aula

Participantes: 265 servidores

**Processo Judicial Eletrônico para Servidores das VT's Caruaru -
EaD (Acompanhando a Monitoria Assistida)**

05 de março a 10 de maio de 2013

Carga Horária: 16 horas-aula

Participantes: 39 servidores

Palestra de Apresentação da Implantação do PJe-JT para Diretores das Varas do Trabalho do Recife

15 de maio de 2013

Carga Horária: 03 horas-aula

Participantes: 23 servidores

Curso de Processo Judicial Eletrônico para Servidores de Gabinetes

Carga Horária: 24 horas-aula

Turma 1: 31 de julho, 01 e 02 de agosto de 2013

Participantes: 21 servidores

Turma 2: 14 a 16 de agosto de 2013

Participantes: 22 servidores

Curso de Processo Judicial Eletrônico 2º grau - Recurso de Revista e Agravo de Instrumento para Servidores

Carga Horária: 32 horas-aula

Turma 1: 18 a 21 de novembro

Turma 2: 26 a 29 de novembro

I.2 OUTRAS AÇÕES DE CAPACITAÇÃO

Curso de Formação de Didático-Pedagógica para Facilitadores de Aprendizagem (20 horas-aula)

Turma 1: 18 a 20 de fevereiro de 2013

Participantes: 16 servidores

Turma 2: 25 a 27 de fevereiro de 2013

Participantes: 11 servidores

Turma 3: 29 de abril a 03 de maio de 2013 (1ª a 6ª VT Recife)

Participantes: 13 servidores

Turma 4: 14, 17 e 28 de junho de 2013 (7ª a 15ª VT Recife)

Participantes: 17 servidores

Turma 5: 18, 20 e 28 de junho de 2013 (16ª a 23ª VT Recife)

Participantes: 15 servidores

Palestra – 1ª Sexta-feira Jurídica: Crimes contra a administração da Justiça, Crimes Contra a Organização do Trabalho e Prisão em Flagrante – Visão da Polícia Federal

22 de março de 2013

Carga Horária: 04 horas-aula

Participantes: 02 desembargadores, 9 juízes de 1º grau e 22 servidores

Curso de Elaboração de Minutas de Decisões em Dissídio Coletivo, Agravo Regimental, Mandado de Segurança, Ação Rescisória e Tutelas de Urgência

08 a 19 de abril de 2013

Carga Horária: 36 horas-aula

Turma 1: Dias 08 a 19 de abril de 2013 (Manhã)

Participantes: 19 servidores

Turma 2: Dias 08 a 19 de abril de 2013 (Tarde)

Participantes: 10 servidores

Curso de Noções Básicas de Processo do Trabalho

Público-alvo: Servidores que participaram do Módulo Geral do curso de Pje-JT

Carga Horária: 08 horas-aula

Turma 1 - Dia 19 de abril de 2013

Participantes: 11 servidores

Turma 2: Dia 10 de maio de 2013

Participantes: 13 servidores

Turma 3: Dia 07 de junho de 2013

Participantes: 08 servidores

Turma 4: Dia 1ª de julho de 2013

Participantes: 06 servidores

Turma 5: Dia 1ª de outubro de 2013

Participantes: 21 servidores

Turma 6: Dia 24ª de outubro de 2013

Participantes: 06 servidores

Palestras da 2ª Sexta-feira Jurídica: A Saúde do Trabalhador como um Direito Humano e Acidente do Trabalho e Reparação Moral Não Pecuniária – uma perspectiva bioética (comemoração aos 70 anos da CLT)

26 de abril de 2013

Carga Horária: 08 horas-aula

Participantes: Manhã - 5 juízes de 1º grau, 14 servidores e 6 participantes externos; Tarde - 4 juízes de 1º grau, 15 servidores e 3 participantes externos.

9º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados

20 a 24 de maio de 2013

Participantes: Curso 1 - 101 juízes e 10 servidores; Curso 2 – 98 juízes e 10 servidores; Curso 3 – 89 juízes

Carga Horária: 40 horas-aula

Treinamento para Calculistas – Parametrização no Direito do Trabalho: critérios e metodologia para apuração e cálculo de créditos trabalhistas e previdenciários

Carga Horária: 20 horas-aula

Turma 1: 20 a 24 de maio de 2013 (Manhã)

Participantes: 23 servidores

Turma 2: 20 a 24 de maio de 2013 (Tarde)

Participantes: 18 servidores

Curso sobre Regimes Próprios de Previdência Social para Magistrados – EaD

29 de maio a 25 de junho de 2013

Participantes: 11 juízes de 1º grau

Carga Horária: 32 horas-aula

Palestras da 3ª Sexta-feira Jurídica – Os novos direitos trabalhistas reconhecidos ao empregado doméstico (manhã) e A aplicação de tratados e convenções internacionais pelo Juiz do Trabalho (tarde)

14 de junho de 2013

Carga Horária: 08 horas-aula

Participantes: Manhã – 5 desembargadores, 9 juízes de 1º grau e 39 servidores;

Tarde – 3 desembargadores, 5 juízes de 1º grau e 17 servidores

Curso de Formação de Tutores em EaD: Uso da Ferramenta Moodle

10 e 11 de julho de 2013

Carga Horária: 16 horas-aula

Participantes: 13 servidores

Curso de Cálculos Trabalhistas de 2º Grau

Dias 08 e 09 de agosto de 2013

Carga Horária: 16 horas-aula

Participantes: 19 servidores

Palestra – O Sistema Recursal no novo CPC e possíveis reflexos no Processo do Trabalho

22 de agosto de 2013

Carga Horária: 03 horas-aula

Participantes: 04 Desembargadores, 03 Juízes de 1º Grau e 38 servidores

10º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados

21 a 25 de outubro de 2013

Curso 1 – A Justiça do Trabalho na Sociedade

Pós-Moderna: dia 21 de outubro

Carga Horária: 08 horas-aula

Participantes: 01 desembargador e 80 juízes de 1º grau

Curso 2 – Técnicas de Conciliação: dia 22 de outubro

Carga Horária: 08 horas-aula

Participantes: 81 juízes de 1º grau

Curso 3 – Seminário sobre Perícias

(em parceria com o GETRIN6): dias 23 e 24 de outubro

Carga Horária: 16 horas-aula

Participantes: 01 desembargador e 78 juízes de 1º grau

Curso 4 – Execução Trabalhista: dia 25 de outubro

Carga Horária: 08 horas-aula

Participantes: 01 desembargador e 79 juízes de 1º grau

Efetividade da Execução Trabalhista (EaD)

De 04 de novembro a 17 de dezembro de 2013

Carga Horária: 40 horas-aula

Participantes: 01 desembargador e 14 juízes de 1º grau

2. PARTICIPAÇÃO EM EVENTOS

FÓRUM CNJ – O projeto pioneiro, desenvolvido pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (EJ-TRT6) para treinamento dos servidores no Processo Judicial Eletrônico (PJe-JT), foi apresentado no 5º Fórum de Educação a Distância do Poder Judiciário. O evento, que aconteceu nos dias 28, 29 e 30 de outubro, em Brasília, foi promovido pelo Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário (CEAJUD), instituição vinculada ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Concorrendo com trabalhos de todo Judiciário nacional, a metodologia da EJ-TRT6 foi um dos dois trabalhos selecionados pela comissão do Fórum de Educação a Distância do CNJ. O evento, que ocorre desde 2009, contribui para integrar as unidades de educação dos Tribunais brasileiros e para difundir a EaD como uma ferramenta para o desenvolvimento profissional. Somente nessa 5ª edição, houve espaço para inscrição de projetos, batizados pelos organizadores de “Relatos de Experiência Inovadora”.

CONECJUS – A Escola Judicial foi selecionada para apresentar dois trabalhos III Congresso Brasileiro de Educação Corporativa do Judiciário

(*CONECJUS 2013*), realizado nos dias 05 e 06 de dezembro, em São Paulo. O congresso foi promovido pelo Fórum Brasileiro de Educação Corporativa do Judiciário (FECJUS), pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região e pelo Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (CONEMATRA), e teve como tema central “Desafios para Educação Corporativa no Judiciário”.

s projetos vencedores, inscritos, respectivamente, nas Categorias Formação de Magistrado e Ensino a Distância (EaD), foram “Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados (Capacitação semestral continuada para Juízes e Desembargadores do TRT da 6ª Região-PE)” e “Capacitação no formato blended (presencial e EAD) no uso do Processo Judicial Eletrônico (PJe-JT) no 1º Grau” - desenvolvida nas 23 Varas Trabalhistas do Fórum do Recife.