



EJTRT6

Escola Judicial do
Tribunal Regional do Trabalho
da Sexta Região

ISSN
0524-4102



Revista do **TRT6**

Recife PE . 2011 . Vol 21 **Nº 38**

Revista
do **TRT6**

Revista do TRT6

Recife PE . 2011 . Vol 21 N° 38

COORDENAÇÃO EDITORIAL

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

DES. Pedro Paulo Pereira Nóbrega
Diretor

JUIZ Agenor Martins Pereira
Coordenador Geral

JUIZ Rodrigo Samico Carneiro
Coordenador Adjunto

EQUIPE TÉCNICA

Gutemberg Soares
Jornalista DRT- PE 2475

Florisvalda Rodrigues dos Santos
Bibliotecária

Revisão
Eugenio Pacelli

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

foto da capa
Stela Maris

APOIO

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

CORRESPONDÊNCIA

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

Copyright 2009 by TRT da 6ª Região-PE

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

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

Anual

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

1. Direito do trabalho - periódico.

CDD 341.605

Conselho Editorial

ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO

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

EVERALDO GASPAR LOPES DE ANDRADE

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

DOMINGOS SÁVIO ZAINAGHI

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

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

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

GIANCARLO PERONE

Jurista italiano, advogado e professor da Universidade de Roma

JOÃO MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO

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

JOSÉ SOARES FILHO

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

JUAN MARIA RAMÍREZ MARTÍNEZ

Jurista espanhol, professor catedrático da Universidade de Valência

SERGIO TORRES TEIXEIRA

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

SOLÓN HENRIQUES DE SÁ E BENEVIDES

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

YONE FREDIANI

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

Sumário

Apresentação 13

Composição 19

Doutrina

1 A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEGISLAÇÃO COMUM NA EXECUÇÃO TRABALHISTA, A JORNADA SOBRE A EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO E O ANTEPROJETO DO TST QUE ALTERA A EXECUÇÃO TRABALHISTA 35
Marcílio Florêncio Mota

2 O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO 65
Geraldo Magela Melo

3 A PENHORABILIDADE DE SALÁRIOS, PENSÕES E PROVENTOS DE APOSENTADORIA NAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS 81
Marcel Lopes Machado

**4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
E A NOVA SÚMULA N. 331 DO TST:
A QUESTÃO DA FISCALIZAÇÃO
E A CULPA *IN VIGILANDO*** 90
Bruno Santos Cunha

**5 A PÓS-MODERNIDADE E
A NECESSÁRIA REDESIGNAÇÃO
DO CONCEITO DE
“ACESSO À JUSTIÇA”** 107
Nelson Hamilton Leiria

**6 RELAÇÕES DE GÊNERO,
TRABALHO E
NÃO-DISCRIMINAÇÃO:
UMA ABORDAGEM DA
CONCRETIZAÇÃO
DO PRINCÍPIO DA
IGUALDADE SUBSTANTIVA** 130
Humberto Lima de Lucena Filho

**7 EMPREGABILIDADE:
CRISE OU MUDANÇA
DE PARADIGMA.
UMA TEMÁTICA GLOBAL** 153
Sandra Dubeux Mattos

**8 O CONSTITUCIONALISMO
COMUNITÁRIO E O
PROTAGONISMO
DO PODER JUDICIÁRIO:
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES
SOBRE O DILEMA DA
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA** 172
Carolina de Oliveira Pedrosa

Jurisprudência

Acordãos 197

Súmulas 299

Sentenças 307

Relatório - Escola Judicial 347

Apresentação

A *Revista do TRT da Sexta Região*, periódico que se tornou uma referência para a comunidade jurídica pernambucana, alcança sua 38ª edição – a terceira sob a coordenação editorial da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (EJ-TRT6).

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a Justiça do Trabalho passou a contar com um valioso instrumento de promoção de seleção, formação e aperfeiçoamento de seus magistrados, mediante a instituição obrigatória de uma Escola Nacional junto ao Tribunal Superior do Trabalho, com a colaboração sintonizada das Escolas Judiciais existentes nos Tribunais Regionais do Trabalho.

Esse Sistema Integrado de Formação de Magistrados do Trabalho tem como principal finalidade proporcionar o conhecimento teórico e prático para o exercício da magistratura, e como requisito ao vitaliciamento, organizando cursos de relevância envolvendo as mais variadas disciplinas a fim de assegurar a sua qualificação profissional.

De conformidade com o Estatuto da ENAMAT juntam-se a essas atribuições do sistema a promoção de cursos de formadores para qualificação dos profissionais de ensino, o desenvolvimento das atividades de ensino e estudos, diretamente ou através de convênio com Escolas de Magistratura ou outras instituições nacionais ou estrangeiras.

Essas ações são meramente exemplificativas, não se esgotam no planejamento estatutário em apreço, de sorte que, aos integrantes do Sistema incumbe complementá-las dentro do seu objetivo maior que, inequivocamente, é o aperfeiçoamento do magistrado ao longo de toda sua carreira profissional, e com isso atingir o desejado nível de qualidade na prestação jurisdicional.

Entendeu a direção desta Escola Regional que dentre essas atividades se encaixaria perfeitamente um veículo de comunicação, dinâmico e atualizado, destinado a repercutir a doutrina e a jurisprudência dos nossos operadores do Direito, em especial aqueles que compõem o quadro de magistrados da Sexta Região da Justiça do Trabalho, tornando-o um instrumento de fomento ao bom debate.

Com esse propósito, além da tradicional *Revista do TRT da Sexta Região*, em sua versão impressa, que ora apresentamos, lançamos, em junho passado, a nossa Revista Eletrônica, através da qual descortinam-se decisões dos órgãos jurisdicionais brasileiros, com ênfase àquelas proferidas pelos da Sexta Região da Justiça do Trabalho, artigos doutrinários, atualização legislativa, informativos de interesse da nossa comunidade jurídica, enfim, tudo aquilo que se considere relevante ao conhecimento da magistratura trabalhista pernambucana, e sobretudo num ambiente de liberdade intelectual absolutamente real.

O seu lançamento contou com a valiosa colaboração da Coordenação, do Conselho Consultivo e dos Servidores desta Escola, e ainda com o inestimável apoio do Desembargador André Genn de Assunção Barros, Presidente deste Tribunal, coincidindo com a realização do nosso *5º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados*.

Nesse contexto, as revistas do TRT6 – tanto em seu formato eletrônico, quanto na versão impressa, em forma de livro – devem ser compreendidas como um importante material de apoio à formação e

aperfeiçoamento de magistrados na medida em que representa bibliografia referencial para consulta, sendo repositório de textos cuja leitura é de significativa relevância ao seu aprimoramento profissional e de selecionada jurisprudência da Sexta Região da Justiça do Trabalho.

Espero que todos tenham um bom proveito com a leitura da 38ª edição da *Revista do TRT da Sexta Região*, e com ela colaborem, no futuro, apresentando matérias que compõem o seu objetivo.

Recife, outubro / 2011

Desembargador Pedro Paulo Pereira Nóbrega
DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL DO TRT DA 6ª REGIÃO

Composição

Composição

DESEMBARGADORES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIÃO

PRESIDENTE

André Genn de Assunção Barros

VICE-PRESIDENTE

Maria Helena Guedes Soares de Pinho Maciel

CORREGEDORA

Gisane Barbosa de Araújo

TRIBUNAL PLENO

Nelson Soares Júnior

Josélia Moraes da Costa

Eneida Melo Correia de Araújo

Maria Helena Guedes Soares de Pinho Maciel

André Genn de Assunção Barros

Ivanildo da Cunha Andrade

Gisane Barbosa de Araújo

Pedro Paulo Pereira Nóbrega
Virgínia Malta Canavarro
Valéria Gondim Sampaio
Ivan de Souza Valença Alves
Valdir José Silva de Carvalho
Acácio Júlio Kezen Caldeira
Dione Nunes Furtado da Silva
Dinah Figueirêdo Bernardo
Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino
Nise Pedroso Lins de Souza
Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura

Primeira Turma

PRESIDENTE

Nelson Soares Júnior

Desembargadores

Ivan de Souza Valença Alves
Ruy Salathiel de Albuquerque e Mello Ventura
(vago)

Segunda Turma

PRESIDENTE

Eneida Melo Correia de Araújo

Desembargadores

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

Terceira Turma

PRESIDENTE

Valéria Gondim Sampaio

Desembargadores

Virgínia Malta Canavarro

Valdir José Silva de Carvalho

Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino

Quarta Turma**PRESIDENTE**

Pedro Paulo Pereira Nóbrega

Desembargadores

Dione Nunes Furtado da Silva

Dinah Figueirêdo Bernardo

Nise Pedroso Lins de Souza

**JUIZ OUVIDOR E CONCILIADOR
DA SEGUNDA INSTÂNCIA**

Guilherme de Moraes Mendonça

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

Desembargador Pedro Paulo Pereira Nóbrega

COORDENADOR GERAL

Juiz Agenor Martins Pereira

COORDENADORES ADJUNTOS

Juíza Ana Maria Aparecida de Freitas

Juiz Rodrigo Samico Carneiro

Juiz Marcílio Florêncio Mota

CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Presidente do TRT6, André Genn de Assunção Barros

Desembargador Diretor da EJ-TRT6, Pedro Paulo Pereira Nóbrega

Desembargadora Corregedora do TRT6, Gisane Barbosa de Araújo

Juiz Agenor Martins Pereira

Juiz Marcílio Florêncio Mota

JUIZES TITULARES DAS 61 VARAS DO TRABALHO DE PERNAMBUCO

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

1ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Yolanda Polimeni de Araújo Pinheiro

2ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Agenor Martins Pereira

3ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Maria do Socorro Silva Emerenciano

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

Patrícia Coelho Brandão Vieira

9ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Theodomiro Romeiro dos Santos

10ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Ana Cristina da Silva Ferreira Lima

11ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Virgínia Lúcia de Sá Bahia

12ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Hugo Cavalcanti Melo Filho

13ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Larry da Silva Oliveira Filho

14ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Roberta Corrêa de Araújo Monteiro

15ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Gilvanildo de Araújo Lima

16ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Paula Regina de Queiroz Monteiro G. Muniz

17ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Walkíria Miriam Pinto de Carvalho

18ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Solange Moura de Andrade

19ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Fernando Cabral de Andrade Filho

20ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

Alberto Carlos de Mendonça

21ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

José Luciano Alexo da Silva

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

Renata Lapenda Rodrigues de Melo

2ª VARA DO TRABALHO DE BARREIROS

(vago)

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

Amaury Oliveira Xavier Ramos Filho

1ª VARA DO TRABALHO DE CARUARU

Andréa Keust Bandeira de Melo

2ª VARA DO TRABALHO DE CARUARU

José Wilson da Fonseca

3ª VARA DO TRABALHO DE CARUARU

Maria das Graças de Arruda França

VARA DO TRABALHO DE CATENDE

Bernardo Nunes da Costa Neto

VARA DO TRABALHO DE ESCADA

Rogério Freyre Costa

VARA DO TRABALHO DE GARANHUNS

Murilo Augusto Araujo de Alencar

VARA DO TRABALHO DE GOIANA

Virgínio Henriques de Sá e Benevides

VARA DO TRABALHO DE IGARASSU

Ibrahim Alves da Silva Filho

1ª VARA DO TRABALHO DE IPOJUCA

Sérgio Murilo de Carvalho Lins

2ª VARA DO TRABALHO DE IPOJUCA

Renata Lima Rodrigues

1ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

Maria de Betânia Silveira Villela

2ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

Sergio Torres Teixeira

3ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

Aurélio da Silva

4ª VARA DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

Ana Cláudia Petruccelli de Lima

VARA DO TRABALHO DE LIMOEIRO

Paulo Dias de Alcântara

VARA DO TRABALHO DE NAZARÉ DA MATA

Robson Tavares Dutra

1ª VARA DO TRABALHO DE OLINDA
Mayard de França Saboya Albuquerque

2ª VARA DO TRABALHO DE OLINDA
Martha Cristina do Nascimento Cantalice

3ª VARA DO TRABALHO DE OLINDA
Roberto de Freire Bastos

VARA DO TRABALHO DE PALMARES
Antônio Wanderley Martins

1ª VARA DO TRABALHO DE PAULISTA
Marcílio Florêncio Mota

2ª VARA DO TRABALHO DE PAULISTA
Maria Consolata Rego Batista

VARA DO TRABALHO DE PESQUEIRA
(vago)

1ª VARA DO TRABALHO DE PETROLINA
Plaudenice Abreu de Araújo Barreto Vieira

2ª VARA DO TRABALHO DE PETROLINA
George Sidney Neiva Coelho

VARA DO TRABALHO DE RIBEIRÃO
Aline Pimentel Gonçalves

VARA DO TRABALHO DE SALGUEIRO
Patrícia Pedrosa Souto Maior

VARA DO TRABALHO DE SÃO LOURENÇO DA MATA
Celivaldo Varejão Ferreira de Alcântara

VARA DO TRABALHO DE SERRA TALHADA
Andréa Cláudia de Souza

VARA DO TRABALHO DE TIMBAÚBA

Ana Isabel Guerra Barbosa Koury

VARA DO TRABALHO DE VITÓRIA DE SANTO ANTÃO

Ana Catarina Cisneiros Barbosa de Araújo

JUÍZES SUBSTITUTOS

Judite Galindo Sampaio Curchatuz

Guilherme de Moraes Mendonça

Ana Maria Soares Ribeiro de Barros

Sohad Maria Dutra Cahú

Gustavo Augusto Pires de Oliveira

Juliana Lyra Barbosa

Josimar Mendes da Silva

Fábio José Ribeiro Dantas Furtado

Tânia Regina Chenk Allatta

Luciana Paula Conforti

Maria José de Souza

André Luiz Machado

Ana Maria Aparecida de Freitas

Walmart Soares Chaves

Marília Gabriela Mendes Leite de Andrade

Márcia de Windsor Nogueira

Kátia Keitiane da Rocha Porter

Rosa Melo Machado

Regina Maura Maciel Lemos Adrião

Cristina Figueira Callou da Cruz Gonçalves

Danielle Lira Pimentel

Ester de Souza Araújo Furtado

Cláudia Christina Santos Rodrigues de Lima

Gustavo Henrique Cisneiros Barbosa

José Adelmy da Silva Acioli

Saulo Bosco Souza de Medeiros

Ilka Eliane de Souza Tavares

Carla Santana de Souza Rodrigues

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

Bruna Gabriela Martins Fonseca
Levi Pereira de Oliveira
Evandro Euler Dias
Edgar Gurjão Wanderley Neto
Wladimir Paes de Castro
Debora Borges Koerich

DIRETORES ADMINISTRATIVOS

SECRETÁRIO-GERAL DA PRESIDÊNCIA

Ayrton Carlos Porto Júnior

SECRETÁRIA DO TRIBUNAL PLENO

Nyédjá Menezes Soares de Azevedo

DIRETOR-GERAL DE SECRETARIA

Wladimir de Souza Rolim

SECRETÁRIO DA CORREGEDORIA

Antônio Castilhos Pedrosa

DIRETOR DA SECRETARIA DE INFORMÁTICA

João Adriano Pinheiro de Sousa

DIRETOR DA SECRETARIA DE ORÇAMENTO E FINANÇAS

Flávio Romero Mendes de Oliveira

DIRETORA DA SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS

Eliane Farias Remígio Marques

DIRETOR DA SECRETARIA ADMINISTRATIVA

João André Pegado Ferreira

DIRETORA DA SECRETARIA DE DISTRIBUIÇÃO DOS FEITOS DA CAPITAL

Daniela Satou Lessa Ferreira

DIRETOR DA SECRETARIA DE AUDITORIA E CONTROLE INTERNO
Enoque de Souza e Silva Sobrinho

**DIRETOR DA SECRETARIA DE
DISTRIBUIÇÃO DE MANDADOS JUDICIAIS**
Neuraci de Deus Lima de Oliveira

**COORDENADOR DE SEGURANÇA,
TRANSPORTE E TELEFONIA**
Ronaldo Soares de Souza

DIRETOR DO SERVIÇO DE CONTABILIDADE
Airton Costa Cavalcanti

**DIRETOR DO SERVIÇO DE ENGENHARIA
DE MANUTENÇÃO DA SECRETARIA ADMINISTRATIVA**
Benuval Figueira Costa Filho

DIRETOR DO SERVIÇO DE PAGAMENTO DE PESSOAL
Humberto Galvão da Silva

DIRETOR DO SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO DE PESSOAL
Sérgio Mário do Nascimento Aguiar

DIRETORA DO SERVIÇO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS
Deyse das Graças Pereira da Silva Mendes

**DIRETOR DO SERVIÇO DE SUPORTE E
DESENVOLVIMENTO DA SECRETARIA DE INFORMÁTICA**
Henrique de Barros Saraiva

DIRETOR DO SERVIÇO DE MATERIAL
Murilo Gomes Leal Júnior

**DIRETOR DO SERVIÇO DE PLANEJAMENTO FÍSICO
DA SECRETARIA ADMINISTRATIVA**
Cláudio Barreto Coutinho Bezerra de Menezes

ASSESSOR DA ORDENADORIA DA DESPESA

Juscelino Rodrigues de Carvalho

ASSESSORA DE GESTÃO ESTRATÉGICA

Andréa Maria Coutinho Souto

COORDENADORA DE DESENVOLVIMENTO DE PESSOAL

Andréa Leite Guedes Pereira

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

Eugênia Maria Coutinho Tavares de Albuquerque

COORDENADORA DE SAÚDE

Semírames Rocha de Oliveira

COORDENADOR DO FÓRUM ADVOGADO JOSÉ BARBOSA DE ARAÚJO

Zildo Soares Dias

COORDENADORA DE PRECATÓRIOS

Wilma Lúcia Silva

COORDENADOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA

Eugênio Pacelli Jerônimo dos Santos

COORDENADORA DO GRUPO DE GESTÃO DOCUMENTAL

Marcília Gama da Silva

(atualizado até 28/10/2011)

Doutrina

A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEGISLAÇÃO COMUM NA EXECUÇÃO TRABALHISTA, A JORNADA SOBRE A EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO E O ANTEPROJETO DO TST QUE ALTERA A EXECUÇÃO TRABALHISTA

Marcílio Florêncio Mota

Mestre em Direito.

Juiz do Trabalho Titular da 1ª VT de Paulista (PE)

Sumário:

1. Introdução.
2. A CLT, o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho e o direito processual do trabalho – disciplina incompleta e anacrônica.
3. A lacuna da CLT e a compatibilidade do processo comum com os princípios do processo do trabalho como requisitos da aplicação da legislação processual comum na execução trabalhista.
4. Hipóteses conhecidas e incontroversas da aplicação subsidiária por vazio ontológico e axiológico da CLT.
5. A interpretação do princípio da subsidiariedade na Jornada Nacional sobre a Execução no Processo do Trabalho.
6. A alteração proposta pelo Tribunal Superior do Trabalho

em matéria de aplicação subsidiária do processo comum no processo do trabalho.

7. Conclusões.

8. Referências.

I. INTRODUÇÃO

Problema dos mais instigantes da atualidade em matéria de processo do trabalho é o relativo à aplicação supletiva das regras do processo comum nas lacunas da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – e da legislação processual trabalhista complementar.

É que, não obstante a aplicação supletiva de normas processuais por omissão da legislação específica seja prevista expressamente em duas regras da CLT, arts. 769 e 889, a doutrina e a jurisprudência não se entendem quanto às disposições do processo comum que podem ser trazidas ao processo do trabalho, sobretudo em vista da discussão em torno da existência ou não de lacunas e da compatibilidade das regras que devem ser trazidas, conforme as diretrizes de integração fixadas nos art. 769 e 889 da CLT.

Assim, neste trabalho, somos animados pelo problema da aplicação subsidiária da legislação comum no processo do trabalho, mas especificamente na execução trabalhista, tendo em vista que essa atividade jurisdicional específica (atividade executiva) é vista hoje como o “calcanhar de Aquiles” da Justiça Especial, o que demanda uma série de indagações em torno das normas aplicáveis para a sua efetividade em tempo razoável.

Refletimos, inicialmente, sobre as possíveis razões da lacuna da legislação específica quanto às normas que tornem a execução uma atividade mais efetiva e de duração em tempo razoável.

Abordamos, na sequência, a questão das lacunas possíveis numa legislação processual. Enfrentamos, nesse ponto, as discussões em torno das lacunas normativas, axiológicas e ontológicas.

No ponto seguinte, analisamos a compatibilidade da regra do processo comum com a execução trabalhista como requisito legislativo e lógico a que venhamos aplicar a legislação comum no processo do trabalho e na execução trabalhista.

No contexto de nosso trabalho, então, tem lugar a análise das interpretações que foram tiradas na Jornada Nacional sobre

Execução no Processo do Trabalho, ocorrida em novembro de 2010, por iniciativa da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA –, da Associação dos Magistrados do Trabalho da 23ª Região - AMATRA 23 – e do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região e, ainda, a proposta de alteração da CLT apresentada pelo Tribunal Superior do Trabalho ao Congresso Nacional, que considera a possibilidade de aplicação subsidiária das regras do processo comum na execução do processo do trabalho.

2. A CLT, O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO, O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO E O DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO – DISCIPLINA INCOMPLETA E ANACRÔNICA

Os que atuam no Direito e no Processo do Trabalho convivem com a particularidade de terem num único diploma legislativo regras que versam sobre o Direito Individual do Trabalho, em torno do Direito Coletivo e também sobre o Direito Processual do Trabalho. Em pouco mais de 900 artigos, a CLT disciplina essas três expressões distintas do direito material e processual trabalhista e não chega a alarmar a circunstância de que o faça de modo lacunoso¹.

De fato, a CLT não disciplina a contento qualquer das expressões do direito que mencionamos acima e não o faz apenas por razões históricas, mas também decorrentes do desenvolvimento científico, econômico e tecnológico e tendo em vista mais a pulverização, a ampliação e as características atuais das relações sociais em geral e as trabalhistas em particular.

Note-se, quanto ao direito processual, por exemplo, que experimentamos em torno dele um grande desenvolvimento científico desde a década de 1970, inclusive de conotações ideológicas², que não foram consideradas atentamente pelo legislador brasileiro para fins de

1 O Código Civil Brasileiro tem mais de dois mil artigos, enquanto que o Código de Processo Civil tem pouco mais de um mil e duzentos.

2 O “Acesso à Justiça” de Mauro Cappelletti e Brian Garth teve importante ideológico e para o incremento dos estudos de Direito Processual no Brasil.

adequação do direito processual trabalhista à ciência, sobretudo no campo do direito processual do trabalho.

O regime das intervenções de terceiro, do litisconsórcio e, o mais importante, das ações coletivas em regime de substituição processual no processo do trabalho, jamais recebeu do legislador brasileiro a menor das atenções, o que produziu, sem sombra de dúvidas, um atraso científico no processo do trabalho em se considerando o processo comum, mais sentido no presente em face das alterações que foram promovidas na execução do processo civil.

O atraso científico do processo do trabalho, acarretado pela falta de atualização da legislação, ademais, paralisou consideravelmente os operadores do direito e do processo especial. As interpretações restritivas que tivemos inicialmente em torno da substituição processual no processo do trabalho e que culminaram com a Súmula 310 do TST, hoje cancelada, por exemplo, são justificadas, parcialmente, por esse atraso que não permitia que atuássemos com segurança em torno dos novos fenômenos do direito e do processo.

No campo do desenvolvimento econômico e tecnológico, que desencadearam significativa demanda por justiça efetiva e em tempo razoável, estivemos mais a reboque dos acontecimentos do que em exercício de visão estratégica. Fomos reativos, enfim.

As alterações pontuais do sistema recursal e a introdução do procedimento sumaríssimo no processo do trabalho, esse numa tentativa de resgate da audiência única, são exemplos de uma atuação reativa, quando o clamor por Justiça nas relações de trabalho estava comprometendo a própria subsistência da Justiça do Trabalho.

É preciso anotar, nesse ponto, que o recurso digitalizado, o seu processamento eletrônico e a alteração promovida no nosso Agravo de Instrumento, sobretudo com a exigência de depósito recursal para o seu manejo, não serão suficientes a que tenhamos uma duração razoável do processo no Tribunal Superior do Trabalho. Não é sensato e humano que os ministros da maior corte de Justiça do Trabalho do nosso país sejam submetidos à recepção anual de cerca de 120 mil processos³.

Urge, assim, que efetivemos mecanismo de trancamento dos recursos nas esferas regionais, como acontece, na atualidade, com a exigência do pressuposto da repercussão geral, no recurso extraordinário, e com o julgamento dos recursos repetitivos, no recurso especial.

3 120 mil é o número médio de processos recebidos pelo Tribunal Superior do Trabalho

Pois bem. As lacunas e omissões da CLT e da legislação processual complementar e esse relativo imobilismo do legislador brasileiro fez com que tivéssemos agravada a controvérsia sobre a aplicação subsidiária do processo comum no processo do trabalho. Enquanto a sociedade exige maior presença da Justiça, um processo efetivo e em tempo razoável e o legislador do processo civil promove alterações no Código de Processo Civil visando adaptá-lo às novas circunstâncias, quase não temos alterações no processo regulado pela CLT.

E, nesse quadro, é valiosa a observação de Antonio Umberto de Souza Júnior⁴:

Porém, a relação complexa entre os ordenamentos processuais comum e trabalhista deixa nas mãos dos intérpretes e aplicadores um dilema crucial para a vitalidade da execução no âmbito da Justiça Laboral: ocupar ou pressionar, por todos os meios idôneos possíveis, as trincheiras do Parlamento em busca da efetividade perdida no processo do trabalho ou, por meio de uma ação transformadora constitucionalmente justificada, incorporar desde já ao processo do trabalho todas as inovações do CPC capazes de produzir soluções mais satisfatórias para a aceleração da prestação jurisdicional no momento sublime de sua concretização – que é a execução.

Constatamos, então, atônitos, que o nosso processo, cuja simplicidade e celeridade em diversos aspectos influenciaram o processo comum⁵ carece de buscar nele, agora, regras para uma maior efetividade

4 Souza Júnior, Antonio Humberto. Um Olhar Invejoso de Uma Velha Senhora: A Execução Trabalhista no Ambiente da Lei n. 11.382/2006, in **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 73, n.1, jan-mar-2007, págs. 138-139.

5 Vejamos uma histórica manifestação de Wagner Giglio sobre a situação em comento: “Curioso fenômeno se verifica no direito processual nacional: no seu anseio de levar às últimas consequências princípios inovadores, o processo do trabalho faz às vezes de um laboratório cujas experiências vêm sendo aproveitadas pelo processo civil. Neste, mais apegado à tradição, as inovações do processo trabalhista são aproveitadas após algum tempo, depois de cauteloso exame das experiências realizadas. Foi, aliás, o que ocorreu com o novo Código de Processo Civil, que adotou inúmeras inovações já experimentadas pelo processo trabalhista”. **GIGLIO, Wagner D. Direito Processual do Trabalho**, 4ª edição. São Paulo: LTr, 1977.

e rapidez, ainda quando temos normas expressas na CLT versando sobre a matéria, razão maior da controvérsia doutrinária e jurisprudencial de nossos dias em matéria de aplicação subsidiária.

Vejam, por exemplo, a controvérsia em torno da aplicação da multa do art. 475-J do CPC no processo do trabalho, bem representada pelo aresto a seguir transcrito, uma das questões de maior debate quanto à aplicação das regras do CPC na execução trabalhista:

MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. REGRA PRÓPRIA COM PRAZO REDUZIDO. MEDIDA COERCITIVA NO PROCESSO TRABALHO DIFERENCIADA DO PROCESSO CIVIL. O art. 475-J do CPC determina que o devedor que, no prazo de quinze dias, não tiver efetuado o pagamento da dívida, tenha acrescido multa de 10% sobre o valor da execução e, a requerimento do credor, mandado de penhora e avaliação. A decisão que determina a incidência de **multa do art. 475-J** do CPC, em processo trabalhista, viola o art. 889 da CLT, na medida em que a aplicação do processo civil, subsidiariamente, apenas é possível quando houver omissão da CLT, seguindo, primeira-mente, a linha traçada pela Lei de Execução fiscal, para apenas após fazer incidir o CPC. Ainda assim, deve ser compatível a regra contida no processo civil com a norma trabalhista, nos termos do art. 769 da CLT, o que não ocorre no caso de cominação de multa no prazo de quinze dias, quando o art. 880 da CLT determina a execução em 48 horas, sob pena de penhora, não de multa. Recurso de revista conhecido e provido, no tema, para afastar a **multa do art. 475-J** do CPC. Recurso de revista conhecido e provido. Recurso de revista conhecido e provido. **Processo:** RR - 962/2006-111-03-00.8 **Data de Julgamento:** 10/06/2009, **Relator Ministro:** Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 19/06/2009.

3. A LACUNA DA CLT E A COMPATIBILIDADE DO PROCESSO COMUM COM OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO DO TRABALHO COMO REQUISITOS DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL COMUM NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

A regra que estatui a aplicação subsidiária da legislação do processo comum no processo do trabalho, art. 769 da CLT, impõe a necessidade de que tenhamos lacunas ou omissões na legislação especial como condição à aplicação das regras do processo comum. Noutras palavras, só é possível aplicar a legislação comum na jurisdição trabalhista se houver lacuna ou omissão na CLT e na legislação complementar específica.

O que devemos entender, destarte, por lacunas e omissões da legislação processual trabalhista? Oportuna, nesse ponto, então, a lição de Karl Engisch:

As lacunas são deficiências do Direito positivo (do Direito legislado ou do Direito consuetudinário), apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdo de regulamentação jurídica para determinadas situações de facto em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção através duma decisão judicial jurídico-integradora⁶

Com base na definição de Karl Engisch, pois, haverá lacuna toda vez que a CLT não preveja regra sobre a matéria. O jurista alemão, por sua vez, destaca, em sua definição, a integração do sistema por meio da atuação judicial, o que nós encontramos, por exemplo, na previsão do art. 126 do CPC.

Tratando especificamente das lacunas ou omissões da CLT e tendo em vista a definição de Engisch, podemos dizer que há lacuna ou omissão, por exemplo, no sistema recursal da CLT, quanto aos requisitos da legitimidade e do interesse para o manejo dos recursos.

6 Engisch, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 279.

Temos omissão, também, quanto ao trato, como já ressaltamos, da intervenção de terceiros no processo do trabalho. São tantas as lacunas e omissões, porém, que nem convém tentar relacioná-las... Falamos, aqui, então, de omissão ou lacuna legislativa.

Porém, corrente de interpretação que tem ganhado força assevera que a lacuna que autoriza a aplicação supletiva do processo comum **não é apenas a lacuna normativa, mas também as chamadas lacunas axiológicas e as ontológicas.**

Vejamos a lição de Bobbio sobre a lacuna axiológica, por ele chamada de ideológica:

Mas existe um outro sentido de lacuna, mais óbvio, quero dizer, menos controverso, que merece uma breve explanação. Também se entende por “lacuna” a ausência não de uma solução, seja ela qual for, mas de uma *solução satisfatória*, ou, em outras palavras, não a ausência de uma norma, mas a ausência de uma *norma justa*, ou seja, daquela norma que gostaríamos que existisse, mas não existe. Como essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas do confronto entre o ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas “ideológicas”, para distingui-las daquelas que fossem eventualmente encontradas no ordenamento jurídico como é, e que podem ser chamadas de “reais”.⁷

Note-se que a regra ideal de que trata Bobbio, não encontrada no sistema, é a mesma regra ideal que, no nosso caso, não encontrar no sistema do processo do trabalho, mas que podemos encontramos no sistema do processo comum.

Assim, a lacuna axiológica considera o valor da regra existente no sistema específico em confronto com a regra do processo comum a ser utilizada em substituição. Segundo essa interpretação, pois, a regra do processo comum pode ser aplicada em substituição da existente na

⁷ Bobbio, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Forense, 2008, p. 281.

CLT, por exemplo, se ela contiver um valor social que se sobreponha ao valor da regra específica.

É o caso, em nossa opinião, da previsão celetista de julgamento da exceção de suspeição ou de impedimento pelo próprio órgão cuja parcialidade a parte suscita. Nessa hipótese, parece ser evidente que a regra da CLT deve ser substituída pelas regras do CPC, que se sobrepõem do ponto de vista ético.

A lacuna ontológica, por sua vez, é aquela configurada pela falta de contemporaneidade da regra existente. Há uma regra disciplinando a questão no processo do trabalho, mas ela não é adequada em vista dos avanços históricos. É uma regra que envelheceu, que precisa ser substituída por uma regra mais nova, encontrada, no caso, no processo comum. Exemplo desse tipo de lacuna nós encontrávamos no art. 830 da CLT, alterado recentemente, que desconsiderava a existência dos modernos meios de reprodução de documentos.

O ensino de Karl Engisch é por demais esclarecedor quanto a esse tipo de lacuna:

Como também se diz, não há apenas “lacunas primárias”, lacunas de antemão inerentes a uma regulamentação legal, mas ainda lacunas secundárias, quer dizer, lacunas que só supervenientemente se manifestam, porque, entretanto, as circunstâncias se modificaram. Isto vale, de resto, não só para a modificação das valorações, mas também pelo que toca à alteração das circunstâncias de fato relativas ao objeto da regulamentação: As regulamentações Jurídicas não raro se tornam posteriormente lacunosas pelo fato de, em razão de fenômenos econômicos inteiramente novos (pense-se na inflação) ou de progressos técnicos (aviação, filmes, discos, rádio, televisão, cirurgia do cérebro, inseminação artificial), surgirem questões jurídicas às quais a regulamentação anterior não dá qualquer resposta satisfatória.⁸

8 Op. cit., pág. 287.

A existência, na atualidade, dessa distinção entre lacunas normativas ou legislativas e lacunas ontológicas e axiológicas coloca os estudiosos e intérpretes do processo do trabalho em dois grupos: o que considera, restritivamente, a “omissão” prevista nas regras celetistas como condição de aplicação de regras do processo comum para **lacuna apenas legislativa** e o que considera que as lacunas passíveis de preenchimento também são **as axiológicas e as ontológicas**.⁹

De nossa parte, ressaltamos a necessidade, como valor de todos os tempos, de que os conflitos sejam resolvidos pelo Poder com efetividade e em tempo razoável, razão pela qual somos favoráveis à aplicação das regras do processo comum no processo do trabalho e execução trabalhista, não apenas na hipótese de lacuna normativa, mas também nas lacunas ontológicas e axiológicas. Aliás, como vamos revelar no capítulo seguinte, essa aplicação tem sido muito comum e por parte de todos os juristas, sem exceção, e alguns sequer notam a sua ocorrência.

Anote-se, por oportuno, em abono ao nosso argumento, que relativamente à execução trabalhista a regra do art. 889 da CLT remete o intérprete à aplicação subsidiária da Lei de Execução Fiscal, atualmente a Lei n. 6.830/80, exceto no que diz respeito à ordem de preferência dos bens à penhora, no que prevalece a regra do art. 655 do CPC.

Essa remessa à Lei de Execução Fiscal tem justificativa no trato mais vantajoso que a lei dá ao credor, colocando-o em situação de prevalência sobre o devedor, o que evidencia, assim, a preocupação do legislador celetista em nos remeter a um conjunto de regras que possa dar maior efetividade e celeridade à atividade jurisdicional executiva trabalhista.

Sem deixarmos de atentar para a circunstância de que temos imposto ao jurisdicionado, também em matéria de execução trabalhista, uma situação de instabilidade que precisa ser urgentemente corrigida¹⁰, o que deve ser feito por meio da alteração

9 Schiavi, Mauro. **Execução no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, pág. 44.

10 Manus, Pedro Paulo Teixeira. A Execução no Processo do Trabalho, o Devido Processo Legal, a Efetividade do Processo e as novas alterações do Código de Processo Civil. *in* **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 73, n.1, jan-mar-2007.

da legislação processual celetista, somos favoráveis à imediata aplicação, em matéria de processo, do princípio do *in dubio* pro efetividade, conforme a proposta de Schiavi¹¹, ou seja, da prevalência da regra do processo comum sobre a regra específica do processo do trabalho se dessa aplicação resultar um processo efetivo.

Relativamente à questão da compatibilidade, observamos que não se trata de critério objetivo, o que é aspecto que dificulta a atuação concreta da regra. A essência do que é ou não compatível é juízo subjetivo, variável e, destarte, controverso.

Interpretamos que, de qualquer modo, a compatibilidade da regra do processo comum a ser trazida ao processo do trabalho deve ser aferida à luz dos princípios do Processo do Trabalho, em vista da função estruturadora que os princípios exercem em todos os sistemas de conhecimento.

Assim, uma norma do processo comum pode ser aplicada no Processo do Trabalho se for compatível com os princípios desse processo, do que dá noção a OJ n. 310 da SDI do TST, que considera o princípio da sumariedade dos ritos, que é uma consequência da oralidade praticada no processo do trabalho, para dizer da inaplicabilidade do art. 191 do CPC no nosso processo:

OJ-SDI1-310 LITISCONSORTES. PROCURADORES DISTINTOS. PRAZO EM DOBRO. ART. 191 DO CPC. INAPLICÁVEL AO PROCESSO DO TRABALHO (DJ 11.08.2003).

4. HIPÓTESES CONHECIDAS E INCONTROVERSAS DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA POR VAZIO ONTOLÓGICO E AXIOLÓGICO DA CLT

Neste capítulo nos ocupamos da demonstração de três aplicações comuns do preenchimento dos vazios axiológicos ou ontológicos do sistema do processo do trabalho pela aplicação de regras do processo comum, não obstante a existência de regras versando sobre o tema no processo do trabalho.

¹¹ Op. Cit., pág. 48.

Vejamos, em primeiro lugar, a regra do art. 897-A da CLT que versa sobre os Embargos de Declaração:

Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão **nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.**

A norma em questão trata dos Embargos de Declaração no processo do trabalho. Note-se que **não há na regra em comento nenhuma alusão ao cabimento dos Embargos de Declaração em vista da obscuridade da decisão. As hipóteses previstas são omissão, contradição e manifesto equívoco no exame de pressupostos extrínsecos do recurso.**

A interpretação da regra do art. 769 da CLT, restringindo o requisito da existência de lacuna na CLT ao aspecto do vazio normativo, acabaria por determinar que o defeito da obscuridade não pudesse ser objeto de correção pela via dos ED, o que seria um absurdo.

Entretanto, **todos nós aplicamos a disposição do art. 535 do CPC, sem que haja omissão na CLT sobre as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração na CLT**, e muitos sem sequer se darem conta do teor da regra do art. 897-A, porque constatamos na norma do art. 897-A um vazio axiológico a ser preenchido pela previsão do CPC.

Por outro lado, ainda em matéria de Embargos de Declaração, outro aspecto que nos chama atenção é o de que a previsão de multa pelo uso protelatório do recurso consta apenas no CPC. **Novamente aqui, a interpretação do que seja omissão no art. 769 da CLT, se restrito ao vazio normativo, não permitiria o uso do Parágrafo único do art. 538 do CPC no nosso processo.**

Destaquemos, nesse ponto, o cabimento do Reexame Necessário no processo do trabalho. A regra que deveria ser observada por nós, não fosse a constatação de um vazio ontológico nela, seria

a do Decreto n. 779/1969, que não estabelece qualquer requisito para o duplo grau necessário ou recurso de ofício, senão a sucumbência da Fazenda Pública.

Não obstante, abandonando a norma específica do processo do trabalho, conforme podemos ver na Súmula 303 do c. TST, aplicamos a disposição do art. 475 do CPC, que restringe o duplo grau necessário, entre outras coisas, a que a sucumbência da Fazenda Pública tenha sido superior a 60 salários mínimos.

A aplicação da regra do CPC, chancelada pela Súmula 303 do TST, não obstante a existência de norma específica no processo do trabalho, Decreto n. 779/69, é em vista de um vazio ontológico que pretendemos corrigir e que Francisco Antonio de Oliveira justifica com base no princípio da razoabilidade.

O terceiro exemplo, dentre outros possíveis, de como superamos na prática a questão da existência de regra do processo do trabalho para aplicar norma de melhor conteúdo do processo comum é o concernente aos julgamentos das exceções de impedimento e de suspeição apresentadas nas Varas do Trabalho.

A regra do art. 13 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho nos diz que nesses casos o juiz do trabalho que não admita o impedimento ou suspeição deve remeter os autos ao Tribunal para decisão da exceção, observando as disposições dos arts. 313 e 314 do CPC. Ressalte-se, porém, que temos previsão na CLT, art. 802, que disciplina de modo específico a questão afirmando que o julgamento da exceção será pelo próprio juiz cujo impedimento ou suspeição se levante.

Nesse ponto, abandonamos a regra da CLT em razão de seu evidente vazio axiológico e ontológico.

Como podemos perceber, a aplicação de regra do processo comum no processo do trabalho, apesar da existência de normatização específica na legislação própria, é mais comum do que imaginamos de início e sempre ocorre tendo em vista o desejo de praticarmos um processo mais racional, efetivo e que contemple o jurisdicionado com uma prestação jurisdicional em tempo razoável.

12 Oliveira, Francisco Antonio de. **Comentários às Súmulas do TST**. São Paulo: Ltr, 2010, pág. 624.

5. A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE NA JORNADA NACIONAL SOBRE A EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

No mês de novembro de 2010, por iniciativa da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, da AMATRA 23 – Associação dos Magistrados do Trabalho da 23ª Região - e do TRT23 – Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região -, estudiosos do direito e do processo do trabalho estiveram reunidos, em Cuiabá-MT, numa Jornada para a discussão de temas da execução trabalhista, justamente pelo reconhecimento da importância dessa atividade jurisdicional e pela constatação de que ela tem sido o ponto mais sensível de nossa atuação.

Este importante encontro nos legou cinquenta e cinco Enunciados que representam a tendência de interpretação do Judiciário Trabalhista brasileiro sobre inúmeros temas da execução. O estudo dos Enunciados da Jornada nos revela, com clareza, a forte tendência da incidência das regras do Código do Processo Civil atual em nossa execução, inclusive nos casos em que temos normas do processo do trabalho disciplinando a matéria.

Este capítulo de nosso trabalho se debruça sobre os Enunciados da Jornada sobre a Execução no Processo do Trabalho com o objetivo de destacar as principais interpretações que os estudiosos tiraram para a nossa execução com base na aplicação das regras do processo comum.

Observaremos, por outro lado, a força que as interpretações possuem de modo a impulsionar a mudança da legislação, o que nós costumamos destacar como sendo uma demonstração de que a doutrina é fonte material de Direito.

Analisemos os Enunciados pela ordem de inserção deles no documento retirado da Jornada Nacional.

O Enunciado de número 2 tem a seguinte redação:

**PODER GERAL DE CAUTELA.
CONSTRIÇÃO CAUTELAR E DE
OFÍCIO DE PATRIMÔNIO DO SÓCIO
DA EMPRESA EXECUTADA, IME-
DIATA À DESCONSIDERAÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA DESTA.**

CABIMENTO. Desconsiderada a personalidade jurídica da executada para atingir o patrimônio dos sócios, em se constatando a insuficiência de patrimônio da empresa, cabe a imediata constrição cautelar de ofício do patrimônio dos sócios, com fulcro no art. 798 do Código do Processo Civil (CPC), inclusive por meio dos convênios Bacen Jud e Renajud, antes do ato de citação do sócio a ser incluído no pólo passivo, a fim de assegurar-se a efetividade do processo.

A interpretação em questão com base no art. 798 do CPC preenche uma lacuna no sistema do processo do trabalho e do sistema do processo comum quanto ao procedimento a ser utilizado na desconsideração da personalidade jurídica. Não obstante encontremos no Enunciado n. 10 da mesma Jornada a previsão de que os sócios da pessoa jurídica desconsiderada sejam previamente citados para a execução, o Enunciado 2 prevê a possibilidade da penhora cautelar, hipótese na qual o contraditório e a ampla defesa do sócio são diferidos, ficam para o futuro, num sacrifício momentâneo e justificado pela necessidade de dar-se efetividade à atividade executiva.

A alteração da CLT proposta pelo TST prevê a citação postal dos corresponsáveis, entre eles, na nossa interpretação, dos sócios em eventual desconsideração da personalidade jurídica, o que não impede, todavia, a medida de poder geral de cautela de que trata o Enunciado aprovado na Jornada.

Art. 879-A, § 3º A inclusão dos corresponsáveis será precedida de decisão fundamentada e realizada por meio de citação postal.

O Enunciado de número 8 trata da liquidação da decisão final nas ações coletivas. Vejamos a sua redação:

AÇÕES COLETIVAS. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. Na liquidação de sentença nas ações coletivas para tutela de interesses individuais homogêneos (subs-

tuição processual), aplica-se o microsistema do processo coletivo brasileiro (Constituição Federal arts. 8º, 129, III, § 1º; Lei nº 7.347/1985 e Lei nº 8.078/1990).

As ações coletivas, em regime, sobretudo, de substituição processual, não possuem disciplinamento específico na CLT, uma das razões para que tenhamos tão pouca utilização desse tipo de ação no processo do trabalho, não obstante os inúmeros proveitos que o seu manejo acarreta para os trabalhadores, para os jurisdicionados e para a atividade jurisdicional.¹³

O Enunciado em foco cuida, então, da liquidação das decisões finais nas ações coletivas, remetendo o intérprete e o aplicador do processo do trabalho às regras do processo comum, mais especificamente às normas do Código de Defesa do Consumidor, diploma brasileiro mais avançado na disciplina das ações coletivas.

Ressaltamos, por oportuno, que a liquidação da decisão final nas ações coletivas sempre foi vista como um dos problemas mais graves nessas ações e passa a ser resolvido a partir da interpretação de que sobre a liquidação incidem as regras do CDC – Lei n. 8.078/1990.

Em boa hora, entretanto, temos, também, a possibilidade de que a omissão da CLT venha a ser sanada por regras propostas pelo TST ao Congresso Nacional a fim de acrescentar dispositivos à CLT. Vejamos as regras propostas ao Congresso Nacional:

Art. 887-A As condenações genéricas impostas em sentenças coletivas de direitos individuais homogêneos serão cumpridas em ações autônomas, individuais ou plúrimas.

§ 1º O juiz definirá o número de integrantes de cada grupo, os quais devem demonstrar a adequação de seu caso concreto ao conteúdo da sentença.

13 Mota, Márcilio Florêncio. **A Substituição Processual por Sindicatos – O acesso dos trabalhadores à ordem jurídica justa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, págs. 71-89.

O Enunciado 12 trata da execução de decisão final condenatória de quantia. Destaquemos a redação do verbete:

12. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. INTIMAÇÃO DA PARTE PELO ADVOGADO.

I - Tornada líquida a decisão, desnecessária a citação do executado, bastando a intimação para pagamento por meio de seu procurador.

II - Não havendo procurador, far-se-á a intimação ao devedor prioritariamente por via postal, com retorno do comprovante de entrega ou aviso de recebimento, e depois de transcorrido o prazo sem o cumprimento da decisão, deverá ser expedida ordem de bloqueio de crédito pelo sistema Bacen Jud.

O Enunciado revela forte influência do processo comum – art. 475-J do CPC.

Pelo Enunciado, quando o devedor tiver advogado habilitado nos autos não haverá necessidade de sua citação para a execução. Note-se, nesse ponto, que a execução trabalhista tem regra específica sobre a matéria - art. 880 da CLT -, que é substituída pela norma do CPC, - § 1º do art. 475-J -, conforme a interpretação aprovada na Jornada, tendo em vista a maior racionalidade da previsão do CPC.

O Enunciado, ademais, se rende à constatação de que a execução fundada em decisão judicial não é autônoma, razão pela qual não há necessidade de citação para a sequência dos atos no processo.¹⁴ Não há autonomia nessa atividade porque ela decorre, necessariamente, de uma atividade anterior, de cognição, da qual surgiu o título executivo.¹⁵

14 Teixeira Filho, Manoel Antonio. **Execução no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011, pags. 40-42.

15 A autonomia da execução trabalhista foi questão debatida na doutrina com maior destaque no tempo em que só tínhamos execução fundada em títulos judiciais.

Poderíamos, ainda, justificar o Enunciado na evidente imprecisão terminológica da CLT no art. 880, cuja redação não se adéqua à definição de citação.

O Anteprojeto encaminhado ao Congresso Nacional pelo TST acrescenta as regras do art. 879-A e o seu § 2º e 880-A e § 1º, que excluem a citação do devedor para a execução decorrente do acordo judicial não cumprido e para o cumprimento da decisão final. O Anteprojeto, ademais, revoga expressamente o art. 880 da CLT.

Os Enunciados 21 e 22 versam sobre a execução provisória no processo do trabalho, cuja aplicação do CPC na sua disciplina é objeto de controvérsia na doutrina e na jurisprudência, o que evidenciam o item III da Súmula n. 417 do TST e o trecho que transcrevemos de parte de acórdão da relatoria da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi no PROCESSO Nº TST-RR-127200-75.2006.5.03.0032:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ARTIGO 475-O DO CPC - INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO Diante da aparente má-aplicação do art. 475-O do CPC, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do apelo denegado. Agravo de Instrumento a que se dá provimento para mandar processar o apelo denegado. II - RECURSO DE REVISTA - ARTIGO 475-O DO CPC - INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO 1. Segundo a doutrina e a jurisprudência unânimes, são dois os requisitos para a aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho: i) ausência de disposição na CLT - a exigir o esforço de integração da norma pelo intérprete; e ii) compatibilidade da norma supletiva com os princípios do processo do trabalho. 2. A ausência não se confunde com a diversidade de tratamento: enquanto na primeira não é identificável nenhum efeito jurídico a certo fato - a autorizar a integração do direito pela norma supletiva - na segunda se verifica que um mesmo fato gera distintos efeitos

jurídicos, independentemente da extensão conferida à eficácia. 3. O fato juridicizado pelo artigo 475-O do CPC possui disciplina própria no âmbito do Processo do Trabalho, pelo artigo 899 da CLT, que prevê que a execução provisória é permitida somente até a penhora. Assim, na espécie, não há falar em aplicação da norma processual comum ao Processo do Trabalho.

Observemos, agora, as redações dos Enunciados:

21. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENHORA EM DINHEIRO. POSSIBILIDADE. É válida a penhora de dinheiro na execução provisória, inclusive por meio do Bacen Jud. A Súmula nº 417, item III, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), está superada pelo art. 475-O do Código de Processo Civil (CPC).

22. 1. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ARTIGO 475-O DO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL (CPC). APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. FORMA DE MINIMIZAR O EFEITO DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS MERAMENTE PROTETÓRIOS E CONCEDER AO AUTOR PARTE DE SEU CRÉDITO, QUE POSSUI NATUREZA ALIMENTAR. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é omissa no tocante à possibilidade de liberação de créditos ao exequente em fase de execução provisória, sendo plenamente aplicável o art. 475-O do CPC, o qual torna aquela mais eficaz, atingindo a finalidade do processo social, diminuindo os efeitos negativos da interposição de recursos meramente protetórios pela parte contrária, satisfazendo o crédito alimentar.

2. O art. 475-O do CPC aplica-se subsidiariamente ao Processo do Trabalho.

Relativamente ao Enunciado 21, verificamos a adoção de uma interpretação que objetiva tangenciar a Súmula 417 do TST, a partir da argumentação de que ela é anterior à redação do atual 475-O e, supostamente, com base em regra anterior que não preveria a penhora de dinheiro. A argumentação, contudo, é falha. O inciso II do art. 588 do CPC, redação originária, previa, como o art. 475-O do CPC atual, a possibilidade de levantamento de dinheiro na execução provisória. Sendo possível o levantamento de dinheiro, por lógico, antes, é possível a penhora de dinheiro na execução provisória.

Convém, nesse ponto, revelar que a Súmula 10 do TRT6 tem idêntico teor do Enunciado 21 da Jornada. Vejamos a redação da Súmula 10 do TRT6:

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.

Ressaltamos, quanto ao Enunciado 22, a subutilização no processo do trabalho do levantamento de dinheiro na execução provisória, explicada, na minha perspectiva, pela ignorância dos advogados e por uma certa insegurança dos juízes.

Note-se, nesse ponto, que a liberação de dinheiro na execução provisória, quando a única pendência no processo for um Agravo de Instrumento no TST para liberação do Recurso de Revista retido na origem, não só é hipótese prevista no processo comum como atuaria de modo a minimizar os efeitos danosos da tramitação demorada

do recurso no maior Tribunal do Trabalho do país. O Anteprojeto do TST estatui, quanto a este aspecto, uma regra bastante interessante. O art. 879-A da CLT em seu § 4º proposto pelo TST dirá que é definitiva a execução fundada em decisão cuja pendência exclusiva for recurso no TST ou no Supremo Tribunal Federal – STF:

Art. 879-A, § 4º É definitivo o cumprimento de sentença pendente de recurso de revista ou extraordinário.

Destaquemos, agora, o Enunciado n. 25, cuja redação segue:

25. HASTA PÚBLICA ELETRÔNICA. APLICABILIDADE DO ART. 689-A DO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL (CPC) NO PROCESSO DO TRABALHO.

No Processo do Trabalho, pode-se utilizar a hasta pública eletrônica, disciplinada pelo art. 689-A do CPC e pela Lei nº 11.419/2006.

Essa interpretação é emblemática, pois revela como o nosso processo especial ficou atrasado em relação ao processo comum e, ao mesmo tempo, demonstra como uma interpretação conservadora da aplicação supletiva do CPC, mesmo quando em tese temos regra que trate do tema, pode comprometer uma interpretação para a efetividade, mais determinada pela racionalidade.

Os recursos da informática revolucionam os nossos dias e, sob o ponto de vista da penhora de créditos, tivemos a primazia de nos anteciparmos à legislação praticando-a independentemente de norma que a estatuísse.

Para a hasta pública eletrônica, porém, parece que temos necessidade de que os estudiosos proclamem a sua possibilidade porque a circunstância de que esteja prevista no CPC pode ser considerada como um óbice em vista do art. 889 da CLT. Não dá para entender!

O Anteprojeto resolve o problema que encontramos nessa matéria. Vejamos a disposição normativa proposta pelo TST:

Art. 880-A - A constrição de bens será realizada por todos meios tecnológicos

disponíveis e respeitará, a critério do juiz, a ordem direta de sua liquidez.

A regra proposta é maravilhosa. A previsão da adoção de todos os “meios tecnológicos” garante que não haverá meio tecnológico futuro que não tenha sido passível de ser adotado porque não previsto especificamente.

A Jornada Nacional sobre a Execução Trabalhista disse, ainda, da possibilidade da desistência da arrematação pelo adquirente, com base em norma do CPC, quando houver interposição de impugnação ao ato de aquisição. É o que consta no Enunciado 31:

31. DESISTÊNCIA DA ARREMATACÃO. APLICAÇÃO DO ART. 694, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). COMPATIBILIDADE. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS PELO DEVEDOR. CIÊNCIA AO ARREMATANTE PARA MANIFESTAR A DESISTÊNCIA DO LANÇO, SOB PENA DE PRECLUSÃO. Opostos embargos à expropriação, o arrematante deverá ser intimado para manifestar eventual desistência da arrematação, sob pena de preclusão, conforme possibilitado pelo art. 694, inciso IV, do CPC, que guarda compatibilidade com o Processo do Trabalho.

O Enunciado 33, por sua vez, trata da venda antecipada da lei, também trazendo do processo civil instrumento de efetividade para o processo do trabalho.

VENDA ANTECIPADA DE BENS. No intuito de promover a efetividade da execução, a alienação antecipada de bens é um instrumento que o direito positivo oferece, evitando a depreciação econômica do bem penhorado, estimulando a solução

da execução mediante conciliação entre as partes, e contribuindo para uma nova cultura de efetividade das decisões judiciais.

A interpretação contempla a possibilidade da depreciação do bem como causa da alienação antecipada, mas entendemos que essa alienação também pode ter lugar quando do risco da deterioração do bem ou, menos, quando a medida se apresentar mais vantajosa para a execução, como se recomendaria, por exemplo, diante de uma alta inesperada do bem no mercado sem a garantia de que esse aumento de valor se mantivesse por tempo considerável.

EXPROPRIAÇÃO. COMPATIBILIDADE DO PROCESSO CIVIL COM O TRABALHISTA.

São aplicáveis ao Processo do Trabalho todas as formas de expropriação previstas pelo Código de Processo Civil (CPC), sem prejuízo da incidência do art. 888 da consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em caso de realização de hasta pública.

Por outro lado, aprecio muito o Enunciado 39, que trata da possibilidade do parcelamento do crédito exequendo no processo do trabalho.

RECONHECIMENTO DO CRÉDITO DO EXEQUENTE POR PARTE DO EXECUTADO. PARCELAMENTO DO ART. 745-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). É compatível com o Processo do Trabalho o parcelamento previsto na norma do art. 745-A do Código de Processo Civil.

O Enunciado não elucida, no entanto, se o crédito que pode ser parcelado é o decorrente da execução de título judicial ou de título extrajudicial. A norma do art. 745-A do CPC é previsto no contexto da execução de título extrajudicial. Ocorre, entretanto, que a

regra do art. 475-R do mesmo Diploma prevê a aplicação subsidiária das normas da execução dos títulos extrajudiciais à execução fundada em decisão final.

Por outro lado, questão também relevante é aquela que diz da natureza do pedido de parcelamento. Se ele consiste num direito do devedor, desde que atendidos os requisitos legais, ou mesmo se diante deles o juiz pode negar o parcelamento ao devedor.

Importante destacar, por fim, nesta matéria, a previsão no Anteprojeto encaminhado ao Congresso Nacional pelo TST que estatui um § 1º ao art. 879-A da CLT prevendo o parcelamento. Vejamos a redação da norma no Anteprojeto, que reproduz a regra do CPC:

Art. 879-A, § 1º - No prazo do *caput* poderá o devedor, reconhecendo o débito e comprovando o depósito de trinta por cento de seu valor, requerer o pagamento do restante em até seis parcelas mensais, com correção monetária e juros.

O Anteprojeto prevê, por outro lado, que o parcelamento pode ser requerido após o prazo para a impugnação da execução, quando a exigência do depósito inicial é de quantia de 50% da execução, conforme a redação proposta ao § 3º do art. 884-A.

Antes da arrematação, adjudicação ou da alienação por iniciativa particular, o devedor poderá requerer o parcelamento da dívida, na forma do § 2º do art. 878, mediante o depósito prévio de cinquenta por cento do valor total do débito.

O Enunciado 44 tem evidente inspiração na regra do § 2º do art. 475-L do CPC, ainda que à norma não faça qualquer referência, talvez por questão de conveniência estratégica para a sua aceitação. O Enunciado diz da necessidade de que o devedor, quando faça impugnação do valor da execução, pela via dos Embargos, apresente, com a sua impugnação, o cálculo que revele o desacerto da execução que lhe foi promovida. Vejamos o conteúdo da interpretação:

EMBARGOS DO DEVEDOR À CONTA DE LIQUIDAÇÃO. INSURGÊNCIA GENÉRICA SEM INDICAÇÃO DO VALOR DEVIDO. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO E REJEIÇÃO LIMINAR DO QUESTIONAMENTO (CLT, art. 879, § 2º, e art. 884, §§ 3º e 4º). Utilizada ou não a faculdade da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 879, § 2º), não se admitem insurgências ao valor devido sem a apresentação do montante da divergência e do importe exato do item impugnado. Os embargos que discutam o cálculo têm por pressuposto processual a indicação precisa dos itens e valores devidos. A ausência desse pressuposto motiva o indeferimento liminar da medida.

Essa interpretação favorece amplamente a efetividade e a duração razoável do processo, na medida em que cria para o devedor, já nos Embargos, o ônus da impugnação específica com matérias e quantias. A quantia incontroversa, por sua vez, deve ser objeto de imediata liberação ao credor.

Anotamos aqui, também, que a interpretação da doutrina pode ter uma influência poderosa sobre o legislador. Assim, o Anteprojeto enviado ao Congresso Nacional pelo TST contempla regra que versa sobre a impugnação específica com cálculo em sede de execução:

Art. 881-A, § 4º - As impugnações deverão delimitar justificadamente os fatos, as matérias e valores controvertidos, sob pena de não conhecimento.

Uma interpretação, por fim, muito importante para nós, é a que consta no Enunciado 54. A interpretação tem o condão de nos chamar ao prestígio da execução, ou seja, da prevalência do interesse do credor. Tem a relevância, ademais, de justificar a autuação apartada dos Embargos do Devedor para permitir que a execução tenha o seu

fluxo normal no processo, na forma prevista no § 2º do art. 475-M do CPC.

EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITOS SUSPENSIVOS. APLICAÇÃO DO ART. 475-M E 739-A, § 1º, DO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL (CPC).

O oferecimento de embargos à execução não importa a suspensão automática da execução trabalhista, aplicando-se, subsidiariamente, o disposto nos arts. 475-M e 739-A, § 1º, do CPC.

6. A ALTERAÇÃO PROPOSTA PELO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO EM MATÉRIA DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO PROCESSO COMUM NO PROCESSO DO TRABALHO

O Anteprojeto enviado pelo TST ao Congresso Nacional prevê regra interessantíssima sobre a aplicação das normas do processo comum na execução trabalhista. Vejamos o seu conteúdo:

Art. 876-A Aplicam-se ao cumprimento da sentença e à execução dos títulos extrajudiciais as regras de direito comum, sempre que disso resultar maior efetividade do processo.

Ressaltamos, ao longo deste trabalho, a influência que o processo comum tem exercido sobre o processo do trabalho na geração de interpretações pelos estudiosos e na proposição de alterações legislativas tendo em vista a necessidade de concretização do direito do trabalho por meio de uma atividade jurisdicional efetiva e em tempo razoável.

Dissemos, noutro ponto, que o grande problema na aplicação das regras do processo comum no processo do trabalho reside na interpretação do que venha a ser omissão ou lacuna, conforme a previsão

do art. 769 da CLT, razão pela qual surgiu corrente de interpretação que apregoa que as omissões passíveis de integração pelo processo comum não são apenas as legislativas, mas também as axiológicas e as ontológicas.

Nesse contexto, então, dissemos da necessidade de que aplicássemos a diretriz de interpretação que promovesse a efetividade do processo como parâmetro para a substituição de norma do processo do trabalho por regra do processo comum.

Assim, então, a norma proposta pelo TST, art. 876-A, revela a plena consagração desse intento, na medida em que na disciplina da execução trabalhista, fundada em título judicial ou extrajudicial, abandona a exigência de lacuna na legislação específica como condição da aplicação da regra do processo comum.

Destaque-se, por oportuno, que a norma proposta exige, tão-somente, como desejamos, que a aplicação subsidiária tenha lugar diante da constatação de sua maior efetividade. Não temos dúvida de que o processo do trabalho, no seu ponto mais sensível, a execução, com a regra do art. 876-A, dará um salto de qualidade que o marcará definitivamente para a afirmação da Justiça do Trabalho como a mais eficaz e célere prestadora de jurisdição aos brasileiros.

7. CONCLUSÕES

A CLT possui a particularidade de ser diploma legislativo com regras que versam sobre o Direito Individual do Trabalho, Direito Coletivo e também sobre o Direito Processual do Trabalho, o que evidencia, de per si, a sua insuficiência na disciplina dos fenômenos atuais do processo e do direito do trabalho.

Ademais, a CLT não acompanhou a evolução científica do Direito do Trabalho e do Direito Processual, o que ocasionou embaraço considerável nos intérpretes de seus institutos, cujo reflexo mais evidente é a controvérsia doutrinária que determina a edição de Súmula que na sequência é cancelada pela prevalência de interpretação diversa, como a que ocorreu com a Súmula 310 do TST.

As poucas alterações que promovemos na legislação, por outro lado, foram reações necessárias ao desenvolvimento econômico e tecnológico, que desencadearam significativa demanda por justiça efetiva e em tempo razoável e que serviram para a justificativa de nossa própria subsistência.

As lacunas e omissões da CLT e da legislação processual complementar e esse relativo imobilismo do legislador brasileiro fez com que tivéssemos agravada a controvérsia sobre a aplicação subsidiária do processo comum no processo do trabalho.

Enquanto a sociedade exige maior presença da Justiça, um processo efetivo e em tempo razoável e o legislador do processo civil promove alterações no Código de Processo Civil visando adaptá-lo às novas circunstâncias, quase não temos alterações no processo regulado pela CLT.

Constatamos, então, que o nosso processo, cuja simplicidade e celeridade em diversos aspectos influenciaram o processo comum, carece de buscar nele, agora, regras para uma maior efetividade e rapidez, ainda quando temos regras expressas na CLT versando sobre a matéria, razão maior da controvérsia doutrinária e jurisprudencial de nossos dias em matéria de aplicação subsidiária.

Por outro lado, constatamos que a regra que estatui a aplicação subsidiária da legislação do processo comum ao processo do trabalho, art. 769 da CLT, impõe a necessidade de que tenhamos lacunas ou omissões na legislação especial como condição à aplicação das regras do processo.

Com base na definição de Karl Engisch, então, haverá lacuna toda vez que a CLT não preveja regra sobre a matéria. Tratando especificamente das lacunas ou omissões da CLT e tendo em vista a definição de Engisch, podemos dizer que há lacuna ou omissão, por exemplo, no sistema recursal da CLT, quanto aos requisitos da legitimidade e do interesse para o manejo dos recursos. Temos omissão, também, quanto ao trato, como já ressaltamos, da intervenção de terceiros no processo do trabalho.

Porém, tem ganhado força a corrente de interpretação que assevera que a lacuna que autoriza a aplicação supletiva do processo comum não é apenas a lacuna normativa, mas também as chamadas lacunas axiológicas e as ontológicas.

A lacuna axiológica é aquela que considera o valor da regra existente no sistema específico em confronto com a norma do processo comum a ser utilizada em substituição.

A lacuna ontológica, por sua vez, é aquela configurada pela falta de contemporaneidade da regra existente. Há uma norma regulando a questão no processo do trabalho, mas ela não é adequada em vista dos avanços históricos, tecnológicos, econômicos etc.

Ressaltamos, nesse contexto, a necessidade, como valor de

todos os tempos, de que os conflitos sejam resolvidos pelo Poder com efetividade e em tempo razoável, razão pela qual somos favoráveis à aplicação das regras do processo comum no processo do trabalho e execução trabalhista, não apenas na hipótese de lacuna normativa, mas também nas lacunas ontológicas e axiológicas.

Sem deixarmos de atentar para a circunstância de que temos imposto ao jurisdicionado, também em matéria de execução trabalhista, uma situação de instabilidade que precisa ser urgentemente corrigida, o que deve ser feito por meio da alteração da legislação processual celetista, somos favoráveis à imediata aplicação, em matéria de processo, do princípio do *in dubio* pro efetividade, conforme a proposta de Mauro Schiavi.

Não obstante, podemos perceber que a aplicação de regras do processo comum no processo do trabalho, apesar da existência de norma específica na legislação laboral, é mais comum do que imaginamos de início e sempre ocorre tendo em vista o desejo de praticarmos um processo mais racional, efetivo e que contemple o jurisdicionado com uma prestação jurisdicional em tempo razoável.

Nesse contexto, destarte, a Jornada Nacional sobre a Execução no Processo do Trabalho nos legou cinquenta e cinco Enunciados que representam a tendência de interpretação do Judiciário Trabalhista brasileiro sobre inúmeros temas da execução. O estudo dos Enunciados da Jornada nos revela, com clareza, a forte tendência da incidência das regras do Código do Processo Civil atual em nossa execução, inclusive nos casos em que temos regras do processo comum disciplinando a matéria.

O TST, por sua vez, teve a iniciativa de propor alterações na CLT, na parte que trata da execução, que evidencia a influência da doutrina na legislação e da qual se destaca a regra que acrescenta o art. 876-A com a plena consagração da incidência das regras do processo comum na execução trabalhista, independentemente de lacuna, para que essa atividade específica seja efetiva.

Não temos dúvida, assim, que o processo do trabalho, no seu ponto mais sensível, a execução, com uma interpretação que busque a sua efetividade a partir da prevalência da regra processual mais eficaz, com o advento ou não da regra do art. 876-A, dará um salto de qualidade que o marcará definitivamente para a afirmação da Justiça do Trabalho como a mais eficaz e célere prestadora de jurisdição aos brasileiros.

8. REFERÊNCIAS

Bobbio, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Forense, 2008.

Engisch, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

Giglio, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho, 4ª edição**. São Paulo: LTr, 1977.

Manus, Pedro Paulo Teixeira. A Execução no Processo do Trabalho, o Devido Processo Legal, a Efetividade do Processo e as novas alterações do Código de Processo Civil, *in* **Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 73, n.1, jan-mar-2007**.

Mota, Marcílio Florêncio. **A Substituição Processual por Sindicatos – O acesso dos trabalhadores à ordem jurídica justa**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

Oliveira, Francisco Antonio de. **Comentários às Súmulas do TST**. São Paulo: Ltr, 2010.

Schiavi, Mauro. **Execução no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010

Souza Júnior, Antonio Humberto. Um Olhar Invejoso de Uma Velha Senhora: A Execução Trabalhista no Ambiente da Lei n. 11.382/2006, *in* **Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 73, n.1, jan-mar-2007**.

Teixeira Filho, Manoel Antonio. **Execução no Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

2 O DIREITO DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Geraldo Magela Melo
Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região (MG)

RESUMO

Os direitos constitucionais fundamentais são o alicerce do Estado Contemporâneo, na medida em que asseguram e evitam abusos dos dirigentes em face dos cidadãos, por isso todo direito fundamental implementado na realidade prática não pode sofrer abalo no que concerne à sua efetividade, por nenhuma medida estatal, haja vista o caráter progressivo desses direitos e, principalmente, em razão de sua essência de fundamentalidade, o que traz, por consequência, a vedação ao retrocesso na fruição dos direitos. Sendo os direitos dos trabalhadores um direito fundamental social, merecem proteção jurídica eficiente contra atos estatais que visem a suprimi-los ou alterá-los, sem que ocorram medidas compensatórias similares.

Palavras-chave: Vedação Retrocesso Influxos Direito do Trabalho

Abstract

Fundamental constitutional rights are the foundation of the Contemporary State, as to secure and prevent abuse of the leaders in the face of the citizens, so any fundamental right implemented in practical reality could not suffer concussion in regard to its effectiveness, by any State measure , Given the progressive nature of these rights

and, mainly, because the essence of fundamentalism, which has therefore to reverse the prohibition on the enjoyment of rights. As workers' rights a fundamental social right, deserve legal protection against efficient state acts that aim to suppress them or change them without the occurrence of similar compensatory measures.

Keywords: Reverse Seal Inflows Labor Law.

I. INTRODUÇÃO

O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria. Tal princípio alude a ideia de que o estado após ter implementado um direito fundamental não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente.

Calha acrescentar que os direitos sociais possuem a característica da progressividade, isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mutações na vida cotidiana, mas, dita alteração, apenas pode vir a acontecer desde que implique acréscimo à carga de fruição, de efetividade na realidade prática ou, no máximo, modificação, sem perda da concretude para o cidadão. Nessa esteira, considerando que os direitos laborais lapidados na Carta Magna de 1988 são direitos humanos, esses também estão jungidos à garantia constitucional da não retrocessão, principalmente em face da expressa natureza progressiva estampada no “caput” do art. 7º da Constituição Republicana “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Diante da norma mencionada, denota-se que a CR/88 fixa uma gama de direitos sociais dos trabalhadores, e, ainda, claramente firma posição ao mencionar “além de outros” de que outras normas que porventura advierem devem trazer ao obreiro uma condição social melhor do que a anteriormente alcançada no mundo fenomênico. Fortalece o entendimento de que Constituição da República elevou os direitos laborais ao status de garantia fundamental, o fato de esses

estarem presentes no Capítulo II - Dos Direitos Sociais, do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 6º, bem como no Capítulo I - dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, do Título VII- Da Ordem Econômica e Financeira, em seu art. 170, o qual estabelece que a ordem econômica estará fundada na valorização do trabalho humano.

2. A VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO DIREITO DO TRABALHO

Frente aos parâmetros acima fixados, passamos à análise de algumas alterações legislativas ou jurisprudenciais e a sua constitucionalidade perante o vetor constitucional da vedação ao retrocesso.

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – desde os idos de 1943 regulamentou o pagamento do adicional de insalubridade, o qual visa retribuir o empregado pela labuta em ambiente nocivo à sua saúde, tendo o referido regramento utilizado como base de cálculo da mencionada verba o salário mínimo, conforme entendimento da Súmula 228¹ do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que estava vigendo desde 1985, com nova redação em 2003.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como um dos direitos individuais dos trabalhadores o adicional de insalubridade, em seu art. 7º, inciso XXIII, trazendo a redação uma norma de eficácia

1 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 228. **Histórico:** Redação original - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985 Nº **228** ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO O PERCENTUAL DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE INCIDE SOBRE O SALÁRIO-MÍNIMO DE QUE COGITA O ART. 76 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Nova redação - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Nº **228** ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO O PERCENTUAL DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE INCIDE SOBRE O SALÁRIO MÍNIMO DE QUE COGITA O ART. 76 DA CLT, SALVO AS HIPÓTESES PREVISTAS NA SÚMULA Nº 17. **Súmula Nº 228 do TST**ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008 - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008) - SUSPENSA A APLICAÇÃO NA PARTE EM QUE PERMITE A UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO BÁSICO, EM DECORRÊNCIA DE LIMINAR CONCEDIDA NO PROCESSO RCL. 6.266-MC/DF. A PARTIR DE 9 DE MAIO DE 2008, DATA DA PUBLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SERÁ CALCULADO SOBRE O SALÁRIO BÁSICO, SALVO CRITÉRIO MAIS VANTAJOSO FIXADO EM INSTRUMENTO COLETIVO.

limitada, pois menciona “na forma da lei”, esclareça-se, exige a Carta Magna uma lei infraconstitucional para regulamentar a matéria para que haja a fruição do direito, tendo entendido, naquele momento, a maioria jurisprudencial, que o direito estava implementado pela normatização Celetista.

Insta sublinhar que a moderna doutrina constitucional aduz acerca da chamada eficácia paralisante das normas constitucionais, que significa que a norma constitucional, ainda que classificada como limitada, possui carga valorativa e impede, no mínimo, a atuação contrária do poder público em relação a um direito estabelecido constitucionalmente.

Contudo, ante a publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, em 2008, que entendeu estar vedada a utilização do salário mínimo como base de cálculo para vantagem de empregado, o TST alterou a redação de sua Súmula 228 para esclarecer que a base de cálculo passaria então a ser o salário básico.

Todavia, tal entendimento veio a ser suspenso pelo STF, em sede de medida liminar, na Reclamação. 6.266-MC/DF, com supedâneo na própria Súmula Vinculante nº 4, uma vez que o Poder Judiciário não poderia substituir a base mensurável.

Nesse contexto, criou-se uma celeuma jurídica laboral/constitucional, a qual ofende ao princípio da vedação ao retrocesso, na medida em que tínhamos um direito constitucional fundamental do trabalhador, devidamente implementado, que por decisões do Poder Judiciário colocou os trabalhadores em uma situação de vazio legislativo, sem uma base quantificável expressamente fixada.

Vale dizer que a proibição de vinculação do salário mínimo para qualquer fim curiosamente também está no art. 7º da CF/88, assim, as normas constitucionais devem ser compatibilizadas e ser vistas como um todo, em face do princípio da máxima efetividade e da ponderação de interesses.

Desta feita, se o Poder Judiciário não pode fixar a base de cálculo, e se os direitos sociais não podem sofrer retrocessão, e se a eficácia paralisante veda a atuação contrária do Poder Público, incluído o Judiciário, em relação a um direito fundamental, a melhor solução para a contenda seria a utilização da teoria das normas ainda constitucionais, ou seja, para se evitar o retrocesso jurídico quanto a tão importante adicional de insalubridade, dever-se-ia manter a aplicação do art. 192 da CLT, para considerar o salário mínimo como base de cálculo, até que advenha uma nova regra legislativa que

estabeleça outro parâmetro, com vistas a evitar a simples supressão do direito.

Outra questão que urge ser notada é o novo regramento falimentar, pois, nos termos do art. 60, parágrafo único e 141, inc. II, ambos da Lei 11.101/2005, a alienação de empresa em processo de recuperação judicial ou falimentar não acarreta a sucessão do arrematante nos débitos natureza trabalhista, o que implica retrocesso jurídico na proteção dos direitos laborais sociais sem uma contraprestação razoável ou similar.

Vale dizer que os arts. 10 e 448 da CLT, preveem a sucessão do empreendimento adquirente de forma genérica, porque o legislador laboral, ciente de que é o patrimônio o grande garantidor das dívidas e da efetividade do crédito trabalhista, assim estabeleceu, como regra, a sucessão. O argumento de que a Lei de Falências buscou a manutenção do empreendimento e por isso deve ser mantida a qualquer custo não convence, principalmente diante da realidade concreta de que a continuidade da empresa não necessariamente implica a continuidade dos vínculos laborais.

Até se poderia admitir a ausência de sucessão, mas desde que houvesse a garantia da manutenção dos empregos ou alguma outra proteção social equivalente, mas não da forma como está na norma, que simplesmente vedou a ocorrência de uma proteção jurídica aos direitos dos trabalhadores, retrocedendo no respeito aos direitos sociais.

Excelente é a lição do Ministro Emanuel Pereira no aresto abaixo colacionado:

...em momento algum podendo servir o citado dispositivo de argumento para a voracidade predatória, típica dos grandes conglomerados que, impunemente, vêm transformando conceitos, direitos e até garantias em consenso a serviço da ganância travestida de progresso, e que nada mais representa que nefasta metástase social que devora direitos arduamente alcançados. (Brasília. TST- RR-109600-62.2007.5.01.0064 EMMANOEL PEREIRA Ministro Relator)

Tem também trazido angústia aos defensores da não retrocessão dos direitos sociais, em especial os do labor, o fato de que

entes estatais têm aprovado leis fixando parâmetros para expedição de RPV – Requisição de Pequeno Valor – em patamares inferiores aos previstos na Carta Constitucional. Estabelece o art. 100, § 3.º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 30/2000: “disposto no **caput** deste artigo relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.”

A Emenda Constitucional n.º 37, que acrescentou o art. 87 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, em observância do § 3.º do art. 100 da Constituição, por meio dos incisos I e II, define pequeno valor no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, até que sobrevenham leis que estabeleçam os valores considerados como tais. Dispõe o art. 87 do ADCT e parágrafo único:

Para efeito do que dispõem o § 3.º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4.º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Todavia, alguns entes têm promulgado leis com número inferior a trinta salários mínimos, por vezes até em patamares irrisórios, em total burla do querer constitucional de tornarem efetivas e rápidas as decisões em face do Poder Público, assim, tais normas acarretam infringência ao princípio constitucional da vedação ao retrocesso, que assegura o avanço progressivo dos direitos sociais, não podendo se aceitar que situações mais eficazes na fruição de direitos fundamentais acabem por retroceder, pois tal situação não revela estar próxima da máxima efetividade do direito constitucional à duração razoável do processo.

De outra senda, no que toca à *Súmula Nº 372 do TST*, que garante a manutenção da gratificação aos empregados que a percebiam em razão de função por dez ou mais anos que, sem justo motivo, são revertidos ao seu cargo efetivo, tal entendimento nada mais é do que aplicação empírica do princípio da não retrocessão social, conforme brilhante voto da lavra do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, o qual, em razão da sua preciosidade, vale a pena transcrevê-lo em suas principais considerações:

Isso porque o empregado que exerce cargo comissionado por longo período, passa a conviver com um patamar remuneratório mais elevado, no qual pautada toda a sua vida e, ainda que seja legítima a reversão ao cargo efetivo, o prejuízo financeiro é direto e imediato, o que colide com a regra do art. 468, da CLT, que busca minimizar as consequências que lhe podem ser propiciadas. Na verdade, a validade da modificação é afastada, em virtude da citada regra legal. Contudo, além dessa diretriz, outra base principiológica pode ser aplicada ao caso em tela: o princípio da vedação do retrocesso social. Em 1988, o constituinte assinalou, como premissa do Estado brasileiro, a garantia do exercício dos direitos sociais, o que significa estabelecer uma diretriz a ser perseguida, inclusive pelo Poder Judiciário: torná-los efetivos, concretos, realizados, implementados, elevados que foram à condição de direitos fundamentais, na clássica linha evolutiva traçada por Bobbio. Consagrou, portanto, o princípio da máxima efetividade. A atividade interpretativa deve ser realizada vendo-se o sistema como um todo, e não a partir de regras isoladas ou consideradas num único contexto, como assinala Eros Roberto Grau: '[...] a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até à Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. E é

exatamente essa efetividade que impede, por meio da aplicação do princípio da vedação do retrocesso social (da não retrocessão social ou, para J. J. Canotilho, proibição de contra-revolução social ou da evolução reaccionária), a aplicação da regra em foco. Significa afirmar que a legislação que atribuir densidade (ou densificação) aos direitos de ordem fundamental não pode ter a sua eficácia afastada por qualquer outra. Estabelecido um determinado patamar de concretude de um direito fundamental, não se admite possa dele retroceder, como leciona, em outras palavras, Jorge Miranda: 'Não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar a eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Nisto consiste a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito-. Para Luiz Roberto Barroso, '[...] é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais-. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é

certo, de um princípio expresso no Texto Constitucional. Por isso, o mesmo autor diz ser decorrência do sistema jurídico-constitucional e exemplifica: '[...] se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido'. É o que também assinala Marthius Sávio Cavalcante Lobato, que se vale de Ana Paula de Barcelos: 'O princípio da proibição do retrocesso social não é um princípio constitucional expresso, podendo vir a ter suas potencialidades estabelecidas a partir do momento que se estabeleça como princípio densificador do Estado de Direito Pressupõe, desta forma, que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais são concretizados por meio de normas infraconstitucionais, ou seja, os efeitos que se pretende produzir são especificados por meio de legislação ordinária. Buscam progressiva ampliação dos direitos em questão, tal como preconiza o *caput* do art. 7º da CFB/88-. Essa ampliação progressiva instituída no dispositivo mencionado também é mencionada por Luiz Roberto Barroso, que também indica o art. 5º, 2º, da Constituição. Mais uma vez, recorre-se à lição do jurista lusitano, que estabelece a dimensão desse princípio: 'O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa tem sido designada como proibição de <contra-revolução social> ou da <evolução reaccionária>. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. A -proibição do retrocesso social - nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fática*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade

dos *direitos adquiridos*. [...] O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa -anulação-, -revogação- ou -aniquilação- pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado-. Na mesma diretriz, Ingo Sarlet adverte: 'Negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de um modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando o retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior-. Para ele, 'encontra-se vedada a possibilidade de o legislador infraconstitucional desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio conferiu às normas constitucionais-, principalmente quando o atendimento do objetivo constitucional depende, em princípio, dessa

densificação. Se tal fosse possível, 'estariamos diante da hipótese de um verdadeiro golpe contra a nossa Lei Fundamental-. À medida que revogasse a norma de concretização poderia ser impugnada judicialmente, alegando-se a sua inconstitucionalidade. Vital Moreira e J.J. Gomes Canotilho esclarecem que a realização do Estado social é um 'processo, um caminhar no sentido de crescente justiça social e constituindo cada avanço nessa direcção um aperfeiçoamento do Estado de direito democrático-, radicando-se como elemento adquirido desse Estado. Concluem, então, que 'qualquer retrocesso no caminho percorrido não se limita a contrariar o princípio constitucional da democracia econômica, social cultural; infringe também directamente o princípio do Estado de direito democrático-. O próprio STF já se pronunciou a respeito da aplicação desse princípio, ao estabelecer interpretação conforme os direitos fundamentais e fixar a impossibilidade de retrocesso na conquista da protecção à maternidade e, conseqüentemente, à gestante, como se constata: 'EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da protecção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a protecção à maternidade deve ser realizada 'na forma desta Constituição-, ou seja, nos termos previstos em seu

art. 7º, XVIII: 'licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias'. 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F/88), proibição, que, em substância, é um desdobraimento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção

firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme a Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime.- (grifos postos) Também em Portugal, o Tribunal Constitucional teve oportunidade de pronunciar-se sobre o tema, ao declarar inconstitucional diploma legal que implicava revogação de norma de concretização de direito fundamental, sob a justificativa de que o Estado não pode voltar atrás, descumprir o que já havia cumprido, passando à condição de devedor, como assinala Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela, para quem representa um '[...] desdobramento do efeito de irradiação das normas fundamentais de direito social [...] Assegurado o direito social na Carta Magna, a legislação infraconstitucional que o densificar não pode ser revogada sem que sejam garantidos os mesmos efeitos, ainda que sob outra forma de atuação estatal. [...] Deve-se ressaltar, no entanto, e mais uma vez, que não há uma proibição de modificação da legislação e sim uma vedação a que essa modificação implique perda do nível de concretização do direito social-. A caracterização do retrocesso estaria no fato de afastar-se a tese consagrada em casos que tais, que tem a sua regência determinada a partir do art. 468, da CLT, o qual autoriza a declaração da ilegalidade da modificação promovida pelo empregador e assegura o direito à íntegra do valor correspondente à função de

confiança exercida, substituindo-o pela norma interna, que criou o cálculo proporcional ao período de exercício. (Brasília. TST-RR-1235/2004-028-04-00.4. ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA Ministro Relator)

Por fim, há que se mencionar a nova redação do § 2º do artigo 114, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, a qual previu claramente a vedação ao retrocesso em matéria de dissídio coletivo, uma vez que determina ao Poder Judiciário do Trabalho que, quando da prolatação da sentença normativa, que essa respeite as condições convencionadas anteriormente, ou seja, as conquistas da categoria em negociação coletiva anterior ou dissídios pretéritos não podem ser apenas suprimidas devem ser respeitadas, como o claro querer constitucional da progressividade nos direitos sociais, inclusive tal matéria foi abordada pelo Egrégio TST, no PROC. Nº TST-AIRR-25/2006-471-04-40.0.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, é de bom tom mencionar que a Carta Constitucional de 1988 traz como fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho, em flagrante instituição de um Estado que preserva os direitos sociais e que prima pela instauração de ordem social justa, a qual apenas será conquistada com o respeito e reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso, em especial, na esfera dos direitos sociais fundamentais do trabalho.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27.ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Compilação de Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchíades Rodrigues Martins. - 37.ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da

sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09.2.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 04. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 de maio 2008. p.1.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 228. **Histórico:** Redação original - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985 Nº **228** ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO O PERCENTUAL DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE INCIDE SOBRE O SALÁRIO-MÍNIMO DE QUE COGITA O ART. 76 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Nova redação - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Nº **228** ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO O PERCENTUAL DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE INCIDE SOBRE O SALÁRIO MÍNIMO DE QUE COGITA O ART. 76 DA CLT, SALVO AS HIPÓTESES PREVISTAS NA SÚMULA Nº 17. **Súmula Nº 228 do TST** ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008 - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008) - SUSPENSA A APLICAÇÃO NA PARTE EM QUE PERMITE A UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO BÁSICO, EM DECORRÊNCIA DE LIMINAR CONCEDIDA NO PROCESSO RCL. 6.266-MC/DE A PARTIR DE 9 DE MAIO DE 2008, DATA DA PUBLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 4 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SERÁ CALCULADO SOBRE O SALÁRIO BÁSICO, SALVO CRITÉRIO MAIS VANTAJOSO FIXADO EM INSTRUMENTO COLETIVO.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 372. I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira.(ex-OJ nº 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996) II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003). **Diário de Justiça 20**,

Brasília, 25 de abril de 2005. p. 22.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 6266**. Rel. Min. Cármen Lúcia, Ano 2008, Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 24 fev. 2011.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. TST- RR-109600-62.2007.5.01.0064. Ministro Rel. EMMANOEL PEREIRA, Ano 2010, Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>. Acesso em: 25 fev. 2011.

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-1235/2004-028-04-00.4. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Ano 2009, Disponível em: <http://www.tst.jus.br>. Acesso em: 25 fev. 2011.

Reis, Daniela Muradas (2010). *O princípio da vedação ao retrocesso no direito do trabalho*. 1ª ed. São Paulo: LTr. Janeiro de 2010.

3 A PENHORABILIDADE DE SALÁRIOS, PENSÕES E PROVENTOS DE APOSENTADORIA NAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS

Marcel Lopes Machado
Juiz do Trabalho do TRT da 3ª Região (MG)

RESUMO

O objetivo deste estudo é fazer uma reflexão sobre o entendimento atual da jurisprudência trabalhista, especificamente, OJ 153 da SBDI-2/TST, sobre o tema da impenhorabilidade absoluta dos salários, pensões e proventos de aposentadorias nas execuções trabalhistas, art. 659, ICV/CPC, sobretudo, após as alterações legislativas que permitiram o desconto em folha destes rendimentos para pagamento dos créditos consignados, cuja natureza jurídica quirografária não se sobrepõe à natureza jurídica alimentar, primária e privilegiada dos créditos sociais do trabalho.

Palavras Chave: Salários e proventos de aposentadoria. Penhorabilidade parcial na execução trabalhista. Percentual de 30%. Aplicação do art. 1º, § 1º da Lei 10.820/2003 e art. 3º, I do Decreto 4.840/2003, art. 115, VI da Lei 8.213/91 e art. 154, VI do Decreto 3.048/99. Interpretações lógica/sistemática/teleológica do art. 649, IV/CPC. **Supremacia do crédito trabalhista. Art. 100, § 1º-A da CR/88 e art. 186/CTN.** Efetividade da prestação jurisdicional. Dever Constitucional do Estado. Art. 5º, XXXV E LXXVIII da CR/88.

Índice dos Temas:

1. Entendimento Jurisprudencial
2. Alterações Legislativas.
3. Trabalho, significado social.
4. Execuções trabalhistas.
5. Supremacia dos créditos sociais do trabalho aos créditos quirografários.
6. Licitude da penhora parcial dos salários, pensões e proventos de aposentadoria e observância da ordem geral dos créditos.
7. Dever Constitucional do Estado para a efetividade da prestação jurisdicional.
8. Crítica à manutenção do atual entendimento.
9. A função do Direito e da Justiça do Trabalho de controle civilizatório.
10. Bibliografia.

Atualmente prevalece na jurisprudência trabalhista o entendimento da impossibilidade **absoluta** da penhora dos salários, pensões e proventos de aposentadoria, art. 649, IV/CPC e OJ 153 da SBDI-2/TST. Todavia, as alterações legislativas, art. 1, § 1º da Lei 10.820/2003 e art. 3º, I do Decreto 4.820/2003, art. 115, VI da Lei 8.213/91 e art. 154, VI do Decreto 3.048/99, inovaram na ordem jurídica e permitiram o desconto, no percentual de até **30%**, dos salários, pensões e proventos de aposentadorias para quitação dos **créditos bancários consignados**, ou seja, **flexibilizaram sua intangibilidade absoluta para relativa** como importante mecanismo financeiro de fomento à economia e ao consumo através de acesso ao crédito facilitado para a população em geral.

O trabalho é direito **fundamental do homem**, de relevante **significado social**, art. 1º, IV da CR/88, fundamento de toda ordem econômica/financeira e social da RFB, art. 170, “caput”, VIII e art. 193 da CR/88, porquanto é o único **meio lícito de inserção** da pessoa humana no sistema capitalista de produção, e, via de consequência, **instrumento de (re) socialização** na sua busca de uma vida **digna** e proba, da promoção de seu bem-estar social, art. 1º, III da CR/88.

Nas execuções trabalhistas, cumpre aos litigantes evitar

incidentes temerários e **dilações** processuais **indevidas**, e tomar **consciência do caráter público do processo** como instrumento ético de efetivação dos direitos materiais da cidadania, cujo Poder Judiciário é o maior interessado na rápida solução dos litígios com o objetivo de restabelecer a paz social momentaneamente abalada, art. 5º, LXXVIII da CR/88 e art. 125, II/CPC, notadamente nos dissídios trabalhistas, que detêm relevante significado social, por se tratar o crédito **alimentício, primário e substancial**, de patrimônio jurídico mínimo do trabalhador, art. 100, § 1º-A da CR/88 e art. 186/CTN, cujo estado de necessidade é **premente** no Direito do Trabalho.

Ora, quem pleiteia crédito alimentar já se presume em situação de necessidade.

Não demanda para aumentar patrimônio ou para obter vantagem financeira. Não pretende dinheiro e riquezas. **Luta por um crédito eminentemente social**, cujas parcelas – salários, proventos, pensões, indenizações por morte ou invalidez – dizem respeito à **sobrevivência com dignidade mínima**. (...).

É preciso salientar que quem vive de salários necessita quotidianamente do que ganha para viver com dignidade. (...).

O trabalhador precisa de proteção, quando participa da liberdade de mercado, onde “vende” sua força de trabalho. Se fosse tratado como qualquer mercadoria sujeita à concorrência, seria naturalmente vilipendiado na sua dignidade de ser humano, ao qual faltariam condições mínimas para sobreviver. A disputa na livre-concorrência se faz entre os que possuem, não entre estes e os que não são proprietários. Aqui não há concorrência, mas dominação. (...).

Eis aí, com toda clareza, a função do Direito do Trabalho nas democracias modernas. Funciona como um dique (Damm) contra a liberdade contratual que o escravizaria e dá-lhe, com a proteção da lei, a dignidade humana necessária. Essa necessidade de proteção (Schützbedürftigkeit) é o pressuposto de todo o Direito do Trabalho.

Logo, o trabalhador não a precisa provar: *Opus non est probare, quod in substantia rerum est (não há necessidade de provar o que está na substância das coisas)* ¹.

Via de consequência, os créditos **sociais** do trabalho (**privilegiados**, de natureza **alimentar, primária e substancial**) **sobrepoem-se hierarquicamente** aos créditos financeiros, de natureza real ou quirografária, art. 186/CTN e art. 83, I da Lei 11.101/2005, contraídos através dos **empréstimos consignados**, e quitados mensalmente através da **flexibilização legal** que permitiu os descontos salariais, das pensões e proventos de aposentadoria.

Portanto, se é lícita a previsão de desconto, no percentual de até **30%** nos salários, pensões e proventos de aposentadoria para quitação de dívidas financeiras com **credores cíveis/bancários**, cuja natureza jurídica do crédito é **quirografária**, o que evita sumariamente às instituições financeiras processos judiciais cíveis para expropriação de patrimônio, por interpretação lógica, sistemática e teleológica do art. 649, IV/CPC com o ordenamento jurídico², **frustrados outros meios** de execução, e, observada a **proporcionalidade e razoabilidade** do caso concreto, por analogia “*legis*”, art. 8º/CLT e art. 126/CPC, este mesmo percentual **é passível** de penhorabilidade nas **execuções trabalhistas**, face à **supremacia** constitucional e legal do crédito do trabalho, pena de **violação e subversão** da ordem estabelecida no art. 100, § 1º-A da CR/88, do art. 186/CTN e art.

1 SILVA, Antônio Álvares da. **Execução Provisória Trabalhista depois da Reforma do CPC**. LTr: 2007, p. 82 e 83.

2 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 **avaliação 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.

83, I da Lei 11.101/2003.

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 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 reger, sem contradição, a conduta humana³.

Este tema, inclusive, foi objeto de aprovação do **enunciado n.º 29** na Jornada Nacional de Execução Trabalhista promovida pela ANAMATRA em 2010.

PENHORA DE SALÁRIO, PENSÃO E APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE EM EXECUÇÃO TRABALHISTA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1º, § 1º, DA LEI Nº 10.820/2003; ART. 3º, INCISO I, DO DECRETO Nº 4.840/2003; ART. 115, INCISO VI, DA LEI 8.213/91; E ART. 154, INCISO VI, DO DECRETO Nº 3.048/99. SUPREMACIA DO CRÉDITO TRABALHISTA. ART. 100, § 1º-A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 186 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). É lícita, excepcionalmente, a penhora de até 30% dos rendimentos decorrentes do trabalho, pensão

3 SILVA, Antônio Álvares da. **Súmulas de Efeito Vinculante e Completude do Ordenamento Jurídico**. LTr: 2004, p. 44.

e aposentadoria, discriminados no inciso IV do art. 649 do Código de Processo Civil (CPC), por expressa previsão no § 2º do art. 649 do CPC, desde que comprovado o esgotamento de todos os meios disponíveis de localização dos bens do devedor.

Ademais, a efetividade da entrega da prestação jurisdicional é garantia constitucional inscrita no rol dos direitos fundamentais do cidadão, art. 5º, XXXV e LXXVIII da CR/88 c/c art. 8º da **Declaração Universal** dos Direitos Humanos e art. 8º da **Convenção Americana** sobre Direitos Humanos. Compete ao Poder Judiciário assegurar a todos a razoável duração do processo e os **meios** que garantam a **celeridade de sua tramitação**⁴, através de interpretações que dêem a **máxima efetividade e concretude** aos direitos/garantias **constitucionais fundamentais**, art. 5º, §1º da CR/88, face à aplicação do **princípio da efetividade**⁵ das normas constitucionais.

4 “Razoabilidade da duração do processo. A norma garante aos brasileiros e residentes no Brasil o direito à razoável duração do processo, judicial ou administrativo. Razoável duração do processo é conceito legal indeterminado que deve ser preenchido pelo juiz, no caso concreto, quando a garantia for invocada. Norma de eficácia plena e imediata (CF 5º, § 1º), não necessita de regulamentação para ser aplicada. (...)”

Aplicação imediata das normas sobre direitos e garantias fundamentais. O texto constitucional é por demais claro e evita a perenidade das normas programáticas no tocante aos direitos e garantias fundamentais. Todo e qualquer direito previsto na CF 5º pode ser desde já invocado, ainda que não exista norma infraconstitucional que o regule. (...)”. NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. RT. São Paulo: 2006, p. 140.

5 A idéia 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*.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. JUÍZES QUE DÃO VIDA AO DIREITO. CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL. ARTIGO 475-O DO CPC. OMISSÃO DA CLT E COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. O processo nasce e morre na primeira instância, principal e mais importante porta de acesso ao Poder Judiciário. Os juízes de primeiro grau são os que têm primeiro e em maior intensidade o poder-dever de criação da jurisprudência, significativa fonte formal de Direito, mesmo no sistema romano-germânico. O Processo do Trabalho prima pela efetividade, porque é enxuto, simples, sem margens e sem tempos mortos ou marginais, concedido ao juiz ampla liberdade na sua condução, conforme art. 765, da CLT. Poucos preceitos jurídicos, essa característica constitui uma de suas inúmeras qualidades, que servem constantemente de inspiração para as reformas do Processo Civil. Formalidade por amor à formalidade, é o esvaziamento de sua essência; é a ausência de significado técnico-científico, uma vez que a grande virtude processual é a celeridade/efetividade, aliada, passo a passo, ao direito amplo de defesa. Neste contexto de sábia avareza legislativa, o art. 769, da CLT, é a exuberante fonte de inspiração, de criatividade e modernização perene do Processo do Trabalho, sobretudo por parte dos juízes e Advogados, a quem o legislador atribui relevantes função e múnus públicos, e que diariamente lutam contra as misérias processuais. O Processo do Trabalho compôs-se sempre de duas fases: conhecimento e execução. Embora essa superfetação de fases não seja novidade para os juízes, todos sabemos que a segunda constitui o calcanhar de aquiles do processo do trabalho. Neste contexto, o artigo 475-0, /S 2-o, I, com redação dada pela lei 11.232/95, significou grande

evolução, porque permitiu a prática de atos alienatórios e o levantamento de depósito em dinheiro sem caução, quando se tratar de crédito de natureza alimentar ou proveniente de ato ilícito, inclusive as indenizações por danos materiais, estéticos e morais, até o limite de 60 salários mínimos. Esta medida, que significa grande evolução do processo em geral, é plenamente compatível com o Processo do Trabalho, que não pode se excluir das conquistas da Ciência do Direito, simplesmente por ser especial. Se há omissão na CLT e a regra do art. 475-0, /S 2-o, I, é compatível com o Processo do Trabalho, ela deve ser aplicada, uma vez que viabiliza e agiliza a execução do crédito trabalhista de natureza tipicamente alimentar, fruto do trabalho humano, que a Constituição da República colocou como fundamento da República e base da ordem econômica e social - artigos 1º, IV, 170 e 193. Se uma das formas expressivas de dignidade da pessoa humana advém do trabalho subordinado, **o Estado Democrático de Direito, art. 1º, da Constituição Federal, tem o dever de garantir a tempestividade da tutela jurisdicional, no que denominou de tempo razoável**, armando o juiz com todos os meios de efetivar sua célere tramitação - art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, e art. 8º. (garantias judiciais, inclusive no tocante ao processo trabalhista, expressamente previsto no mencionado dispositivo) da Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, adotada e aberta à assinatura em 22/11/69 e ratificada pelo Brasil em 25/9/1992. (TRT 3ª Reg. - 4ª T. - AP 00174-2005-059-03-41-0 – Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault – DJMG 30/10/2007, p. 22)

A manutenção do entendimento atual sobre a impossibilidade de penhora, OJ 153 da SBDI-2/TST, possibilitará a

continuidade da frustração das execuções trabalhistas, a violação dos direitos material e processual do trabalho e à própria autoridade das decisões do Poder Judiciário, bem como, se admitirá introspectivamente a “**síndrome do descumprimento** das obrigações e/ou **síndrome da obrigação não cumprida**”.

Por fim, em uma sociedade capitalista pós-moderna, cujos 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 promover o **controle civilizatório de um patamar mínimo de proteção** dos trabalhadores e da própria essência da legislação de proteção no Estado do Bem Estar Social, art. 1º, IV c/c art. 7º c/c art. 170 e 193 da CR/88 frente às mutações dos sistemas produtivos⁷, porquanto, a tutela jurídica para compensar a desigualdade social foi sempre na história a **finalidade** do Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª edição. Saraiva. São Paulo: 2006.

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.

FREIRE PIMENTA, José Roberto (coord). **DIREITO DO TRABALHO – Evolução, Crises, Perspectivas**. LTr. São Paulo: 2004.

NERY JR., Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. RT. São Paulo: 2006.

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

_____. **Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico**. LTr. São Paulo: 2004.

4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A NOVA SÚMULA N. 331 DO TST: A QUESTÃO DA FISCALIZAÇÃO E A CULPA *IN VIGILANDO*

Bruno Santos Cunha

Procurador do Município do Recife. Advogado

SUMÁRIO:

1. Nota Introdutória.
2. O cenário jurídico anterior à ADC n. 16: ampla responsabilização da Administração.
3. A ADC n. 16: novo colorido ao tema.
4. A nova jurisprudência dos Tribunais trabalhistas, a questão da fiscalização e a culpa *in vigilando*: o que fazer?
5. Referências bibliográficas.

I. NOTA INTRODUTÓRIA

Com o julgamento pelo plenário do Supremo Tribunal Federal da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 (ADC n. 16), em novembro de 2010, as já acirradas discussões acerca da responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes de contrato administrativo de disponibilização de mão-de-obra (terceirização) ganharam novo capítulo.

De fato, a própria atuação do Tribunal Superior do Trabalho no sentido da alteração de seu enunciado de súmula n. 331 demonstra um novo cenário jurídico para a questão, a demandar sistematização doutrinária e, sobretudo, jurisprudencial. Assim, importa discutir os novos contornos da possível responsabilização da Administração Pública

em casos que tais, dando especial relevo à questão da fiscalização dos contratos administrativos ora debatidos e, bem assim, da eventual culpa *in vigilando* do ente administrativo contratante.

2. O CENÁRIO JURÍDICO ANTERIOR À ADC N. 16: AMPLA RESPONSABILIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO

Muito já se escreveu e discutiu acerca dos imbróglios decorrentes da chamada terceirização de mão-de-obra por entes da Administração Pública pela via do contrato administrativo. A partir da metáfora de Celso Antônio Bandeira de Mello – utilizada no tocante à distinção entre vinculação e discricionariedade¹ –, é de se dizer que *já se verteram rios de tinta* sobre a temática da responsabilização da Administração na hipótese de contratação administrativa de mão-de-obra e decorrente inadimplência do contratado perante os efetivos prestadores, sendo certo afirmar que até o advento do julgamento da ADC n. 16 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal era possível se vislumbrar uma quase total uniformidade de tratamento da matéria.

Por certo, o que se tinha era verdadeira consolidação jurisprudencial a delinear e formatar os aspectos da responsabilidade administrativa, tendo como parâmetro uma interpretação acerca do art. 71 e §1º da Lei n. 8.666/93² que, em rasos termos literais, ia de encontro com a expressão vocabular da referida norma, ainda que sem afastá-la do mundo jurídico com apoio em mecanismos aptos para tal.³

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 9.

2 Lei n. 8.666/93 Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere 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.

3 Leia-se: mecanismos de controle de constitucionalidade. Tal sorte de acontecimentos gerou a discussão acerca da incidência, no caso, da Súmula Vinculante n. 10 do STF, que assim dispõe: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Em verdade – e diante de tal quadro fático –, toda e qualquer ação que discutisse eventual responsabilização administrativa em face do inadimplemento dos encargos trabalhistas pelo contratado chegaria ao mesmo deslinde: declaração de responsabilidade da Administração sem qualquer aferição do elemento subjetivo em sua conduta, em verdadeira admissão de responsabilidade objetiva do ente administrativo, com o afastamento indireto ou reflexo da norma contida no já citado art. 71 e §1º da Lei n. 8.666/93.

Neste contexto, tinha-se nos juízos e Tribunais trabalhistas uma resposta de antemão para as eventuais reclamações propostas em face do ente administrativo, com esboço no então item IV do Enunciado de Súmula n. 331 do TST, a saber:

Súmula 331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

3. A ADC Nº 16: NOVO COLORIDO AO TEMA

Em face da enorme controvérsia instaurada a partir da aplicação do Enunciado de Súmula n. 331 do TST e do afastamento indireto e/ou reflexo da regra do art. 71 e §1º da Lei n. 8.666/93, em março de 2007 o então Governador do Distrito Federal propôs a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, com o escopo de ver declarada a validade constitucional da norma legal referida.

Em apertada síntese, vale dizer que a petição inicial da ação constitucional debatida apontava para a alarmante situação jurídica então existente, já que “a norma objeto da presente, a despeito de sua

constitucionalidade evidente e manifesta, tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no art. 71, §1º, da Lei Federal n. 8.666/93. Nesse sentido, o TST fez editar enunciado de súmula da jurisprudência dominante, em entendimento diametralmente oposto ao da norma transcrita, responsabilizando subsidiariamente tanto a Administração Direta quanto a Indireta em relação aos débitos trabalhistas quando atuar como contratante de qualquer serviço de terceiro especializado [...]”.

De fato – e conforme anotado em oportunidade específica sobre a temática⁴ – duas eram as questões tradicionais e pacificadas então debatidas a partir da aplicação do Enunciado de Súmula n. 331 do TST: 1) pelo princípio do concurso público (art. 37, II, da CF/88), a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não geraria vínculo de emprego com os órgãos da Administração; 2) o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implicaria a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços (*in casu*, a Administração), muito embora a Lei n. 8.666/93 – que regula justamente a forma de contratação administrativa de tais serviços, enquanto atividade-meio – tenha disposição expressa em contrário, como já visto.

De qualquer sorte, o ajuizamento da ADC n. 16 trouxe para o debate outras importantes acepções, até então pouco discutidas⁵. É que o que ora há de se discutir no âmbito doutrinário e jurisprudencial – e agora em seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal – são as implicações do embate entre o texto legal e a jurisprudência consolidada em súmula de aplicação uniforme. Assim, é possível elencar uma série de entraves que não de ser dirimidos a partir da manifestação conclusiva do STF; seja por intermédio das ilações advindas da ADC n. 16, seja em virtude de outros pronunciamentos a ela complementares (*e.g.* Reclamações constitucionais). Dentre as principais celeumas, frise-se: 1) a acepção diametralmente oposta entre lei e enunciado de súmula;

4 CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 77, n. 1, p. 131-138, jan/mar 2011.

5 Frise-se que tais questões eram tratadas, sobretudo, no ambiente da Advocacia Pública, na defesa dos interesses públicos alinhados ao Estado. Talvez o grande mérito da ADC n. 16 tenha sido alçá-las ao debate nacional.

2) a questão da declaração implícita de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais, a ensejar a aplicação da Súmula Vinculante n. 10 do STF; 3) uma alegada objetivação da responsabilidade do ente estatal contratante; 4) aferição de eventual elemento subjetivo⁶ na conduta administrativa, sobretudo em face de conduta omissiva; 5) subsidiariedade ou solidariedade na responsabilização administrativa.^{7 8}

É que do julgamento da ADC n. 16 extrai-se que o Supremo Tribunal Federal houve por considerar, no mérito, que “a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST”.⁹

Assim, o novo colorido que se dá ao tema implica necessariamente uma alteração da visão dos Tribunais trabalhistas acerca da atuação administrativa no bojo dos chamados contratos de terceirização de mão-de-obra, abrindo espaço para um duplice enfoque da questão.

De um lado, a viabilidade de tal sorte de contratações demanda um controle prévio da Administração, no bojo do certame licitatório, no qual deverá zelar pela melhor contratação possível em termos de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira, a abranger caracteres de saúde financeira e capacidade de adimplemento da contratada, nos moldes dispostos, sobretudo, no art. 31 da Lei n. 8.666/93. Aqui se está a falar da culpa *in eligendo* da Administração, ligada à metodologia e forma de escolha

6 Elemento subjetivo que, em tais casos, consubstancia-se na chamada culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, que serão abordadas oportunamente.

7 Vide: CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 77, n. 1, p. 135, jan/mar 2011.

8 Conforme salientado adiante, o foco do presente trabalho está na discussão acerca da aferição de eventual elemento subjetivo na conduta administrativa, sobretudo no tocante à culpa *in vigilando*.

9 Informativo n. 610 do STF.

do fornecedor de mão-de-obra terceirizada; busca-se, pois, a escolha de fornecedor apto a honrar com a prestação pretendida, sem descurar das implicações jurídico-econômicas dela provenientes.

Por outro lado – e o que ora nos importa –, há de se debater e enfocar o chamado controle concomitante à execução contratual, em nítido viés fiscalizatório (vide artigos 58, III e 67 da Lei n. 8.666/93)¹⁰, na busca da integral consecução dos termos ajustados e do adimplemento de todas as parcelas acessórias à prestação contratada (as decorrências jurídico-trabalhistas advindas da disponibilização de mão-de-obra). E aqui, por certo, surge a figura de eventual culpa *in vigilando* da Administração – a ser discutida abaixo –, como quebra do dever legal de vigilância que reside na efetiva gestão e fiscalização contratual.

4. A NOVA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS, A QUESTÃO DA FISCALIZAÇÃO E A CULPA *IN VIGILANDO*: O QUE FAZER?

Diante do que até aqui exposto, necessário discutir a repercussão do julgamento da ADC n. 16 nas contratações administrativas de mão-de-obra terceirizada e, bem assim, na aferição da responsabilidade administrativa daí decorrente.

Em primeiro lugar, válido ressaltar a premente e inafastável “reconfiguração da sistemática de apuração da responsabilidade dos entes públicos, a ensejar necessário cotejo entre sua atuação – comissiva ou omissiva – com as decorrências do caso concreto: hipótese que poderá implicar o reconhecimento ou não de eventual omissão culposa, mormente em relação à escolha (culpa *in eligendo*) e à fiscalização do contratado (culpa *in vigilando*)”.¹¹ Assim, a instrução probatória dos

10 Lei n. 8.666/93 Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: III - fiscalizar-lhes a execução;

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

11 CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 77, n. 1, p. 137-138, jan/mar 2011.

processos em que se discute a responsabilidade administrativa deverá obrigatoriamente abarcar a configuração ou não da omissão administrativa, sob pena de se subverter a exegese legal apontada pelo Supremo Tribunal Federal na ADC n. 16.

Neste ponto, interessante anotar algumas decisões do Tribunal Superior do Trabalho que, já alinhadas à novel decisão do STF, tratam da necessária formação e comprovação do elemento subjetivo na conduta administrativa para sua responsabilização. Por oportuno, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Diante da ofensa ao art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. Para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada conforme o disposto na Lei n.º 8.666/93, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas. Esse, aliás, foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal que em recente decisão (ADC 16 - 24/11/2010), ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93, asseverou que constatada a culpa *in vigilando*, gera a responsabilidade subsidiária do ente. Não restando comprovada a omissão culposa do ente em relação à fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, não há de se falar em responsabilidade subsidiária. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RR - 4017-32.2010.5.10.0000, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julga-

mento: 11/05/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: 20/05/2011).

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC 16. CULPA IN VIGILANDO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DESPROVIMENTO. Confirma-se a decisão que, por meio de despacho monocrático, negou provimento ao agravo de instrumento, por estar a decisão recorrida em consonância com a Súmula 331, IV, do c. TST. Nos termos do entendimento manifestado pelo E. STF, no julgamento da ADC-16, em 24/11/2010, é constitucional o art. 71 da Lei 8666/93, sendo dever do judiciário trabalhista apreciar, caso a caso, a conduta do ente público que contrata pela terceirização de atividade-meio. Necessário, assim, verificar se ocorreu a fiscalização do contrato realizado com o prestador de serviços. No caso em exame, o ente público não cumpriu o dever legal de vigilância, registrada a omissão culposa do ente público, ante a constatada inadimplência do contratado no pagamento das verbas trabalhistas, em ofensa ao princípio constitucional que protege o trabalho como direito social indisponível, a determinar a sua responsabilidade subsidiária, em face da culpa in vigilando. Agravo de instrumento desprovido. (TST - Ag-AIRR - 153040-61.2007.5.15.0083, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/12/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 28/01/2011).

RECURSO DE REVISTA - ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - JULGAMENTO PELO STF - CULPA IN VIGILANDO - OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E

67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA. O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando do ente público, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, já que, nesta situação, a administração pública responderá pela sua própria incúria. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT). Na hipótese dos autos, além de fraudulenta a contratação do autor, não houve a fiscalização, por parte do Estado-recorrente, acerca do cumprimento das ditas obrigações, conforme assinalado pelo Tribunal de origem, razão pela qual deve ser mantida a decisão que o responsabilizou subsidiariamente pelos encargos devidos ao autor. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR - 67400-67.2006.5.15.0102, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 07/12/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 17/12/2010).

Mais tarde – e diante das decisões neste sentido –, o próprio Tribunal Superior do Trabalho houve por assentar posição e uniformizar

sua jurisprudência. Assim, por meio da Resolução n. 174/2011, deu nova redação ao Enunciado de Súmula n. 331, sobretudo em seu item IV, com o acréscimo dos itens V e VI:

Súmula 331 – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, 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. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O que se tem, pois, é a consagração de um regime de responsabilidade administrativa no qual há de estar comprovada a má atuação estatal (a dita culpa *in vigilando*). De toda sorte, tal construção traz à baila importante discussão: quais os termos e como se dá a boa fiscalização administrativa capaz de afastar a responsabilidade da Administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes da contratação administrativa? Em termos mais diretos: como deve atuar a Administração na fiscalização de tais contratos?

Em oportunidade pretérita – anterior à alteração da Súmula n. 331 do TST –, assim introduzi, em termos gerais, a discussão:

[...] é no espectro da gestão e fiscalização que

eventual omissão administrativa pode e deve ser fulminada, dando azo ao efetivo cumprimento contratual e ao afastamento de futura responsabilização. No ponto, importa dizer que, enquanto a gestão de contratos é um serviço geral de administração dos instrumentos contratuais, a fiscalização remete-se à atividade mais pontual e especializada, para cujo desempenho é indispensável que a Administração Pública designe formalmente um agente¹², com conhecimento técnico suficiente. Tal agente – fiscal –, com o auxílio das normas pertinentes à contratação, deverá desempenhar minuciosa conferência qualitativa e quantitativa dos serviços objeto do contrato, bem como fiscalizar o pagamento dos encargos trabalhistas e seus consectários em relação aos funcionários da contratada, evitando futuras condenações da Administração Pública com base na responsabilidade solidária/subsidiária.

Caberá ao fiscal, pois, uma atuação mais focal e especializada, sobretudo no tocante à verificação e constatação do efetivo pagamento das verbas trabalhistas, sendo assente a necessidade de que o mesmo possua conhecimento técnico na área (*in casu*, orientação jurídico-trabalhista). Diante disso, inegável a possibilidade de uma pluralidade de fiscais, cada qual afeto à área específica (*e.g.* um fiscal no tocante ao serviço executado pela mão de obra contratada e outro em relação às decorrências jurídico-laborais da contratação).

Evidente, assim, o reforço de incidência no tocante à fiscalização dos contratos, principalmente diante das atuais repercussões acerca da

12 Frise-se que, nos termos do art. 67 da Lei n. 8.666/93, é possível que, além do representante da Administração especialmente designado, seja manejada a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição fiscalizatória.

responsabilidade da Administração nos casos que envolvam a chamada terceirização de mão de obra, a representar instrumental apto e necessário ao correto exercício da atividade administrativa, em sentido largo.¹³

Demais disso – e ainda que alterado o Enunciado de Súmula n. 331 do TST – é de se temer a instauração de uma responsabilidade administrativa subjetiva com base em culpa *in vigilando* presumida. De qualquer forma, a fim de ilidir tal configuração é que se deve examinar qual o verdadeiro papel da Administração na seara de fiscalização contratual.

No ponto, vale salientar que o §1º do artigo 67 da Lei n. 8.666/93 é mandatário ao assinalar que “o representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados”. Complementando tal noção, dispõe o §2º do mesmo artigo que “as decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes”. Resta clara, assim, a incidência e regulação legal da fiscalização contratual.

Passando ao nível regulamentar, é de se mencionar que a Instrução Normativa n. 02/08-SLTI/MPOG traz, no âmbito federal, a disciplina do acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos administrativos, salientando em seu art. 31 que tal consiste “na verificação da conformidade da prestação dos serviços e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do contrato, devendo ser exercidos por um representante da Administração, especialmente designado na forma dos arts. 67 e 73 da Lei nº 8.666/93.e do art. 6º do Decreto nº 2.271/97”.

Na mesma esteira, o art. 34 da referida Instrução Normativa enuncia que “a execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso: I - os resultados

13 CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 77, n. 1, p. 137, jan/mar 2011.

alcançados em relação ao contratado, com a verificação dos prazos de execução e da qualidade demandada; II - os recursos humanos empregados, em função da quantidade e da formação profissional exigidas; III - a qualidade e quantidade dos recursos materiais utilizados; IV - a adequação dos serviços prestados à rotina de execução estabelecida; V - o cumprimento das demais obrigações decorrentes do contrato; e VI - a satisfação do público usuário”.

No que toca especificamente às obrigações jurídico-trabalhistas decorrentes do contrato, vale a transcrição do dispositivo específico:

IN n. 02/08-SLTI/MPOG – Art. 34, §5º Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:

I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas:

a) a prova de regularidade para com a Seguridade Social, conforme dispõe o art. 195, § 3º da Constituição federal sob pena de rescisão contratual;

b) recolhimento do FGTS, referente ao mês anterior, caso a Administração não esteja realizando os depósitos diretamente, conforme estabelecido no instrumento convocatório;

c) pagamento de salários no prazo previsto em Lei, referente ao mês anterior;

d) fornecimento de vale transporte e auxílio alimentação quando cabível;

e) pagamento do 13º salário;

f) concessão de férias e correspondente pagamento do adicional de férias, na forma da Lei;

g) realização de exames admissionais e demissionais e periódicos, quando for o caso;

h) eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei;

i) comprovação do encaminhamento ao Ministério do Trabalho e Emprego das informações trabalhistas exigidas pela legislação, tais como: a

RAIS e a CAGED;

j) cumprimento das obrigações contidas em convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa em dissídio coletivo de trabalho; e

k) cumprimento das demais obrigações dispostas na CLT em relação aos empregados vinculados ao contrato.

E continua a aludida norma regulamentar, ao salientar que “o descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual” (art. 34-A), sendo que “a Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou a incapacidade da empresa de corrigir a situação” (art. 34-A, parágrafo único).

Ademais, vê-se que “o pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada” (art. 36), sendo que tal documento deverá ser obrigatoriamente acompanhado das seguintes comprovações (art. 36, §1º): a) do pagamento da remuneração e das contribuições sociais (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Previdência Social), correspondentes ao mês da última nota fiscal ou fatura vencida, compatível com os empregados vinculados à execução contratual, nominalmente identificados; b) da regularidade fiscal, constatada através de consulta “on-line” ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, ou na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei nº 8.666/93; e c) do cumprimento das obrigações trabalhistas, correspondentes à última nota fiscal ou fatura que tenha sido paga pela Administração.

Bem de ver, pois, que diante das especificidades fiscalizatórias ora arroladas – que não exauam tal atividade, diga-se – resta notória a necessidade de que o acompanhamento da execução contratual seja diário e efetivamente concomitante à prestação. É que, como bem anotam Márcio Túlio Viana, Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim:

A leitura teleológica das normas em apreço sinaliza para a busca de um resultado fiscalizatório concreto, consistente num controle capaz de impor à empresa contratada o cumprimento dos direitos

laborais dos seus empregados, levando-a a adimplir todos os encargos sociais e trabalhistas decorrentes do contrato administrativo, com vistas, inclusive, a atrair de forma plena e iniludível o disposto no §1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93.¹⁴

De fato – e em face das minúcias advindas da fiscalização contratual –, duas situações devem ser destacadas no tocante à fiscalização pela Administração nos contratos administrativos de terceirização. A primeira – e já abordada – diz respeito às atribuições do ente administrativo em tal seara¹⁵; a segunda, acerca da possibilidade de inserção, no edital de licitação tendente à contratação de empresa prestadora de serviços de apoio (atividade-meio), de condicionante para o pagamento da fatura mensal emitida, dando-se o efetivo adimplemento da contraprestação do ente administrativo somente após a empresa contratada comprovar a completa e integral quitação das verbas trabalhistas devidas a seus empregados.

Nessa segunda seara, não há de se vislumbrar qualquer afronta à estipulação taxativa dos requisitos de habilitação no bojo do certame licitatório (arts. 27 a 33 da Lei n. 8.666/93). *In casu*, tal providência não é e não pode ser vista como um requisito prévio de contratação e, bem assim, impossível de ser disposto em edital, mas sim como ferramenta para a correta e eficiente atuação administrativa, nomeadamente por meio da necessária fiscalização.¹⁶ É que, por certo,

14 AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves. VIANA, Márcio Túlio. Terceirização aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 77, n. 1, p. 83, jan/mar 2011.

15 Neste ponto e ainda que esta não seja a opinião versada neste trabalho, válido salientar a discussão trazida por Juliana Haas que, com espeque em Bianca Duarte T. Lobato e Dora Maria de Oliveira Ramos, aponta as incongruências acerca da obrigatoriedade de fiscalização pela Administração do adimplemento das obrigações trabalhistas da contratada a par de determinação legal para tal. Assim, não haveria “como configurar o nexa causal entre o dano sofrido pelos empregados da prestadora, decorrente de um eventual inadimplemento desta em relação às suas obrigações trabalhistas, e uma suposta ação ou omissão antijurídica perpetrada pela Administração, simplesmente porque a ela, com exceção das prestações previdenciárias e fundiárias, não foi dado o dever de fiscalizar as relações empregatícias da contratada”. *In: HAAS, Juliana. Reflexões sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 77, n. 1, p. 139-155, jan/mar 2011.

inviabilizar a fiscalização das obrigações trabalhistas com a vedação de estipulação de condicionantes de pagamento impostas em edital a todos eventuais participantes da licitação tornaria letra morta a decisão do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe velar pela integridade da Constituição e do ordenamento jurídico.

Assim – e em linhas gerais – é de se dizer que o então consolidado tema da responsabilização da Administração pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes de contrato administrativo de disponibilização de mão-de-obra (terceirização) foi alvo de notórias inovações com o julgamento da ADC n. 16 pelo Supremo Tribunal Federal. Desta feita, o reconhecimento da necessidade de apuração do elemento subjetivo na conduta da Administração para sua responsabilização não impedirá que a mesma seja apontada como responsável pelas verbas trabalhistas inadimplidas em decorrência de terceirizações, mormente nos casos em que a instrução probatória demonstre sua omissão ou má atuação no tocante à fiscalização (e aqui, com a configuração da culpa *in vigilando*).

No ponto – e como já assentado em outra oportunidade¹⁷ – o que se depreende de tal ordem de acontecimentos é o necessário reforço na fiscalização contratual, a fomentar uma mudança significativa na atividade dos agentes públicos que atualmente desempenham tal função, no sentido de que a mesma não representa mera faculdade assegurada à Administração, mas sim verdadeiro dever a ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais¹⁸ subjacentes à contratação administrativa realizada.

16 Ainda no que toca aos mecanismos e sistemas para uma melhor fiscalização das obrigações trabalhistas em contratos administrativos de disponibilização de mão de obra (terceirização), vale citar a Resolução n. 98/2009 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre as provisões de encargos trabalhistas a serem pagos pelos Tribunais às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua no âmbito do Poder Judiciário. Em específico – e mesmo que a par da espécie fiscalizatória aventada neste trabalho –, tal Resolução determina, em suma, a criação de contas específicas em banco público oficial nas quais devem ser depositados os valores de provisionamento de 13º salário, férias e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, cuja movimentação fica condicionada a tais eventos e à ordem do Tribunal ou Conselho contratante.

17 CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 77, n. 1, p. 138, jan/mar 2011.

18 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 780.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Helder Santos; DELGADO, Gabriela Neves. VIANA, Márcio Túlio. Terceirização – aspectos gerais. A última decisão do STF e a Súmula 331 do TST. Novos enfoques. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 77, n. 1, p. 54-84, jan/mar 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Bruno Santos. Fiscalização de contratos administrativos de terceirização de mão de obra: uma nova exegese e reforço de incidência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 77, n. 1, p. 131-138, jan/mar 2011.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito do trabalho: direito individual e direito coletivo do trabalho*. 4. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

GEMIGNANI, Teresa Aparecida Asta. Artigo 71 da lei 8.666/93 e súmula 331 do TST: poderia ser diferente? *Revista do TRT6*. Recife, vol. 20, n. 37, p. 202-228, 2010.

HAAS, Juliana. Reflexões sobre a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas da contratada à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, vol. 77, n. 1, p. 139-155, jan/mar 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

5 A PÓS-MODERNIDADE E A NECESSÁRIA REDESIGNAÇÃO DO CONCEITO DE “ACESSO À JUSTIÇA”

Nelson Hamilton Leiria

Juiz do Trabalho Titular da 1ª VT de Blumenau-SC

“A Justiça é o dever-ser da ordem para os dirigentes, o dever-ser da esperança para os oprimidos.”¹

I. A MODERNIDADE E O “ACESSO À JUSTIÇA”

A modernidade se consolidou nos séculos XIX e XX e tem a aparência sólida das construções dos prédios dos tribunais brasileiros, em especial dos tribunais superiores. Edifícios grandes e sólidos, verdadeiros escritórios de jurisdição onde tudo tem um lugar estabelecido, certo e definido, onde os indivíduos têm um lugar pré-estabelecido que lhes dá uma vida relativamente estável.

A modernidade não podia prescindir de um Estado que se imaginava por (absolutamente) soberano onde todas as diferenças estavam reduzidas à unidade. Havia, pois, uma língua, uma cultura, uma ideologia, um território, um povo e uma única lei. O período foi da assimilação das diversidades. A sociedade cedeu sua liberdade para um Estado que administrava as diferenças, ficando a sociedade sem opções de escolha, pois tudo passou a ser pré-determinado em nome de uma racionalidade como panacéia única para todos os males sociais.

BAUMAN (1999, 16) aduz que:

¹ Aguiar, 1987:17

“... a soberania do estado moderno é o poder de definir e de fazer as definições pegarem tudo que se autodefine ou que escapa à definição assistida pelo poder é subversivo. O outro dessa soberania são as áreas proibidas, de agitação e desobediência, de colapso da lei e da ordem... a resistência à definição coloca um limite à soberania, ao poder, à transparência do mundo ao seu controle, à ordem.”

As realidades da modernidade eram a ordem, o controle, o positivismo filosófico e jurídico. O racionalismo sendo o traço mais marcante da modernidade, modo de encarar e a própria razão do mundo, alcançou todas as facetas da vida humana. O regulamento social passou a observar um direito positivo, estruturado, racional, com prevalência da lei de um Estado neutro e isento, detentor do saber jurídico, da solução de lide como monopólio de segurança, tudo voltado ao bem comum para uma sociedade estável, democrática e justa.

A característica do direito moderno, referente à sujeição de todos os indivíduos à ordem jurídica vigente em um determinado território delimitado por suas fronteiras, foi fruto do processo de racionalização agenciado pelo mercado e pela burocracia. Pontua STRECK (2004,59) que “não é segredo, que, historicamente, o Direito tem servido, preponderantemente, muito mais para sonegar direitos do cidadão do que para salvaguardar o cidadão”

O Estado faz Justiça para todos e faz uma mesma Justiça (eis que, frente à lei, mesmo que hipoteticamente, todos são iguais) providenciando uma solução racional. A Justiça tem correlação com jurisdição (que é seu monopólio), de modo que a solução do conflito se dá apenas via Estado, com a mesma forma e procedimentos para todos. Assim não fosse, não haveria Justiça como sinônimo de solução da lide.

A racionalização do direito da modernidade tinha eficácia simbólica e materializou-se pelo formalismo e sistematização. A codificação do direito contribui para a ordem jurídica, eis que o processo se desenvolve na universalização das práticas jurídicas (e não a sua particularização) levando todos a serem tratados iguais quando de fato não são iguais.

A evolução da sociedade, cada vez mais mutável, com novos paradigmas, novas verdades e, como tal, novas formas de conflituosi-

dade, leva a uma “ineficaz distribuição clássica de justiça em estrita obediência aos imperativos colocados pela burocracia e pela legalidade formal.” (APOSTOLOVA, 1998, 40)

O Direito, na modernidade, era concebido como sendo um produto exclusivo do Estado. E deveria ser aplicado porque era produzido pelo Estado e por isso bastava, restringindo, assim, o Direito ao conjunto de regras formalmente postas pelo Estado (DALLARI, 1996, 83). Não havia por que valorar o Direito, eis que esse era perfeito. O Poder Judiciário, na modernidade sempre foi confundido com sinônimo de justiça, o que não surgiu ao acaso, já que os tribunais têm uma “preocupação bem maior com a legalidade do que com a Justiça” (DALLARI, 1996, 80).

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas (CINTRA, 2003, 19), ou seja, o direito passa a fazer o chamado controle social, “entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões, dos conflitos que lhe são próprios.”

Observe-se que aplicar a lei a casos particulares, é executar a lei, fazer a lei acontecer no mundo real. Aqui no dizer de ZAFFARONI (1995, 29) torna-se o “Juiz um ser asséptico o poder lhe passa sem tocar-lhe porque não o protagoniza.” Ou, conforme DALLARI (1996, 38), “um vizinho muito próximo do formalista é o juiz acomodado, o que se afirma a política e entende que não é tarefa sua fazer indagações sobre justiça, a legitimidade e os efeitos sociais das leis.”

DALLARI (1996, 95) inclusive fala que no Brasil não se tem Tribunais de Justiça e sim Tribunais de Legalidade, onde apenas se verifica se houve a incidência da norma no suporte fático apresentado pelas partes e, se a resposta for positiva, se diz que há procedência do pedido e como se fará a materialização da justiça. A verificação da incidência da norma (feita a partir de interesses do Poder Executivo do Estado) apenas reforça o Estado, leia-se, seu governo estabelecido, e retira do Judiciário a prerrogativa de poder tornando-o mero instrumento estatal.

Esse controle é feito pelo Estado através da burocracia racional e positiva. O Judiciário, como Estado, não escapa dessa organização controladora, ignorando qualquer subjetivismo em nome do cumprimento do preestabelecido, pois tudo deve ser definido e

definitivo. Conforme FARIA (2003, 7) os cartórios judiciais restam convertidos em “máquinas kafkianas de fazer transcrições, emitir certificados e expedir notificações transformando os juízes em administrados de escritórios emperrados, comprometendo o exercício da função jurisdicional.” Os juízes assumem a função de técnicos empresários, pois devem cumprir metas (ZAFFARONNI, 1995, 30) como as estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sem qualquer preocupação quanto à qualidade do julgamento ou a efetividade do direito, senão a de diminuir o número de ações sem tramitação.

A administração da justiça na modernidade se desenvolveu dentro dos modelos centralizados, formais e profissionalizados. Em consequência, a alternativa emergente passa pela criação de instituições, informais e desprofissionalizadas. (SANTOS, 1983, 140-141)

Definido que o Judiciário é o principal *locus* da solução de conflitos e, assim, um instrumento estatal de controle social, esse se torna ferramenta de dominação, ou seja, um ente socializador de direitos na medida dos interesses estatais.

Nesse cenário, o Estado não abre mão (ou se esforça por não fazê-lo) da solução dos conflitos, com o intuito de não perder parte representativa de seu poder. Quando a sociedade civil busca um meio alternativo ao monopólio estatal nessa função, em verdade está refugando o Estado e fazendo sua própria lei, o que gera uma incerteza aos detentores e amigos do poder. É certo dizer-se do descontentamento quanto ao Judiciário tanto por sua ineficiência como por sua anacronicidade. Quanto à questão política de tudo estar controlado em seu lugar, não mais vigora, considerando os crescentes movimentos sociais, os quais vêm procurando e fixando seu lugar no cotidiano e na história da nação brasileira.

Essas são as razões primárias do conceito de “acesso à justiça” ser confundido como “acesso ao Judiciário” a partir da concepção de que não bastava o enfrentamento dos problemas crônicos do Judiciário, sendo necessário também ampliar e aprimorar o acesso à Justiça.

2. A PÓS-MODERNIDADE E A RESIGNAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Partilhando a lógica do próprio do homem moderno, no Brasil o direito foi positivado como forma de libertação do poder

absolutista, entretanto, aprisionou-se a essa legislação insípida. Tudo passou a ter um conceito e um enquadramento na lei.

O Brasil, como todos os países em grau de desenvolvimento, vive a modernidade. Altamente burocrático e judicializado, torna-se lento em todas as áreas. Todo o processo depende de pessoas, carimbos e assinaturas: vive o culto à autoridade. A política é instável. As notícias de corrupção são permanentes. A educação é péssima. A legislação é formalista e excessiva. A solução dos conflitos é ruim e a Justiça morosa, cara e ineficaz.

Por segurança, na modernidade, os juízes precisavam aplicar, quase que automaticamente, o direito fruto da subsunção mecânica do caso concreto à regra abstrata, que contribuía para a formação de uma jurisprudência uniforme e previsível. (APOSTOLOVA, 1998, 169)

Atualmente vive-se num Brasil moderno, na pós-modernidade, em que a solução monopolizada dos conflitos não oferece espaços para os principais interessados. A não solução pelas partes faz com que seja previsível a solução pela silogística aplicação da lei. É realidade: o Estado enquanto detém o monopólio de solução do conflito, vê um mundo desenvolvido e pós-moderno acontecer onde as partes estão escolhendo o melhor Direito (regramento para as relações intersubjetivas) para si, restando a este Estado pós-moderno outras preocupações mais coerentes com suas finalidades e possibilidades.

É possível dizer-se que o fim da modernidade era seu destino previsível, pois, a vida sólida e definida não tinha como perdurar ao longo dos tempos. O vazio deixado pela modernidade que se desfez foi preenchido por um novo tempo: a pós-modernidade que é um tempo centrado em informações, estética, símbolos, valores. A época é da idéia, intelectualização, inteligência, criatividade, leveza, padrões de qualidade, confiança, ética e estética.

Resta difícil definir o que é a pós-modernidade, pois é um tempo que não aceita definições. O importante, diferente da modernidade, não é o destino e sim a viagem – mesmo que não se chegue a lugar algum.

É certo que um dos cânones da pós-modernidade é a liberdade de aceitar as divergências; o não efetivo, o não duradouro, o não definido: o efêmero. A ordem é não manter nenhuma ordem, nenhuma opinião, nenhum valor que seja fixo. A liberdade pós-moderna permite tudo, menos a liberdade da não-liberdade. Fixamente só está o valor supremo da efemeridade das coisas. Tudo se apresenta como líquido, disforme, fluido, impossível de constância.

A era é da transitoriedade. A estrutura é instável. Vive-se a era da “desterritorialização” como resultado da “globalização” que assola o mundo. NEVES (1994, 272) fala que a tendência é desraizar coisas, ideias e gentes, onde tudo tende a perder as raízes: mercadoria, mercado, moeda, capital, empresa, agência, tecnologia bem como grupos étnicos, lealdades ideológicas e movimentos políticos que não mais obedecem fronteiras.

SANTOS (2003, 3) é conclusivo ao dizer:

Vivemos num período avassalado pela questão da sua própria relatividade. O ritmo, a escala, a natureza e o alcance das transformações sociais são de tal ordem que os momentos de destruição e os momentos de criação se sucedem uns aos outros numa cadência frenética, sem deixar tempo nem espaço para momentos de estabilização e de consolidação.

Nas relações humanas o definido é o incerto. Os vínculos são materializados em atitudes onde o homem busca o maior número possível de seguidores (vide as redes sociais) ao mesmo tempo em que aumenta seus reclamos pela falta de privacidade. Ou seja, abre as portas de sua vida para todos e não aceita que ninguém entre.

O Estado, através do Governo, sempre manteve o controle, e, no entanto agora, esse controle lhe escapa das mãos. Sempre estivemos habituados que o Estado tradicional tinha uma ordem. Tudo era estabelecido. A estrutura era rígida. O governo, com seus ministérios, definia o trato social e político conforme suas competências. O mundo era racional, tudo era objetivo: organização de vida, capacidade de execução, padronização, especialização, eficiência e produtividade. O mundo era definido e nada podia escapar do seu controle.

Hoje, como resultado da pós-modernidade (quando apenas importa a tecnologia, o conhecimento, a transitoriedade, a desterritorialização), vivemos, pois, a “nova desordem mundial” (BAUMAN, 2006, 78) onde a vida é desorganizada e às vezes sem sentido: é a confusão do amanhã. É o caos. A evolução do processo faz o Estado perder cada vez mais poder e com isso se tornar frágil e doente para tomar medidas para deter o processo que continua. É um caminho sem volta.

Ao se falar em “acesso à justiça” deve-se levar em conta a dualidade de compreensão da expressão. De uma banda, de forma

simples e objetiva, tem-se que “acesso à justiça” significa acesso aos serviços do Poder Judiciário e de outro viés, sociológico e político, significará exercício de direitos fundamentais.

As constituições modernas expressam os direitos fundamentais, como habitação, saúde, educação e justiça, razão pela qual CAPPELLETTI (1988, 12) sustenta que: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”

Nessa linha, decidiu a Suprema Corte brasileira que “A prestação jurisdicional é uma das formas de se concretizar o princípio da dignidade humana, o que torna imprescindível seja ela realizada de forma célere, plena e eficaz” (Rcl 5.758, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-5-2009, Plenário, DJE de 7-8-2009.)

O acesso à justiça mescla-se com a efetividade do direito, devendo ser eliminados todos os obstáculos ao efetivo acesso, como medida de justiça social. A Constituição Federal estabelece como direito social, isto é, fundamental à pessoa humana, no art. 5^o, a inafastabilidade da jurisdição, isto é, a garantia de resposta do Estado quando provocado para que se manifeste sobre um (eventual) direito em conflito.

Essas normas, em face da realidade desastrosa na qual tramitam os processos no Brasil, tiveram o incremento de norma que estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”³.

O “acesso à justiça”, como simples conceito moderno, é a possibilidade efetiva de uma pessoa conseguir a manifestação do Estado, através do Poder Judiciário pelos seus organismos competentes, para a defesa de um direito ofendido.

Esse entendimento, porém, permite acesso ao Judiciário apenas para aqueles que têm melhor condição econômica, os que podem arcar com os custos da ação⁴ e, sem preocupação e prejuízo, aguardar

2 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

3 Artigo 5^a, inciso LXXVIII,

4 Não é desconhecido que para o exercício do direito se faz necessário a presença do advogado (salvo nos reduzidos casos que a lei dispensa como ação trabalhista e causas de valor reduzido nos julgados especiais) e o pagamento das custas.

seu desfecho. CAPPELLETTI (1988, 21) observa que

Pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandar. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, poder ser uma arma poderosa; a ameaça do litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva.

O Estado brasileiro, buscando dar efetividade a esses preceitos, teve preocupação quanto à questão das despesas do processo, as quais são demasiadamente altas afastando parte da população na perseguição dos seus direitos. Assim, eliminou o pagamento de custas processuais para os que não têm condições de obrar em juízo sem prejuízo do próprio sustento e daqueles que lhe são dependentes, pela edição da lei da assistência judiciária (nº 1060/50), estabelecendo a isenção de taxas e despesas judiciais (aí incluídas as publicações e honorários de advogados e peritos).

Ainda, como questão relevante, acontece a dificuldade de contratar um advogado face os altos custos deste serviço, hipótese em que permanecem fechadas as portas dos tribunais à população pobre. Na solução desse entrave o Estado, via norma constituição⁵, criou a chamada assistência jurídica integral materializada pelas Defensorias Públicas (Lei Complementar nº 80/94⁶) as quais têm como função “prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus (inciso I, artigo 4)” e “promover,

5 Artigo 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

6 Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal

prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos;” (inciso II, artigo 4^o). A implantação do serviço de defensoria vem sendo feita lentamente⁸ sendo que lamentavelmente em Santa Catarina, não existe um órgão do Poder Executivo especialmente destinado a prestar serviços de defensoria pública⁹. Sendo o único Estado brasileiro nessa situação, o descumprimento de importante direito constitucional mostra o descaso do Estado com a população pobre que necessita de facilidades para o acesso à Justiça dos catarinenses.

Importante apontar que, se tratando de ações judiciais trabalhistas, a assistência judiciária será prestada por advogado remunerado e indicado pelo sindicato da categoria do trabalhador envolvido, não arcando o obreiro assistido com nenhuma despesa (Lei N^o 5584/70, art. 14).

E, assim considerando-se que existe uma estrutura de poder voltada à solução imperativa de lides, em atenção ao “direito constitucional de ação” e também, que há um quadro legal que regula a operacionalização do processo (justo e célere) poder-se-ia, embora açodadamente, concluir que a população brasileira tem pleno acesso à justiça. Conclusão essa, válida para a anacrônica modernidade positiva do Direito, mas que atualmente é uma falácia.

O universo nacional tem alguns problemas que dificultam, sob essa ótica, o “acesso à justiça”. O primeiro, e por que não o principal, problema deriva da condição sócioeconômica da população. É certo que grande parte da população não tem

7 Constituindo-se tal avença em título executivo conforme Art. 4^o, § 4^o: O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público. BRASIL LEGISLAÇÃO, 1994

8 3^o Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil indica que a Defensoria Pública está presente em apenas 42,72% das comarcas, apenas 100% das comarcas em pelo menos oito Estados, atuam 481 Defensores Públicos Federais em todo o território nacional para atender 130 milhões de brasileiros. <http://www.folhablu.com.br/ler.noticia.asp?noticia=7457&menu=5> e http://congressoemfoco.uol.com.br/noticia.asp?cod_canal=12&cod_publicacao=35043

9 Em Santa Catarina, tal serviço é prestado por advogado indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil com remuneração paga pelo Estado.

condições de enfrentar uma demanda, pois vive na faixa de pobreza.¹⁰ O Governo brasileiro¹¹ com base no Censo 2010 do IBGE informou que 16,2 milhões de pessoas vivem em condições extremas de pobreza¹², número equivalente a 8,5% da população nacional. A preocupação com o tema é tamanha, que a erradicação da pobreza e da marginalização buscando reduzir as desigualdades sociais é um dos objetivos fundamentais da República, previstos da Constituição Federal, artigo 3º, inciso III. Preocupação essa não desmotivada, já que segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD,) o Brasil ocupava, em 2008, a 70º colocação no relatório de Desenvolvimento Humano, numa lista com 179 países.¹³

E essa população é a que mais precisa, com freqüência, da atuação no Judiciário na defesa de seus direitos, até porque são os mais facilmente sonegados. A condição socioeconômica não apenas pode impedir o ingresso em juízo como pode dificultá-lo. A solução inicial e primária, exige a mais ampla possível gratuidade da Justiça e a plena atuação da Defensoria Pública ou, em substituição, dos advogados dativos (custeados pelo Estado), atuação dos estagiários de direito, dos núcleos universitários de prática jurídica, das organizações comunitárias, sindicais e assistenciais. A dificuldade, entretanto, é maior, pois abrange o transporte para os

10 A taxa de pobreza varia com forme o índice e a metodologia utilizada enquanto o Índice de Pobreza Multidimensional (MPI, na sigla em inglês pesquisa do The Oxford Poverty and Human Development Initiative - OPHI, com o apoio das Nações Unidas), diz que 8,5% da população brasileira pode ser considerada pobre, o Banco Mundial (Bird), informa que 5% dos brasileiros vivem abaixo da linha da pobreza absoluta (têm renda inferior a US\$ 1,25 por dia, de acordo com a regra adotada pelo BIRD). Já o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, órgão ligado ao governo através da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da Republica), que é de 28,8% a taxa de extrema pobreza e 10,5 a taxa de pobreza. Segundo a regra adotada pelo IPEA, estão em pobreza absoluta os membros de famílias com rendimento médio por pessoa de até meio salário mínimo mensal. < http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/comunicado_presidencia/100112Comunicado38.pdf > e <<http://www.votebrasil.com/noticia/politica/novo-indice-aponta-menos-pobres-no-brasil-do-que-o-governo> >.

11 <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias/2011/maio/brasil-sem-miseria-atendera-16-2-milhoes-de-pessoas>

12 O Ministério do Desenvolvimento Social estabeleceu o valor de R\$ 70,00 per capita ao mês, equivalente a aproximadamente US\$ 1,50 por dia, como referência para definir quem são os brasileiros mais carentes.

13 < http://hdrstats.undp.org/es/2008/countries/country_fact_sheets/cty_fs_BRA.html >. Acessado em 10 de janeiro de 2010.

edifícios do Juízo¹⁴, a insegurança por adentrar em prédios desnecessariamente suntuosos¹⁵ com vestuário destoante daqueles que frequentam o local. Ainda a dificuldade surge no falar, dado a prática tola e sem sentido do uso exagerado de jargão e linguagem rebuscada. Todos esses fatores geram o medo, a insegurança e a sensação de absoluta inferioridade dificultando até responder as perguntas em um depoimento judicial.

Ainda, aspecto relevante, é a barreira psicológica, outro grande entrave para as pessoas recorrem a processos judiciais, barreira que nasce no medo da represália pelo exercício do direito de ação¹⁶, a desconfiança nos advogados e a sensação de opressão frente a um Juiz de toga sentado no lugar mais alto da sala, Juiz esse que muitas vezes se acha, conforme expressão de Nietzsche, acima do bem e do mal.

Julgando-se acima das partes, esquecendo-se que é um servidor público, e agindo como se sua atuação decorresse de mera benevolência. Não nos esqueçamos que ocorreram episódios que um Juiz cancelou uma audiência porque o reclamante estava usando chinelos, o que considerava *vestuário incompatível com a dignidade do Poder Judiciário*¹⁷ bem como outro que suspendeu a audiência por que a parte autora vestia bermuda, traje tido como de *não-respeito com a solenidade do fórum*.¹⁸

A respeito dessa lógica de acessibilidade, Boaventura de Sousa SANTOS (1999, 149) afirma que:

[...] quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão, menos provável é que

14 Não se pode olvidar que a população mais pobre mora nas periferias longe geograficamente dos edifícios forenses vendo no Poder Judiciário alvo longe de seu dia-a-dia.

15 Não é por menos que os prédios são chamados de Palácios e os tribunais de Corte numa “remissão” com a nobreza onde as camadas sociais mais baixas não tinham acesso

16 Como ocorre com frequência na seara trabalhista: o empregado com medo de ajuizar ação contra o patrão e ser despedido do emprego.

17 Ocorrido em 04/07/07, em Cascavel (PR). O juiz da 3ª Vara de Trabalho, Bento Luiz de Azambuja Moreira. Disponível em < <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL63820-5598,00-JUIZ-O-FERECESAPATOS+USADO+S+A+TRABALHADOR.html> >. Acesso em 02 mai. 2011.

18 Ocorrência no dia 26/09/2007, na cidade de Lagoa Vermelha (RS), juiz da Vara do Trabalho, Paulo André de França Cordovil < <http://www.gazetadopovo.com.br/parana/conteudo.phtml?id=699478> > Acesso em 02/05/2011.

conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando contactar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.

Essa realidade nos conduz à conclusão de que esses fatores favorecem o surgimento de uma discriminação social no “acesso à justiça” (SANTOS, 1999, 149), devendo o pleno “acesso à justiça” perpassar pela diminuição da pobreza, pela melhor distribuição das riquezas nacionais e pela facilitação da inclusão social daqueles que vivem na periferia de tudo.

Rogério FAVRETO¹⁹, aduz que “falta aproximar o Judiciário do cidadão. Hoje, o cidadão comum vê a Justiça de longe. A Justiça para ele é complexa, burocrática, demorada, ela o assusta e afasta”. A ausência de conhecimento da existência de um Direito exigível é grave, na medida em que gera uma situação de conforto para os devedores desse Direito fazendo que persistam num comportamento de desatenção à ordem legal enquanto que a população credora dos direitos não exercidos (embora previstos na programática lei) permanece numa situação de carência social e política durante toda a vida.

Conforme define RAMOS (2000, 38-39):

Hoje, muito mais do que o acesso aos tribunais, de fundamental importância, mas não apto a esgotar todas as vias política e socialmente desejáveis de resolução de conflitos, o fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material do ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é realizado de forma

19 Titular da Secretaria da Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça do Brasil, in < <http://www.servidorpublico.net/noticias/2007/04/17/acesso-a-justica-e-prioridade-da-reforma-do-judiciario> >. Acesso em 07/02/2011.

concreta, seja em decorrência da manifestação soberana da atuação judiciária do organismo estatal, seja, também, como reflexo da atuação das grandes políticas públicas a serem engendradas pela respectiva atuação executiva, não olvidando-se, é claro, o escoreito regramento a ser imprimido pela atuação legiferante.

A população deve ter acesso ao conhecimento para ter “acesso à justiça”. Assim de nada resolve construir prédios (via de regra, desnecessariamente suntuosos) e contratar juízes se antes o Estado não constrói escolas, contrata professores e democratiza a educação e a informação.

Portanto, o acesso a justiça, em verdade, é o acesso aos direitos fundamentais que garantam a dignidade da pessoa humana com o pleno exercício de todos os direitos possíveis, tanto os legislados como aqueles não inseridos no quadro legal da nação, mas que estão na consciência de todos os brasileiros, como uma melhor distribuição de terra, de renda²⁰, de justiça, enfim de vida.

É certo que a efetividade desses direitos pressupõe a conscientização de sua titularidade. Aquele que não tem consciência de um direito desconhece que ele está sendo violado. Assim, “acesso à justiça” é simultaneamente acesso aos tribunais, a possibilidade do exercício pleno do direito de ação e também, ou é principalmente, o conhecimento dos direitos e a possibilidade de alcançá-los, o que não ocorre com grande parte dos brasileiros, formando-se um asqueroso processo repetitivo no qual a “pobreza impede o acesso a justiça e a falta desse acesso acentua o quadro de pobreza (ALCANTARA, 2009).”

Ou, como escreveu María Cecilia HOCKL: (2006, 3)

20 Em 2010, o índice de GINI (padrão internacional para medir a desigualdade social) do Brasil alcançou 0,5304, de acordo com dados da FGV. O índice, que avalia a distribuição de renda, sendo 0 a distribuição ideal e 1 a maior concentração, entre os 135 países alvos da medição o pior índice é da Namíbia 70.7, perdendo o Brasil (125) para seus vizinhos Chile (121), Argentina (108), Uruguai (92) e para os países do BRIC: China (99), Rússia (79) e Índia (56), sendo que a Suécia é o país com a melhor distribuição de renda do mundo.

El círculo vicioso de la pobreza extrema – em condiciones de esclavitud o no – impide al hombre reclamar por sus derechos. No hay posibilidad de oír reclamos, simplemente porque afectados por la miséria no tienen voz: solo deben preocuparse de velar por la subsistência del día presente, aun al irracional costo de consagrar a ello sus próprias vidas o la de su familia enterras.²¹

O “acesso à justiça” resta dependente da inserção da população do mundo nos direitos fundamentais com seu pleno exercício e, ainda, superação das dificuldades para penetrar nos caminhos possíveis de resolução dos conflitos²², enfim é a emancipação social da sociedade brasileira, sua acessibilidade pressupõe a materialização dos requisitos:

a) Acesso à informação e aos saberes: a população deverá conhecer seus direitos. Conforme Bauman (2000, 10), “com conhecimento, os homens e as mulheres livres têm pelo menos alguma chance de exercer a sua liberdade.” A ordem jurídica deve ser apresentada de forma plena devendo resultar numa conscientização sobre os direitos

21 Tradução livre do autor: O círculo vicioso da extrema pobreza em condições de escravidão ou não - impedem o homem de reivindicar seus direitos. Sem possibilidade de ouvir reclamações, simplesmente porque afetadas pela miséria não têm voz: só devem se preocupar em garantir a sobrevivência dos dias atuais, mesmo ao custo irracional de dedicar-lhe suas próprias vidas ou de sua família.

22 Conforme Tarso Genro, ministro da Justiça no segundo Governo Lula: O “acesso à justiça” não se confunde com o acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema, e, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. Passe a compreender o usuário do Poder Judiciário não apenas como aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos pólos de uma relação jurídica processual o usuário do poder judiciário é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados. In Manual de mediação judicial. Azevedo, André Gomma (org.) 2009 Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, p. 14comparação até com países da América Latina, como o Chile, onde a taxa já está em 21%. In Revista Veja de 10.03.2010.<<http://veja.abril.com.br/100310/longe-excelencia-p-101.shtml> >.

(destacando-se os fundamentais previstos na Constituição Federal) dos trabalhadores, consumidores, mulheres, crianças e adolescentes, idosos. A educação, inclusive e especialmente jurídica, deve ser universalizada²³. A taxa de analfabetos no país é de 9,6%²⁴ e dos analfabetos funcionais 20%²⁵, dificultando o acesso à justiça aos deficitários no nível de informações e cultura que atingem o percentual absurdo de um terço da população. O Estado deve inserir a população no mundo do conhecimento e os organismos estatais, sindicatos, associações de juízes, defensorias e procuradorias públicas, os Estados e Municípios, devem promover campanhas, através de toda a mídia possível: distribuindo cartilhas, programas e chamadas em rádio e televisão, esclarecendo, de forma simples e acessível, todos os direitos por mais comezinhos que sejam, desde o direito de troca no caso de compra de um produto defeituoso até a obrigatoriedade estatal de assistência médica à população. Deve ser inserido nas grades curriculares, de todos os níveis de educação, ao menos uma disciplina de cunho jurídico, para que o aluno tenha

23 Em 26 de outubro de 2006, a UNESCO publicou o relatório anual “Educação para Todos” colocou o país na 72ª posição, em um ranking de 125 países. Com a velocidade de desenvolvimento atual, o país só atingiria o estágio presente de qualidade dos países mais avançados em 2036. O grau de educacional da população brasileira é ínfimo perto dos outros países latino-americanos, bem como de outras economias emergentes. Enquanto que a escolaridade média do brasileiro é de 6,9 anos, a dos Argentinos é de 8,8 anos. O ensino médio completo no país atinge apenas 22% da população, contra 55% na Argentina. < http://pt.wikipedia.org/wiki/Educa%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil >. O analfabetismo do país é de 10%, a repetência escolar 13% e o Brasil contava em 2010 com apenas 14% dos jovens em idade considerada ideal (entre 18 e 24 anos) na universidade. É um número mínimo na comparação até com países da América Latina, como o Chile, onde a taxa já está em 21%. In Revista Veja de 10.03.2010. < <http://veja.abril.com.br/100310/longe-excelencia-p-101.shtml> >.

24 IBGE. Censo 2010.

25 Dados de 2009, conforme Indicador de Alfabetismo Funcional (INAF). Sendo que analfabeto funcional é a denominação dada à pessoa que, conta apenas com a capacidade de decodificar minimamente as letras, capacidade de utilizar a leitura e escrita para fins pragmáticos, em contextos cotidianos, domésticos ou de trabalho restrito às tarefas mais rudimentares referentes à “sobrevivência” nas sociedades industriais com capacidade localizar uma informação em textos curtos e familiares, escrever números usuais e realizar operações simples, como manusear dinheiro para o pagamento de pequenas quantias ou fazer medidas de comprimento usando a fita métrica. < http://www.ipm.org.br/downloadinaf_brasil_2009_relatorio_divulgacao_revisto_fev-11_vFinal.pdf >. Acesso em 13 jun. 2011.

noção do mundo do Direito e a possa levar para sua vida e sua família.

Sem esquecer, da luta incessante pela eliminação (ou no mínimo redução) da pobreza da população, pois essa afasta a população da informação e do conhecimento, de seus direitos e conforme MARINONI (1993, 48) “a democratização da justiça, na verdade, deve passar pela democratização do ensino e da cultura, e mesmo pela democratização da própria linguagem, como instrumento de intercâmbio de idéias e informações.”

A pobreza, como mãe da fome, doença e ignorância constitui a maior causa de exclusão social, o que influi no plano cultural e implica um sério obstáculo para o acesso à justiça.

ARMELIN (1989, 181) aduz que

[...] outras barreiras existem quanto ao acesso à justiça. Não apenas econômicas e sociais, mas também culturais. É verdadeiro truísmo afirmar que este país apresenta diferentes estágios de desenvolvimento, conforme as suas variadas regiões. O subdesenvolvimento com as suas seqüelas, como o analfabetismo e ignorância e outras, campeia com maior ou menor intensidade nos variados quadrantes do Brasil. Isso implica reconhecer que em certas regiões o acesso à justiça não chega sequer a ser reclamado por desconhecimento de direitos individuais e coletivos.

b) Jurisdição: A acessibilidade da população ao Poder Judiciário deve ser ampla e facilitada, devendo este dar respostas adequadas à pretensão do interessado. O Poder Judiciário deve ter uma estrutura compatível com as necessidades da população²⁶, devendo existir prédios funcionais

26 Conforme Sérgio Rabello Tamm Renault, secretário de Reforma do Poder Judiciário do Ministério da Justiça: A ineficiência da máquina pública a serviço da Justiça traz enormes prejuízos ao país: torna a prestação jurisdicional inacessível para a maior parte da população; transforma a vida dos que têm acesso ao Judiciário numa luta sem fim pelo reconhecimento de direitos; dificulta o exercício profissional de advogados, advogados públicos, membros do Ministério Público, defensores públicos e serventuários da Justiça; penaliza injustamente os magistrados em sua missão de fazer justiça e, ainda, inflaciona o chamado custo Brasil. In Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais Ministério da Justiça Brasília, 2005.

próximos as populações, os quais deverão estar localizados tanto na zona central das cidades como nas periferias, bem como a criação de justiça itinerante voltada às populações periféricas, das favelas, do meio rural e das selvas. O equipamento dos cartórios deve ser adequado ao tempo que vivemos com informatização completa (com interligação a rede mundial de computadores para fins de unificação de toda estrutura judiciária do país) respondendo rapidamente aos serviços. Os funcionários que atuam no serviço judiciário devem ter preparo técnico e sociabilidade para receber os clientes do serviço, devendo entrar no serviço mediante concurso público e desenvolverem sua carreira baseados na meritocracia. No que refere aos Juízes, deverão existir em número suficiente para atender todas as demandas, e esses devem ter consciência do cunho social de seu serviço trabalhando no sentido de alcançar a população os direitos fundamentais, devendo abandonar a interpretação positiva e dogmática em nome de visão sociológica, devem eles, ainda, ter consciência de que são servidores, isto é, devem prestar a atividade para servir o público, maximizando a celeridade do processo²⁷, saindo da “torre de marfim” e permanecendo o mais próximo possível da população. O ativismo judicial deve ser uma realidade no cotidiano dos juízes sempre que a lei dos códigos estiver obsoleta e não permitir a realização do social, em especial se houver chancela constitucional para tanto.

c) O processo: o instrumento de solução do conflito deve se modernizar para oferecer a mais ampla possibilidade de legitimação dos envolvidos, permitindo que em todos os processos ou ao menos os de menor significação jurídica e econômica, as partes atuem pessoalmente sem a presença de

27 No aguardo de uma decisão judicial, pode estar o Estado ou uma grande empresa, os quais inserem a espera em uma atividade corriqueira inserida na atividade, mas também pode estar um trabalhador desempregado e faminto e esperando salários impagos, um doente esperando um medicamento ou uma cirurgia, um acidentado esperando uma indenização, um filho esperando uma pensão. A espera nessas situações gera uma angústia, um descrédito nas instituições, um descrédito no país, o que com certeza será um entrave ao seu desenvolvimento.

advogados²⁸, e, quando necessário, deverá o Estado fornecer assistência judiciária. Uma das razões que explica a demanda reprimida na busca dos serviços judiciários pela população pobre é a grande desconfiança da população nos advogados²⁹ considerando que menos da metade da população (48%) confia neles.

Ainda o processo deverá ser gratuito para todos (já que o serviço é público e essencial) ou, no mínimo, aos que estiverem em um estrato socioeconômico baixo³⁰. A tramitação processual deverá ser humanizada apresentando-se informal e com linguagem mais simplificada possível para que os envolvidos na demanda a ser solucionada tenham conhecimento do que está acontecendo. A linguagem rebuscada soa como obstáculo a grande parte da população, em especial a população pobre e analfabeta ou com reduzido grau de cultura, que permanece muito distante da compreensão de seus direitos

28 Apesar da grande parcela da população ser pobre e ter reduzido nível de escolaridade, a participação do advogado garante o exercício do direito de ação mais seguro e com maior qualidade, entretanto a participação obrigatória do advogado nos processos judiciais configura um corporativismo desnecessário na medida em que dificulta a emancipação da sociedade, pois dificulta ou não permite uma mudança cultural no que se refere a solução dos conflitos. É certo que nada melhor que a solução do litígio seja dos envolvidos ou que, ao menos, esses possam decidir como quiser buscar a solução. O advogado, muitas vezes, por motivos diversos, tem interesse na manutenção do conflito tornando difícil uma solução. Rogério Favreto aduz que “o bacharel em Direito com base formativa altamente dogmática e positivista tem se projetado diretamente para o tecido social, fazendo com que as relações intersubjetivas e interinstitucionais judicializem-se em proporções agudas, com uma perspectiva de litigância desmesurada” in Manual de mediação judicial. AZEVEDO, André Gomma (org.) 2009 Brasília/DF:Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, p. 19 Entende Joaquim Falcão (Folha de São Paulo, 18 de abril de 1988, p. A-3 no artigo “Os advogados tentação monopolística) que “os advogados são indispensáveis à administração da Justiça. É óbvio. Mas não se pode confundir administração da Justiça com o cumprimento de indispensáveis exigências processuais, fruto de formalismo antipopular. (...) Para essa administração da Justiça os advogados deveriam ser dispensáveis. Como também deveriam ser, nos pequenos conflitos onde os cidadãos são capazes de se defender. Do contrário, confunde-se advogado com tutor. Pior. Subentende-se que todos os cidadãos brasileiros são relativamente incapazes. Esquece-se que o país já sofreu muito com tutelas de todos os matizes.”

29 IBOPE. Pesquisa “Confiança nas Instituições” 2005. < http://www.ibope.com.br/opp/pesquisa/opiniaopublica/download/opp098_confianca_portalibope_ago05.pdf >.

30 Não se pode deixar de citar a posição de Roberto Berizonce “que la incidencia de los honorarios de los abogados em costo global del proceso es um hecho irrefutable, como que se erige em um obstáculo para el acceso a la justicia” (BERIZONCE apud DE LA RUA, 1996, 26).

e exercício de sua cidadania dificultando sua inserção no mundo da Justiça. A não compreensão do rito quer por seu formalismo, quer pela linguagem inacessível, quer por ambientes sacralizados, torna uma sala de audiências um local opressor, causando verdadeiro temor aos que necessitam do Judiciário.

Os atos meramente burocráticos devem ser eliminados, havendo o cuidado para que o processo seja o mais célere possível. Deve ser criado o maior número possível de juizados especiais para ações que tratem de menor valor e menor complexidade. Devem os juizados de paz, de previsão constitucional³¹, visando à efetividade da conciliação, ser imediatamente instalados. Ainda, as decisões de primeiro grau devem ser prestigiadas com possibilidade de número reduzido de recursos. O prazo de tramitação deverá ser adequado e o resultado justo com direito e possibilidade de uma execução efetiva da decisão. Deve ser coibido ao máximo o atraso da prestação jurisdicional. Os Juízes quando não sensibilizados pelo fato de que em muitos processos discute-se alimento, salário, honra e paz, que a demora da decisão (via de regra) favorece o devedor, o causador do dano, o mau empregador. Devem ser modernizados todos os códigos de procedimentos, tornando o rito simples e célere visando a eficiência de atuação do Judiciário.

d) Acesso às possibilidades de solução de conflitos. – dever ser esclarecido à população que o Estado é responsável pela paz, isto é pela ausência de conflitos e na existência desses por sua solução. A oferta de formas de solução deve ser bifronte, devendo o Estado oferecer os serviços jurisdicionais e os meios não jurisdicionais e alternativos de solução.

A sociedade pós-moderna impinge às pessoas a liberdade, o não-formalismo, a ausência de ordens e a presença de diálogo e conversação. A solução de conflito deve centrar-se na pacificação dos envolvidos, sendo certo que a escolha do meio deve ser feita em consonância com o tipo de conflito. Os meios alternativos, como a conciliação, mediação e arbitragem que apresentam um processo com

31 Artigo 98, A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: [...] II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

participação ativa da comunidade envolvida, com alto grau de privacidade, importante em relações comerciais, financeiras e familiares entre outras. Ainda as partes podem ter interesse em resolver com economia financeira e de tempo e de maneira informal, com livre escolha das regras de direito³² e de procedimento, que serão aplicadas inclusive, se for o caso. Poderão escolher uma pessoa de sua confiança para proferir a decisão, tendo a oportunidade de debater os problemas que lhes envolvem, visando a encontrar a melhor solução para eles com a pacificação entre as partes mantendo a relação existente antes do conflito. A oferta desses meios alternativos fará o Estado alcançar o direito fundamental da justiça, da pacificação das relações, da boa convivência entre todos, contribuindo na redução de uma quantidade de ações que o sistema não absorve e resolvendo demandas reprimidas de grande parcela da população sem “acesso à justiça”.

Considerando-se que um Estado democrático obrigatoriamente deve ter uma justiça democrática, o Estado como titular monopolista da solução dos conflitos deve possibilitar e facilitar a existência de caminhos alternativos e parajurisdicionais na resolução da lide, pois, somente a implementação destes emancipará o “acesso à Justiça”

Os meios alternativos são mais que instrumentos de pacificação social, eis que se revestem de instrumentos de exercício da cidadania e empoderamento da sociedade.

Nesse mesmo sentido argumenta TARSO GENRO (2009, 14)³³

O “acesso à justiça” não se confunde com o acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema, e, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. Passe a compreender o usuário do Poder Judiciário não

32 Pois enquanto na modernidade o justo existia em simbiose com o legal, na pósmodernidade o justo será estabelecido pelas partes consensualmente.

33 Ministro da Justiça do Governo Lula entre 2007/2010

apenas como aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos pólos de uma relação jurídica processual – o usuário do poder judiciário é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados.

Amalgamando tais requisitos, é possível redesignar o conceito de “acesso à justiça” como o conhecimento dos direitos e a possibilidade de exercitá-los seja através de um processo judicial simples, célere, justo e com provimento final efetivamente executável, ou seja, através do uso de um meio alternativo de conflitos que deverá validamente estar à disposição da parte interessada. Devendo o “acesso à justiça” garantir o cumprimento dos direitos fundamentais promovendo a igualdade de todos entre si e frente ao Estado como condição fundamental para a plena harmonia social.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A. R. **O que é justiça- uma abordagem dialética**. 2ª edição. São Paulo: Alfa Omega, 1987

ALCANTARA, Willian Magalhães de, **O acesso a serviços de justiça numa perspectiva de transformação sócio-espacial: contribuição a uma abordagem espacial do acesso à justiça a populações pobres da cidade de Recife**, 2009 <http://egal2009.easypanners.info/area05/5324_Alcantara_Willian_Magalhaes_de.pdf> Acesso em 12/12/2010

APOSTOLOVA, Brista Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ARMELIN, Donaldo. **O acesso à justiça**. Revista da

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: PGESP. n. 31, p.171-182, jun.1989.

BAUMAN Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Jorge Zahar Editora Rio Janeiro 1999.

_____. **Em busca da política**. Jorge Zahar Editora Rio Janeiro 2000.

_____. **La globalización. Consecuencias humanas**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 2006 (traducion de Daniel Zadunaisky)

CAPPELLETTI, Mauro, **Acesso à Justiça**, Porto Alegre, Fabris, 1988

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996

FARIA, José Eduardo, **Direito e Justiça no Século XXI: A crise da justiça no Brasil**, Colóquio internacional, 2003

<<http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduarFaria.pdf>> Disponible 02/10/2010

FAVRETO, Rogério. **Acesso a justiça e reforma do Judiciário**, 2007, <<http://www.servidorpublico.net/noticias/2007/04/17/acesso-a-justica-e-prioridade-da-reforma-do-judiciario>> Acesso em 07/02/2011.

GENRO, Társo. **Manual de mediação judicial**. Azevedo, André Gomma (org.) 2009 Brasília/DF:Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

HOCKL, María Cecilia. **Las asimetrías sociales y La mediación del derecho**, La Ley, nº 111, 09/06/2006, Buenos Aires

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo, RT, 1993

NEVES, Gervásio Rodrigues. **Territorialidades, desterritorialidades, novas territorialidades (algumas notas)**. In: SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia A. de; SILVEIRA, Maria Laura. **Território: globalização e fragmentação**. São Paulo: HUCITEC, 1994.

RAMOS, Glauco Gumerato, **“Realidades e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil”** - Acesso à Justiça e Cidadania - Cadernos Adenauer - nº 3. Vol. 03 - Fundação Konrad Adenauer Rio de Janeiro 2000

SANTOS, Boaventura de Souza. **O Direito e a Comunidade. As transformações recentes da natureza do poder do Estados nos países capitalistas avançados** in Direito e Aveso, Boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira, Edições Nair Ltda, Brasília, 1983

_____, **Poderá o direito ser emancipatório?**
Revista Critica de Ciências Sociais, 1965, maio de 2003:3-76

_____, **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**, Edições Afrontamento, Porto, 1999

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: exploração hermenêutica da construção do Direito** -
Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995

6

RELAÇÕES DE GÊNERO, TRABALHO E NÃO-DISCRIMINAÇÃO: UMA ABORDAGEM DA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANTIVA

Humberto Lima de Lucena Filho
Mestre em Direito

Sumário:

1. Introdução
2. Relações de gênero e história: O papel e o trabalho da mulher
3. A igualdade substantiva: O parâmetro de eliminação das discriminações decorrentes das relações de gênero
4. O sistema repressivo da discriminação nas relações de gênero e a proteção ao trabalho da mulher na ordem jurídica brasileira
5. O sistema internacional de proteção ao trabalho da mulher
6. Conclusões
7. Referências

1 INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito – grande conquista das sociedades pós-modernas – tem como pressuposto de sua existência a

soberania popular, a segurança jurídica (consubstanciada na legalidade) e o critério da igualdade como ponto de partida para o tratamento dos cidadãos e pedra de toque dos direitos fundamentais.

Sob o espectro relatado, o presente escrito abordará a concretização de um dos pilares democráticos mencionados, qual seja, o princípio da igualdade, e sua manifestação prática numa área específica da sociedade (e, portanto, do Direito, já que *ubi societas ibi jus*): a proteção ao trabalho da mulher e o manejo jurídico conferido às discriminações decorrentes das relações de gênero.

A Ciência Jurídica debruça-se, em regra, sobre problematizações oriundas das relações humanas. O resultado da atividade jurídico-legislativa sobre a socialidade dos indivíduos e conseqüente conduta dos homens traduz-se no conceito de fontes materiais do Direito e criação de um corpo legislativo *lato sensu* estabilizador dos desequilíbrios relacionais e concretizador da igualdade substantiva. Nessa esteira, é pertinente apontar alguns dados reveladores da realidade social trabalhista da mulher, os quais justificarão *per si* o estudo do assunto.

Segundo o relatório *Equality at work: tackling the challenges* (OIT, 2007:18), produzido pela Organização Internacional do Trabalho, em 2007, as taxas de atividade das mulheres na força de trabalho variavam, no ano de 2004, entre 32% no Oriente Médio e África do Norte até 71,2% na América do Norte¹. Porém, as taxas de desemprego feminino, com exceção da Ásia Oriental e do Pacífico e América do Norte, superam aquelas referentes ao masculino, sendo de 10,4% na América Latina e Caribe para as mulheres e de 6,8% para os homens.

Ainda de acordo com o referido estudo, a proporção de mulheres que ocupam cargos em órgãos legislativos, tal qual de direção, varia de 8,6% na Ásia Meridional até 41,2% na América Meridional, sendo a média mundial de 28,3%. A diferença de remuneração para cargos semelhantes, por seu turno, chegava a 57% no Bahrein, 38% no Brasil e 9% na Suécia.

Além disso, a OIT constatou que no Brasil, em 2005, o salário médio das mulheres de raça branca correspondia a 67% daqueles pagos aos homens da mesma cor, enquanto as mulheres de raça negra

¹ Na América Latina e Caribe os números chegam a 53,9% da força de trabalho no mesmo ano-referência

atingiam no máximo a escala de 50%, isto é, uma espécie de anaticismo social, no qual o fato de ser mulher e negra gera dupla discriminação².

No plano das pesquisas realizadas em solo brasileiro a realidade não destoia do cenário internacional. O Instituto Brasileiro de Geografia Estatística publicou, em 2008, *a Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira* (IBGE, 2008:232), o qual constatou que em todos os Estados-membros da Federação, no ano de 2007, a média de anos de estudo das mulheres era superior à dos homens, sendo a maior distinção presente no Estado do Piauí (média de 8,1 anos para mulheres e 6,3 anos para os homens) e a menor no Rio de Janeiro (9,5 anos para mulheres e 9 anos para homens). Porém, a medição escolar não parece um critério suficiente na medida em que, de acordo com o mesmo estudo, a média nacional de ocupação de cargo de direção em geral é de 5,5% para homens e 4,2% para mulheres³.

Ademais, em que pese um maior índice de escolaridade da população feminina, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos – DIEESE –, através da publicação *Inserção das Mulheres com Escolaridade Superior no Mercado de Trabalho* (DIEESE, 2011:12), aplicada à Região Metropolitana de São Paulo, verificou que, até mesmo para o mesmo nível educacional, o rendimento médio mensal das mulheres no ano de 2010 correspondia a 75,7% daquele pago aos homens. A mesma pesquisa, quando aplicada à Região Metropolitana de Porto Alegre, verificou que a média de rendimento por hora, no ano de 2010, para as mulheres com ensino superior completo era de R\$ 16,39, enquanto os homens no mesmo patamar educacional recebiam R\$ 22,42 (DIEESE, 2011:11).

Veja-se que, numa leitura inicial dos dados apresentados, é cristalino o tratamento desigual dispensado às mulheres, quando comparado ao sexo masculino. A discriminação não ocorre apenas em relação à admissão nos postos de trabalho, mas também por questões de ascensão, “como no trabalho doméstico, sendo baixa a representatividade feminina nos cargos de direção, além de sofrerem discriminação

2 O mencionado relatório também aponta dados quanto à discriminação, atinentes às mulheres quanto à religião, imigração, origem social, urbana ou rural.

3 Válido destacar que, segundo o Censo 2010, realizado pelo IBGE, a população brasileira é de 190.732.694 pessoas, sendo 51,03% de mulheres. Fonte: IBGE - CENSO 2010.

no tocante à remuneração para trabalho de igual valor” (GURGEL, 2010: p.297-98).

Diante de tais situações, o Direito não pode nem deve silenciar. Buscará, destarte, este trabalho abordar a proteção ao trabalho da mulher, enfocando as discriminações advindas das relações de gênero, bem como o papel do Estado na promoção de políticas que visem à redução/eliminação das desigualdades. Tudo isto sob a ótica de um comando constitucional, instrumentalizados por ações afirmativas e com arrimo no princípio mestre dos direitos fundamentais de segunda dimensão: a igualdade.

Para tanto, far-se-á um levantamento histórico do papel da mulher nas sociedades e na história com especial enfoque na relação de trabalho, posteriormente uma análise do princípio da igualdade jurídica como mecanismo de balizamento das atividades legislativas e administrativas. Em seguida serão trazidos à baila os principais meios de proteção ao trabalho da mulher na ordem jurídica nacional e internacional para, ao fim, serem feitas as considerações finais.

2. RELAÇÕES DE GÊNERO E HISTÓRIA: O PAPEL E O TRABALHO DA MULHER

Homens e mulheres são naturalmente desiguais na sua composição física, psicológica e de papéis dentro de determinado grupo social. A implicação desta natural distinção significa que a percepção do mundo e de como seus elementos devem ser encarados são variáveis em razão do gênero eleito.

Compreender as relações de gênero é ir além da definição entre masculino e feminino; consiste na reunião das circunstâncias que envolvem o tratamento dessa distinção a partir de elementos como a religião, cultura, geografia, movimentos sociais, ideologia e tempo. Por óbvio que, para uma aferição jurídica de direitos humanos numa concepção universalista, tais elementos são sobrepujados pelo princípio-valor-regra da igualdade substantiva.

Nas sociedades antigas, o trabalho da mulher restringia-se, essencialmente, aos afazeres domésticos não remunerados, seja pela justificativa grega de sua incapacidade de raciocinar ou de serem vistas como “castigos impostos aos homens por deuses raivosos” (STERNS, 2007, p.49). Platão, filósofo grego aclamado, chegou a afirmar que “se a natureza não tivesse criado as mulheres e os escravos, teria dado

ao tear a propriedade de fiar sozinho”. (Platão *apud* Araújo Melo, 1978, p. 26).

O trabalho caseiro, considerado de inferior categoria pelos gregos e romanos, recorrentemente era vinculado à prostituição, principalmente nos casos de abandono pelo marido ou morte deste. No entanto, na civilização egípcia há relatos de uma atividade de ceifa de trigo, de esmagamento dos excrementos de bovinos e substituição à mão-de-obra masculina na construção do templo de Tebas. Sabe-se também que o povo do Nilo permitia às mulheres um casamento isento de coação e a titularidade de bens (MELO, p.31, 34).

Na Idade Média, o trabalho era considerado como uma verdadeira maldição divina, sob o aspecto de que a gerência de poder e do futuro dos homens era gerido pelo clero e nobreza. Inserida nesse cenário, a mulher, especialmente das camadas mais baixas, era uma trabalhadora ativa na agricultura, manufatura, além das tarefas de cunho eminentemente doméstico. A independência e felicidade feminina não eram conquistadas nem adquiridas a partir do valor *trabalho*, mas do casamento.

O processo de urbanização e incremento da indústria operou transformações relevantes na sociedade. O novo regime consagrou a liberdade para o exercício das profissões, artes ou ofícios, e conseqüentemente, para as livres contratações. A nova estrutura social fundava-se no individualismo, que se refletia nos aspectos econômicos, políticos e jurídicos e às mulheres eram permitidas as mais diversas profissões, não sendo, ainda, isentas da marginalização.

O liberalismo representou uma primeira chance dada ao labor feminino. Mas isto não decorria de mera concessão de benesses pelos detentores da produção. A necessidade de aumentar a produção clamava uma força produtiva mais barata e silenciosa: nascia o ambiente nefasto para os trabalhadores da Revolução Industrial.

A fase seguinte, conhecida como o século do trabalho e das idéias, marcou significativamente o mundo do trabalho. Com o surgimento da máquina a vapor, de fiar e tear (1738-1790) houve uma expansão das empresas e substituiu-se o trabalho humano pelo da máquina, resultando no desemprego (CASSAR, 2010:12).

A necessidade de pessoas que operassem as máquinas recém-criadas autorizou a consolidação de um verdadeiro caos social. A falta de critérios na contratação de pessoas e desprezo completo por qualquer norma mínima de jornada de trabalho, saúde e segurança do trabalhador afetou não apenas os operários, mas as denominadas meias-forças dóceis,

incapazes de reivindicar qualquer melhoria de condições de vida: as mulheres e crianças.

A Revolução Industrial institucionalizou a contratação das mulheres, todavia não lhes conferia igualdade salarial. Há relatos, inclusive, de trabalhadoras que se disfarçavam de homens para obter maior remuneração (MELO, p.50).

A opressão dos trabalhadores fabris, o surgimento dos primeiros sindicatos fomentou o protesto das massas, foi vetor de relevância ímpar para a melhoria na condição de vida das mulheres. Porém, a condição de poder trabalhar não lhe subtraiu a contínua obrigação de ser a responsável pelo cuidado do marido e dos filhos.

Desde a revolução industrial, passando pelas duas grandes guerras, paulatinamente o público feminino foi sendo aceito em atividades outrora restritas aos homens. A grande chave para tanto residiu na abertura da educação às mulheres. A alfabetização, ensino de cursos superiores e técnicos, mesmo reduzidos às classes mais elitizadas, proporcionou a chegada das estigmatizadas donas-de-casa a postos considerados nobres, como a medicina e advocacia.

Após as barbaridades advindas das duas grandes guerras mundiais, um esforço proveniente dos governos, sociedade civil e das instituições estabelecidas impulsionou um movimento no sentido de promover os princípios básicos encartados nas Constituições, dentre eles o da igualdade substantiva. Esta, conforme se verá adiante, possui vertentes diversas e uma delas tem como fim genérico o de promover a mesma oportunidade de acesso aos direitos fundamentais, independentemente de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Lentamente, a presença da mulher na força de trabalho tem crescido. Além das razões jurídicas expostas ao norte, por óbvio existem condições sócio-econômicas que alavancaram os índices de participação feminina nas relações laborais. Estudos indicam que em 1960 as mulheres eram responsáveis por 30% da população economicamente ativa da Europa e 42,5%, no ano de 1996. Em 2007, segundo a OIT, o número de mulheres no mercado de trabalho mundial era de aproximadamente 1,2 bilhão, enquanto os homens chegaram à marca de 1,8 bilhão (PEDUZZI, 2009, p. 243).

Denise Pasello Valente Morais aponta três razões para o aumento da presença da mulher na força de trabalho: “a necessidade de complementar ou mesmo prover a renda familiar, a abertura dos postos de trabalho considerados mais adequados para as mulheres e,

naturalmente, uma mudança do papel da mulher na sociedade” (2005, p.47).

Além disso, o modelo de capitalista imprimiu uma nova forma de sobrevivência aos homens. Uma série de necessidades foram adquiridas, ainda que, conforme o adágio popular, sejam satisfeitas com um dinheiro que não se tem para comprar coisas de que não se precisa. A função do homem como único membro provedor vem sendo abandonada a passos largos no mundo ocidental. A Professora Yara Gurgel (2010, p.1) assinala, na mesma esteira, que

Existe um *glass ceiling*, difícil de ser quebrado, reforçando a idéia de que a mulher deve ser passiva e submissa, visto que detém a missão de manter a *estabilidade emocional da família*. Além da nobre missão de reproduzir a espécie, à mulher competem os afazeres domésticos, além da manutenção do bem-estar dos membros da família. As atividades laborais são incentivadas como *ajuda à renda familiar*, desde que não inviabilizem as obrigações domésticas, inclusive a educação dos filhos.

Há, no entanto, funções que são ocupadas essencialmente por homens ou mulheres, a depender do trabalho. Setores como o da construção civil e indústria são movidos por uma força masculina, enquanto o trabalho doméstico é, em sua esmagadora maioria, feminino (BARROS, 2004, p. 1089)⁴. A este fenômeno de estereotipização do trabalho da mulher dá-se o nome de *segregação horizontal*. Por outro lado, a segregação vertical dá-se em razão da desigualdade salarial, ascensão funcional e condições de trabalho (PASELLO, p.48).

Embora já se tenha anotado que os cargos de direção ainda continuam em poder dos homens – mesmo que detentores de menor

4 Na síntese de indicadores sociais de 2004, “na composição de cada grupamento de atividade por gênero, verificou-se percentual muito reduzido de mulheres no contingente ocupado na construção (2,5%), enquanto na população ocupada nos serviços domésticos a parcela feminina representava 93,3%. O número de mulheres também suplantava os dos homens nos grupamentos da educação, saúde e serviços sociais (77,4%) e nos dos outros serviços coletivos pessoais e sociais (58,6%). No grupamento do alojamento e alimento, a parcela feminina era quase igual à masculina” (p.52).

grau de escolaridade – tem-se notado um relevante acréscimo de mulheres no serviço público.

O Boletim Estatístico de Pessoal - 2011, elaborado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, arrola dados deveras interessantes. Segundo o Boletim, 45,3% dos servidores públicos civis federais do Poder Executivo são mulheres. O Programa Mais Mulheres no Poder, patrocinado pela Secretaria de Políticas para Mulheres, disponibiliza relatórios das últimas eleições, os quais constataram que apenas 11,66% dos eleitos no Poder Legislativo e Executivo são mulheres.

No âmbito do Poder Judiciário, os dados do ano de 2010 apontam que apenas 15,73% dos membros dos Tribunais Superiores são mulheres; 29,32% dos magistrados são juízas e, surpreendentemente, 50,51% são advogadas (MAIS MULHERES NO PODER, 2011).

Quanto às empresas privadas, segundo dados da Catho Online repassados ao já referido Programa, no ano de 2008/2009 apenas 21,43% das mulheres ocupam cargos de presidentes executivas, 17,47% de Vice-Presidência, 26,29% de Diretoria, 34,14% de Gerência, 47,58% de Supervisores, 42,07% de Chefe, 55,58% de Encarregado e 55,67% de Coordenador. Mesmo reveladores de critérios discriminatórios e de uma realidade que nos cargos inferiores as mulheres conseguem um maior destaque, tais números são bastante animadores se comparados com os dados de 1996/97⁵.

3. A IGUALDADE SUBSTANTIVA: O PARÂMETRO DE ELIMINAÇÃO DAS DISCRIMINAÇÕES DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE GÊNERO

Jacques Rousseau (*apud* Léa Elisa Silingowschi Calil) entendia que as desigualdades podem ser naturais ou sociais. As primeiras decorrem da própria formação fisiológica e espiritual dos indivíduos, enquanto as últimas, também chamadas de morais ou políticas

5 Presidente Executivo: 10,39%, Vice Presidência: 10,82%, Diretor: 11,60%, Gerente: 15,61%, Supervisor: 20,85%, Chefe: 24,76%, Encarregado: 36,78%, Coordenador: 36,95%.

consistem “nos diferentes privilégios de que alguns desfrutam em detrimento dos outros, como ser mais rico, mais respeitado, mais poderoso que os demais, ou mesmo fazer-se obedecer-se por eles” (CALIL, 2007, p.84).

A origem filosófica do conceito da igualdade reside nos pensadores gregos Sólon, Platão e os estóicos enquanto bem a ser alcançado, fundamento da democracia e dimensão valorativa natural que suplanta a idéia de escravidão (GURGEL, 2010, p. 34). Em seguida, o cristianismo, e seus teóricos, “reconheceu dignidade, valor e liberdade espiritual a todas as pessoas, baseada no universalismo cristão” (*Ibidem*, p.35)

Porém, a condição de igualdade como hoje se conhece é fruto da Revolução Francesa e Norte-Americana. De início, consistia apenas numa aceção de isonomia perante a lei, hoje designada de igualdade formal. Nessa aceção, dá-se ênfase apenas ao tratamento dos cidadãos perante a lei, sendo vedadas distinções decorrentes de qualquer natureza. As Declarações do Estado da Virgínia (1776), Constituição Americana de 1787, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e Constituição Francesa de 1793 já previam este ideal. Documentos normativos posteriores reproduziram a igualdade como regra, princípio e objetivo dos Estados.

Na perspectiva material ou substancial, a igualdade assume um papel superior. Visa corrigir os desvios sociais provocados por um modelo econômico de índole liberal e individualista, que deixa aos particulares a liberdade de regularem o mercado e lidarem com as conseqüências do absenteísmo estatal. É o substrato dos direitos de segunda dimensão, o qual foi um dos fundamentos do movimento constitucionalista do século XX e informam os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos (BONAVIDES, 2010, p.564). Trata-se, na verdade, na necessidade de se tratar desigualmente aqueles que estão em posição de desigualdade, na proporção dessa diferença, de modo a concretizar o valor igualdade.

A idéia de materialidade torna o conceito de igualdade aplicável, também, ao direito às diferenças. O resultado é que, embora tratem-se desigualmente os desiguais, há um núcleo relacionado à dignidade humana que abriga um direito a identidade própria, livre de rotulações ou enquadramentos. O direito à diferença é perfeitamente relacionável com a obrigação do Estado em promover políticas públicas que permitam as mesmas condições de oportunidades e acesso aos direitos fundamentais. É dizer: desigualdade na intimidade e igualdade

no aspecto coletivo.

Além da acepção formal e material, há certo consenso doutrinário, que a igualdade é regra, princípio e valor do sistema jurídico. Assim é que ainda pode desdobrar a materialidade da isonomia num espectro positivo e negativo.

A vertente negativa operacionaliza-se com a consecução do princípio da não-discriminação. Aqui, impede-se que se discrimine sem a pauta de critérios justificáveis. É a diferenciação em razão de cor, raça, sexo, religião, etc, e gera uma obrigação de *non facere* tanto para o Estado quanto na horizontalidade das relações privadas. A idéia de igualdade caminha lado a lado com a obrigatoriedade de não se praticar atos que excluam, segreguem e inferiorizem.

Ao dirigir-se ao Estado, o princípio da não-discriminação veda dois tipos de ações. Por um lado, a criação de um sistema repressor da discriminação a partir da elaboração de atos normativos com fins de restringir ou vedar, por exemplo, que determinadas pessoas não tenham acesso aos cargos públicos, ou, ainda, que determinadas categorias de sujeitos tenham privilégios desarrazoados se comparados com outros. Uma segunda implicação é a proibição de ser indiferente às diferenças.

Tome-se a existência dos chamados grupos vulneráveis (mulheres, crianças, negros, pessoas com deficiências) como referência. Eles remontam à própria idéia de que há no seio social uma discriminação latente. Ora, se são vulneráveis é justamente porque estão em condição de inferioridade – não porque assim o são, mas porque foram postos nesse patamar. A mera constatação de que existem grupos mais frágeis e sujeitos aos desmandos de uma pretensa classe dominadora e superior revela um comando constitucional de não se agravar essa situação mediante omissões permitidas, isto é, “não realizar qualquer comparação entre pessoas” diante de uma oportunidade ou utilizar-se das especificidades do grupo para distingui-lo negativamente (GURGEL, p.49).

Por outro lado, caso o mesmo Estado não apare as naturais desigualdades e aja sob o manto da imparcialidade traduz um ato tão discriminatório quanto a ação positiva de discriminar. Daí porque cabe aos gestores públicos, tal qual aos legisladores e membros do Judiciário em casos específicos atentar para a igualdade de tratamento, sob pena de se discriminar sob o pretexto da isonomia.

Os particulares, de igual forma, estão afetados pela ordem de não discriminação. Eis a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Quando analisada a matéria pela ótica do Direito do Trabalho,

direito privado e de aplicação eminentemente nas relações particulares, há vedações tanto no sentido de discriminação negativa quanto da positiva. O artigo 5º da Consolidação das Leis Trabalhistas assegura que a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo, no art. 442-A há a vedação de exigência de período superior a 6 (seis) meses no mesmo tipo de atividade para fins de contratação. Ademais, há referências normativas nos arts. 373-A e 391.

A segunda vertente do princípio da igualdade materializa-se com um conjunto de ações promovidas pelo Estado, denominadas de políticas públicas de ação afirmativa. Lastreadas no princípio da solidariedade, busca integrar pessoas pertencentes a grupos excluídos ou vulneráveis a patamares de dignidade isonômica.

Se no primeiro momento a igualdade assume uma feição de não-discriminação, nos conformes aqui já delineados, o enfoque ora abordado consiste em “sensibilizar os agentes econômicos para novas atitudes a favor da igualdade de oportunidades entre homens e mulheres” para “reagir à reprodução de preconceitos e estereótipos da tradicional divisão do trabalho entre os sexos” (DELGADO *et al*, 2000, p.11). Só é possível a consolidação de uma igualdade substantiva mediante um conjunto de planos, tarefas e ações voltadas para setores específicos do mercado de trabalho, que retratam as maiores disparidades nas relações de gênero.

A gênese das ações afirmativas reside nas políticas de cotas destinadas aos negros, durante a década de 50, nos Estados Unidos, como mecanismo de combate à segregação racial ao abolir as “classificações raciais quanto às escolas” (GURGEL, 2010, p.52). Segundo Yara Gurgel, seu fundamento são a Justiça Distributiva e a Justiça Compensatória. A distributividade decorre da noção de “redistribuição de bens e serviços” com vistas a suprir uma deficiência resultante de exclusões históricas agravadas pela inacessibilidade aos direitos sociais e discriminações sofridas. A compensação, por sua vez, calca-se na idéia de reparação dos males causados a grupos vulneráveis.

A respeito da tangência das ações afirmativas quanto às discriminações oriundas das relações de gênero, destaca-se, no Brasil, a criação, no ano de 1985, do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, incorporado, posteriormente à Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, criada pela Medida Provisória nº 103, de 1º de janeiro de 2003, convertida na Lei nº 10.683/03.

A SEPM tem no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres a bússola para as políticas públicas direcionadas ao público feminino. Fruto de um esforço coletivo de contribuições e das propostas realizadas na I Conferência Nacional de Políticas para as Mulheres, em julho de 2004, o Plano tem 199 ações, distribuídas em 26 prioridades.

As ações do Plano foram traçadas a partir de quatro linhas de atuação, quais sejam: autonomia, igualdade e autonomia no mundo do trabalho e cidadania, educação inclusiva e não sexista, saúde das mulheres, direitos sexuais e direitos reprodutivos e enfrentamento à violência contra as mulheres.

Também há, no seio da SEPM, outros Programas e Estudos como o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, o Observatório Brasil da Igualdade de Gênero, o Programa Mais Mulheres no Poder, dentre outras publicações e ações voltados para as mulheres.

Por último, cabe destacar o Programa Pró-Equidade de Gênero, o qual tem um enfoque no mundo do trabalho e nas relações de gênero. Criado, em 2004, a partir da SEPM, do Plano Nacional de Políticas para as Mulheres e com o apoio do Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Programa consiste, basicamente, em desenvolver novas concepções na gestão de pessoas e cultura organizacional para alcançar a equidade de gênero no mundo do trabalho.

A operacionalidade do Programa, hoje na terceira edição, é instrumentalizada pela assinatura de um termo de adesão, com o envio de relatórios, o preenchimento de uma ficha perfil da organização e do seu quadro funcional quanto aos aspectos mais relevantes para a implementação do Programa e, por fim, o Plano de Ação⁶. Ao final de um ano, a instituição é avaliada pelo Comitê Pró-Equidade de Gênero quanto aos cumprimentos dos compromissos assumidos e no tocante a Recrutamento e seleção, Processos de capacitação e treinamento interno, Ascensão funcional e planos de carreira, cargos, salários e remuneração,

6 A partir dos dados levantados pela Ficha-Perfil, a organização terá um diagnóstico das suas condições atuais, devendo formular um Plano de Ação que possibilite o enfrentamento de eventuais problemas apontados pelo referido diagnóstico, tendo sempre em mente o objetivo principal de promover a equidade de gênero e raça no âmbito de suas relações de trabalho. FONTE: SEPM, 2011

Programas de saúde e segurança no trabalho, Política de benefícios, Mecanismos de combate às práticas de discriminação (sexo, raça, estado gestacional e orientação sexual) e a ocorrência de assédio moral e sexual, práticas de sensibilização voltadas para a equidade de gênero na cadeia de relacionamento da organização e Propaganda institucional interna e externa⁷.

4 O SISTEMA REPRESSIVO DA DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE GÊNERO E A PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Segundo a lição de Alice Monteiro de Barros, as primeiras leis acerca do trabalho da mulher no Brasil datam de 1932, com o Decreto n. 21.417-A, que regulamentou o trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, “assegurando-lhe, no art. 7º, um descanso obrigatório de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, independentemente de trabalhar em estabelecimento público ou particular” (BARROS, 2010:1085). Havia possibilidade de aumento da licença em casos excepcionais, bem como era garantido um auxílio correspondente à metade dos seus salários.

No ano de 1943, foi promulgada o Decreto-Lei N° 5.452 que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, de caráter tutelar e que no tema de proteção ao trabalho da mulher recebeu fortes influências da legislação anterior.

Ab initio, é de se assinalar que a Carta Republicana de 1988 possui como um dos seus princípios a cidadania e a dignidade da pessoa humana e abriga como um dos objetivos do Estado Brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O princípio da igualdade encontra arrimo, portanto, na metarregra da dignidade, isto é, se basta a condição de humano para ser detentor de dignidade e a isonomia é um parâmetro de equalização

7 Aqueles que cumprirem todos os requisitos obterão o Selo Pró-Equidade e terão as suas boas práticas divulgadas pela SPM/PR, o UNIFEM e a OIT.

e aplicabilidade aos titulares desse *status dignitatis*, ela também constitui vetor de composição da dignidade. Em outras palavras, não há dignidade sem igualdade. Esta posição privilegiada eleva a isonomia a um patamar de sobre-princípio, de modo que deve ser aplicado como critério inspirador orientador da atividade legislativa e de interpretação. (CALIL, 2007, p.50)

Apropriado o escólio de Celso Antônio Bandeira de Melo (1999, p.14), *ipsis literis*:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Há previsão no texto constitucional acerca da maternidade (art.7º, XVIII), estabilidade à gestante (Art. 10, II, b, ADCT), proteção do mercado de trabalho da mulher (art.7º, XX) e proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério para admissão por motivo de sexo (Art. 7º, XXX).

Presencia-se no corpo da Lei Maior uma preocupação com a maternidade, grande motivo de impedimento aos cargos, já que implica afastamento da função e representa um tratamento especial pelo empregado para com a gravídica. Tais normas não são de proteção apenas da mulher, mas de garantia ao filho desde o momento da concepção. O afastamento pode ocorrer 28 dias anteriores ao parto e há a garantia do pagamento do salário-maternidade, custeado pela Previdência Social em valor igual ao percebido pela mulher na função.

A Lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, movida pela promoção dos direitos fundamentais e visando resguardar ao máximo a saúde da mulher e do filho⁸, criou o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal. As empresas que prorrogarem por sessenta dias a

8 Na mesma esteira, tem-se a Lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002, que estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade.

duração da licença-maternidade poderão ter deduzido do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Acerca da segunda hipótese tem-se que a mulher naturalmente excluída do mercado de trabalho recebeu uma proteção constitucional no que toca ao mercado de trabalho. A bem da verdade, o inciso XX do art. 7º é uma ordem voltada ao legislador, que deve regulamentar o dispositivo de modo a possibilitar que homens e mulheres tenham o mesmo acesso e igual oportunidade ao mercado de trabalho.

O supradito inciso não foi regulamentado totalmente ainda pelo legislador ordinário. Uma das tímidas legislações sobre o tema é a Lei n 9.799, de 26 de maio de 1999, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Tímida porque não busca de fato estimular o mercado de trabalho da mulher com medidas concretas, mas apenas reprime algumas condutas e distorções discriminatórias.

Outra Lei relevante foi a n. 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Ora, se o constituinte conferiu especial proteção ao trabalho da mulher e deu-lhe estabilidade temporária no emprego em razão da gravidez, há uma restrição ao poder potestativo do empregador, que em muitas vezes passava a exigir atestado de gravidez ou esterilidade das trabalhadoras.

No campo infraconstitucional existem diversas leis que direta ou indiretamente tratam da proteção da mulher, seja contra a violência doméstica, em relação ao curso do contrato de trabalho, discriminação, dentre outros campos. Já foi apontado anteriormente que a CLT tem um caráter tutelar, mas há aspectos específicos do mundo do trabalho atinente à mulher que devem ser tratados separadamente.

O primeiro ponto diz respeito ao art. 390 e parágrafo único, da CLT. Alice Monteiro de Barros (2010, p. 1092) afirma que é desarrazoada a vedação, visto que

em diversos países as mulheres trabalham com pesos, como ocorre na Índia, com as peoas de alvanel, que carregam pesados materiais de

construção, nos países africanos e até no Brasil, sobretudo no campo, transportando água, lenha e cereais.

Porém, sabe-se que do ponto de vista fisiológico a força muscular da mulher é inferior à do homem, sem esquecer da possibilidade de abortamento em razão do excesso de peso. Por isto, a jurista mineira defende que o “ideal seria abolir a restrição do art. 390 da CLT e submeter à apreciação de cada caso às condições pessoais da empregada, ao tempo consumido na atividade, às condições do serviço, mas sempre atento ao disposto no art. 483, a, da CLT”.

Em seguida, outras dificuldades enfrentadas pela mulher dizem respeito aos salários mais baixos – já abordados neste escrito –, a incompletude dos direitos da empregada doméstica que, por previsão constitucional, inclusive, não é detentora dos mesmos direitos dos outros trabalhadores, o assédio sexual no ambiente de trabalho, prática tão comum em sociedades machistas e patriarcais, assédio moral no ambiente de trabalho, o não oferecimento de promoções e a revista íntima⁹. Todas as situações relatadas são combatidas por mecanismos específicos da legislação extravagante e trabalhista ou pelo sistema geral de repressão advindas das normas de Direito Civil e Penal.

9 As decisões do Tribunal Superior do Trabalho apontam pequenas diferenças de parâmetros no julgamento do tema Revista íntima, que hoje ocupa a pauta de uma das maiores discussões no âmbito da Justiça do Trabalho. Em um balanço geral, as decisões mostram que os ministros toleram revistas visuais esporádicas em bolsas, sacolas e mochilas e o uso de detectores de metais. No entanto, discriminações não são admitidas, e o contato físico só é aceito no caso de trabalhadores homens. A frequência do procedimento também pode ser um problema. Até mesmo a checagem visual pode ser considerada abusiva, se reiterada. A título de ilustração, transcrevemos a seguinte decisão: RR - 228900-04.2006.5.09.0008 **Data de Julgamento:** 23/03/2011, **Relator Ministro:** João Batista Brito Pereira, 5ª Turma -A fiscalização feita com moderação e razoabilidade não caracteriza abuso de direito ou ato ilícito, constituindo, na realidade, exercício regular do direito do empregador. A fiscalização de bolsas dos empregados, sem que se proceda à revista íntima, mas apenas visual, e em caráter geral, relativamente aos empregados de mesmo nível hierárquico, não configura excesso do empregador; **Processo:** RR - 204300-92.2008.5.12.0030 **Data de Julgamento:** 23/03/2011, **Relator Ministro:** Fernando Eizo Ono, 4ª Turma - A revista efetuada em relação à reclamante, na sua bolsa ou sacola, sem contato físico ou revista íntima, não teve caráter ilícito, apto a ser reparado por meio de indenização por dano moral. **Processo:** RR - 306140-53.2003.5.09.0015 **Data de Julgamento:** 15/12/2010, **Relator Ministro:** Pedro Paulo Manus, 7ª Turma - A mera revista visual nos pertences do empregado, como bolsas e sacolas, não configura, por si só, ofensa à sua moral/intimidade, constituindo, na realidade, exercício regular do direito do empregador, inerente ao seu poder de direção e fiscalização.

5. O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER

A batalha para a efetivação dos direitos humanos não se queda apenas em território nacional. Sabendo-se que as violações aos direitos fundamentais, ou direitos humanos se analisados sob a ótica supranacional, transcendem as fronteiras e encontram fundamentos nas mais diversas razões. Vários mecanismos internacionais foram criados a partir de esforços conjuntos para combater as desigualdades e discriminações existentes em ordens jurídicas nacionais e internacional.

No plano do Direito Internacional, a mulher recebe tratamento tanto no sistema global de proteção quanto no regional. Há também um âmbito geral e outro especial. O geral relaciona-se com toda e qualquer pessoa, enquanto o especial considera as características específicas do sujeito, como determinados grupos étnicos, mulheres, indígenas, refugiados, etc.

Os sistemas global e geral de proteção encontram supedâneo no funcionamento da Organização das Nações Unidas, que tem o respeito pelo ser humano como um dos seus sustentáculos. Como primeiro e mais relevante documento produzido nesse sentido tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual tem como essência a premissa de que todos os seres humanos são dotados de uma igualdade universal.

Nascida após um momento de verdadeira banalização do mal, a Declaração tinha como função reerguer postulados mínimos de convivência dos homens. Os resultados das duas guerras mundiais levaram a sociedade mundial a refletirem acerca do papel do indivíduo no ambiente em que vive. Para tanto, era necessário dotá-lo de dignidade e de outros direitos capazes de pô-lo no centro de toda e qualquer discussão jurídica, política ou social.

A igualdade e a não-discriminação, portanto, são apontadas nos artigos II e VII da Declaração, cuja natureza não-coercitiva a põe num plano mais orientador, de carta de intenções e inspiradora do que de Direito Cogente propriamente dito.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC – e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDCP já avançaram em relação à DUDH, visto que têm caráter cogente para seus signatários. Sobre as relações de gênero, o PIDESC possui disposições no art. 2º, item 2, art. 3º, art. 7º e art. 10, item 2. Já o PIDCP, no seu art. 3º dispõe que os Estados-Membros se

comprometem a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no Pacto. Ademais, o artigo 26 veda qualquer forma de discriminação.

A Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher (Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women – CEDAW), de 1979, também assinada pelo Brasil – inicialmente com ressalvas, mas em sua plenitude pelo Decreto n. 377, de 13 de setembro de 2022 – é integrante do sistema especial de proteção na medida em que trata de um grupo específico e pondera suas características próprias e foi produto dos trabalhos decorrentes da I Conferência Internacional da Mulher, sediada pelo México, em 1975.

A discriminação contra a mulher é definida no art. 1º da Convenção como

toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo

Desde o preâmbulo até o trigésimo artigo, o texto da CEDAW busca tratar de diversos temas afetos à vida da mulher, como seus direitos políticos, igualdade de direitos quanto à nacionalidade e oportunidades de trabalho, divisão de responsabilidade no casamento e na relação com os filhos, igualdade de salários, proteção contra o casamento infantil e a exploração sexual e repressão da prostituição e tráfico de mulheres.

Especificamente quanto ao trabalho, a Convenção prevê para as mulheres: a) O direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego; b) O direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço, e o direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico; c) O direito a igual remuneração,

inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho; d) O direito à seguridade social, em particular em casos de aposentadoria, desemprego, doença, invalidez, velhice ou outra incapacidade para trabalhar, bem como o direito de férias pagas; e) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução (Art. 11.1).

Além disso, os Estados signatários comprometem-se a proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença de maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil; Implantar a licença de maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais; Estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública, especialmente mediante fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinados ao cuidado das crianças; Dar proteção especial às mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais para elas (Art. 11.2)

Quanto às Conferências sobre a mulher, até a presente data foram realizadas quatro delas, sendo a primeira, em 1975, na Cidade do México, a segunda, em 1980, em Conpenhague (Dinamarca), a terceira, em 1985, em Nairóbi, no Quênia, e a quarta, em 1995, em Pequim. Cada um destes eventos teve significativa relevância para o estudo da situação da mulher no mundo e elaboração de relatórios e meios de enfrentamento da opressão feminina.

Ainda no sistema global, a proteção especial dá-se mediante as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, as quais configuram-se como tratados multilaterais, sujeitos à ratificação pelos Estados-membros. Nessa esteira, destacam-se algumas Convenções pertinentes à matéria.

A Convenção n. 100 e a Recomendação n. 90 sobre igualdade de remuneração, abordando, principalmente a fixação da remuneração sem que se leve em conta a relação de gênero, tal qual a orientação, prevista na referida Recomendação, de serviços de orientação profissional às mulheres, por exemplo.

A Convenção n. 111 e a Recomendação n. 111 tratam da discriminação em matéria de emprego e profissão, seja na contratação, formação, ascensão ou conservação do emprego e condições de trabalho.

Enfocam a importância da negociação coletiva e dos sindicatos no combate à discriminação, sobretudo na atuação de não tolerarem tais práticas no momento da filiação e participação de assembléias.

Há de se destacar também a Convenção n.156 e Recomendação n.165, as quais versam sobre trabalhadores com Encargos de Família¹⁰.

Na seara regional, os direitos humanos também são protegidos em razão do elemento geográfico. Tratando-se de Brasil, o órgão regional competente para apreciação das violações aos direitos humanos é a Organização dos Estados Americanos-OEA –, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Os principais instrumentos de combate à discriminação são a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Em todos esses documentos há remissão ao princípio da igualdade e não-discriminação.

Em 1994, o sistema regional de proteção aprovou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará. Tal tratado foi o fundamento normativo para a apreciação do caso *Maria da Penha* e também combate a discriminação contra a mulher, garantindo-lhe os direitos humanos de primeira e segunda dimensão.

6. CONCLUSÕES

De tudo o exposto até aqui é possível tomar-se duas posturas: lamentar-se ou agir. A mera constatação de todas as mazelas que afligem a mulher pode gerar, ao máximo, uma indignação momentânea e tristeza repentina.

Historicamente a mulher foi e é alijada na sua condição e direitos, porém sabe-se que ao Direito cabe coibir toda e qualquer forma de discriminação ao se utilizar dos seus mecanismos legislativos, administrativos e judiciais. É inaceitável que sistemas jurídicos, calcados em argumentos de natureza religiosa ou cultural oprimam a mulher – objeto do estudo *in casu* – e a rebaixe, discrimine e viole sua condição

10 Com exceção da Convenção n.156, as demais foram ratificadas pelo Brasil

básica de ser humano.

A efetividade dos direitos assegurados à mulher, que no presente momento da humanidade não são poucos, deve ser a grande preocupação das autoridades públicas e dos particulares na consecução do princípio da dignidade da pessoa humana. O fortalecimento das instituições democráticas como o Ministério Público, um corpo de magistrados e autoridades com uma formação em direitos humanos consolidada e a atuação da sociedade civil organizada na fiscalização da concretude do princípio da igualdade é de fundamental importância para a eliminação das desigualdades provenientes da relação de gênero.

Do seu papel também não podem esquivar-se os gestores públicos. A promoção de políticas públicas específicas para o público feminino é um instrumento de mudança cultural, ainda que lenta, e conseqüente materialização da igualdade substantiva. As ações afirmativas, mesmo criticadas por tantos, são mecanismos que devem ser utilizados em larga escala, seja no campo compensatório ou de reparação.

Não se defende aqui uma ditadura dos direitos da mulher, até porque se incorreria numa outra discriminação. Sabe-se também que nunca se alcançará uma igualdade métrica exatamente porque há diferenças até na igualdade e isto é imprescindível à existência da raça humana e imanente ao sistema capitalista vigente. O que não se admite é um abismo de oportunidades justificado pelo simples fato de A ou B ser do sexo feminino. A isto o Direito não pode quedar-se inerte. Fazê-lo seria perpetuar uma supremacia masculina que não se sustenta, mas apenas execra e diminui um ser tão sublime e detentor do dom de abrigar a vida no seu ventre.

7. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do Trabalho da Mulher – A questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática**. São Paulo: Ltr, 2007.

CASSAR, Volim Bomfim. **Direito do Trabalho**. Niterói: Impetus, 2010.

DELGADO, Didice Godinho *et al.* **Mulher e trabalho – experiências de ação afirmativa**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS ECONÔMICOS – DIEESE. **Inserção das mulheres com Escolaridade Superior no Mercado de Trabalho**. São Paulo, 2011.

GRANDE, Humberto. **A Educação cívica das mulheres**. Rio de Janeiro: Editora Reper, 1967.

GURGEL, Yara Maria Pereira ; FABIANO MENDONÇA ; PEREIRA JR, E. N. . **DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO POR MOTIVO DE GÊNERO**. In: MARIA DOS REMEDIOS FONTES SILVA. (Org.). REVISTA CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS. 11 ed. NATAL/RN: EDURFN - EDITORA DA UFRN, 2009, v. , p. 297-310.

_____. **DIREITOS HUMANOS, PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO: SUA APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO**. 1a. ed. SAO PAULO: LTR, 2010. v. 1000. 219 p

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Equality at worl: tackling the challenges**. 2007.

INTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro, 2008.

MELO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELO, Floro de Araújo. **O trabalho da mulher na História**. Rio de Janeiro: Editora Gráfica Luna, 1978.

NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da mulher e Direito do Trabalho – Da proteção à promoção da igualdade**. São Paulo: LTr, 2005.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **A mulher e o trabalho no Mundo Contemporâneo – A feminização no Poder Judiciário**. In: Georgenor de Sousa Franco Filho (Org.). Trabalho da Mulher – Homenagem a Alice Monteiro de Barros. São Paulo: LTr, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito**

Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2008.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. **Programa Mais Mulheres no Poder. 2011.**

_____. **Programa Pró-Equidade de Gênero. 2011.**

STEARNS, P. N. **Historia das relações de gênero.** Trad. De Mirna Pinsky. São Paulo: Contexto, 2007. 250p.

7 EMPREGABILIDADE: CRISE OU MUDANÇA DE PARADIGMA. UMA TEMÁTICA GLOBAL

Sandra Dubeux Mattos
Pós-graduada pela UFPE.
Analista Judiciário do TRT6.

CAPÍTULO I – O DESEMPREGO NO BRASIL

1.1 O quadro da taxa de desemprego brasileira

Os países de primeiro mundo, na esteira da II Guerra Mundial, inseriram em suas legislações uma série de mecanismos que visavam à proteção dos trabalhadores e tinham como objetivo garantir-lhes uma renda mínima mesmo no caso de ficarem desempregados. Essa medida foi tomada com a finalidade de, protegendo o trabalhador, proteger também o mercado, a produção e, por conseguinte, todos os outros trabalhadores, haja vista que o desemprego e o subemprego diminuem sensivelmente a capacidade de consumo de toda a sociedade, provocando a diminuição dos lucros empresariais e que, por sua vez, diminui a arrecadação tributária do poder público. Percebe-se, pois, que o desemprego implica o empobrecimento do país como um todo.

As demais nações tardaram sobremaneira para assimilar a lógica da cadeia de proteção; em decorrência do grande lapso temporal, possibilitaram que seus territórios fossem atingidos por um elevado nível de desemprego, provocando drástica queda no padrão de vida de muitas pessoas e até mesmo a exclusão social de parte da população.

Na verdade, o nível de desemprego na maioria dos países não é corretamente aferido. Inexiste consenso onde abundam opiniões:

governo, sindicatos, empresários e sociedade, cada um deles define e avalia o desemprego de modo diverso. Além da multiplicidade de metodologias, há também divergência quanto ao período de apuração (mensal, trimestral, anual ou decenal).

Para alguns, o desemprego persiste mesmo quando a pessoa presta serviços por um lapso de tempo reduzido ou de modo ocasional ou ainda quando, apesar de estar desempregado, procura outro trabalho para suplementar sua renda. Para outros, é aquela pessoa que, com idade para trabalhar, tem como única atividade buscar emprego¹.

O desemprego é também um sentimento subjetivo, tendo em vista que muitos trabalhadores sentem-se desempregados quando se conscientizam de que estão sendo subutilizados e de que não gozam de condições para exercer seu pleno potencial. Sabe-se que há engenheiros assumindo cargos públicos de nível médio ou de bancários contratados como auxiliar de serviços gerais.

Ainda fora do cômputo das estatísticas oficiais, encontram-se os trabalhadores autônomos, embora, a rigor, eles não prestem serviços a empregador, portanto – em tese – não participem do mercado de trabalho, é refúgio certo para aqueles que desistiram de procurar emprego.

Oficialmente, o governo federal adota como referencial metodológico o conceito de que o desempregado é aquele trabalhador que, além de ter procurado emprego durante o período pesquisado, encontra-se apto para exercê-lo imediatamente; ainda assim, não podendo ter labutado ao menos uma hora durante o período de referência da pesquisa. Percebe-se que as medições realizadas a encargo do censo demográfico (a cada dez anos) e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (a cada ano), ambas sob a responsabilidade do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, podem subestimar o número de desempregados no país.²

1.2 A questão atual do desemprego no Brasil

O desemprego sempre esteve presente na história da humanidade, contudo, ao longo das últimas décadas, muitas foram as

1 Esta é a definição de *desemprego aberto*.

2 Márcio Pochmann, *O emprego na globalização*. A nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu, p. 100-101.

explicações para a sua subsistência, quando não do seu incremento. Conservadores consideram-no como simples voluntariedade do operário que, por razões particulares, negava-se a preencher os postos de trabalho que lhe eram oferecidos.

Posteriormente, com a criação dos mecanismos de proteção social ao trabalhador, a exemplo do “seguro-desemprego” (através do qual, muitas vezes, o operário passava a receber uma quantia maior do que a paga por sua labuta), e do FGTS, cuja multa tem a peculiaridade de ser encarada pelos funcionários demitidos como prêmio e não como indenização, foi mais uma vez utilizada a tese de que o operário recusava-se a ocupar as vagas oferecidas pelo mercado de trabalho a fim de usufruir os benefícios disponibilizados pelo governo, tornando-se deles dependente.

Isso é sobretudo verdade, em países mais industrializados e com elevado nível de proteção estatal, como principalmente os países escandinavos e o Canadá, em que, os elevados tributos pagos pelos seus cidadãos, com uma enorme contra-prestação estatal, garante a oferta de inúmeros serviços públicos de qualidade, permitindo que haja até um certo desestímulo para a procura de empregos quando o oferecimento de seguro-desemprego confere totais condições para sua manutenção.

Durante a década passada, registraram-se radicais transformações na economia brasileira que, tendo adotado uma política protecionista nos anos 80, encerrando sua economia em uma redoma, objetivava, através desse artifício, obter saldos comerciais favoráveis para o pagamento da dívida externa.

Logo em seguida, com uma reversão política, iniciando-se no governo do presidente Fernando Collor de Melo, promoveu-se a abertura da economia com tal empenho que, para muitos, foi relegada a produção industrial a segundo plano, priorizando a importação de produtos manufaturados, comprometendo, desse modo, significativamente a capacidade de geração de empregos em território nacional.

Na verdade, pode-se asseverar que as importações realizadas maciçamente ao longo dos anos 90 foram responsáveis pela “exportação” de cerca de um milhão e duzentos mil empregos originários do setor industrial instalado no país que, destruindo postos de trabalho destinados a trabalhadores brasileiros, contribuíram para a criação dos mesmos em solo estrangeiro, principalmente nos Estados Unidos da América e na China.

Ademais, segundo ensinamento de Jaime Mezzer, especialista da OIT-ETM, Santiago do Chile, almejando sua participação no mercado mundial, o Brasil optou por cortar os custos de produção de seu parque industrial para, assim, reduzir os preços de seus produtos, tornando-os mais competitivos.

Numa reação notadamente defensiva, demitiu e terceirizou, diminuindo o quadro de sua força de trabalho, o que, obviamente, limitou o nível salarial dos operários, uma vez que a redução realizada ocorreu de modo radical tanto no número de demissões quanto na qualidade dos trabalhadores demitidos, atingindo justamente os que possuíam um maior nível de qualificação, haja vista serem, via de regra, os mais bem remunerados³.

Com isso, alardeou-se à época que a reinserção externa e a busca pelo aumento da competitividade empresarial, aliada à necessidade de estabilização da moeda e à rígida legislação trabalhista, seriam as principais responsáveis pelo aumento dos índices de desemprego.

Dessa forma, o desemprego no Brasil sempre foi um problema de política pública, afligindo uma grande parcela da população e com uma diminuição de sua abrangência apenas após o ano de 2005, como será visto adiante.

I.3 O crescimento econômico e a diminuição do desemprego

Como foi demonstrado, o desemprego no Brasil continua sendo um problema chave, sendo sempre fomentado por conjunturas externas e internas. A dificuldade de crescimento econômico na década de 80, a chamada “década perdida”, principalmente se comparada com o virtuosismo da economia brasileira nos anos 70, anos chamados de “milagre econômico”, mas que, por seu embasamento em empréstimos internacionais, levou o Estado a uma recessão e hiperinflação na década seguinte, a já citada década perdida, levou o desemprego à ordem do dia.

3 Jaime Mezzer assevera que o procedimento mais adequado a ser adotado à época seria o da reação pró-ativa, isto é, ao invés da demissão, a contratação de pessoal ainda mais bem qualificado como meio de otimizar a produtividade e ganhar maior competitividade. *Anais do painel de debate sobre os custos da mão-de-obra no Brasil e o seu impacto nas relações de trabalho*, p. 53-54.

Foi possível observar que na segunda metade da década de 90 e no início do século XXI, por suas dificuldades políticas e com o chamado Plano Real, houve uma grande dificuldade do governo brasileiro em promover a estabilização econômica em conjunto com um crescimento econômico efetivo.

A partir do segundo governo do presidente Luis Inácio Lula da Silva, com a situação econômica mundial marcada por um enorme crescimento, consubstanciado pela grande quantidade de recursos no mundo, em conjunção com o início dos efeitos promovidos pelo governo Fernando Henrique Cardoso e Lula, o Brasil começou a ter condições reais para promover o seu crescimento econômico.

Prova deste fato é o crescimento efetivo do PIB nacional: Produto Interno Bruto (PIB) per capita: \$9,70 (2007 est.), conforme dados da Cia World Factbook. Com o crescimento econômico, iniciou-se uma verdadeira diminuição da taxa de desemprego.

Assim, a taxa de desemprego brasileira teve um declínio bastante acentuado, tendo atingido um patamar 50% (cinquenta por cento) inferior ao do início de 2002 e, verificando-se também, que no momento de crise mundial enfrentado no ano de 2009, o Brasil esteve firme em uma taxa baixa e principalmente sem aumentos alarmantes durante a crise, o que permite uma estimativa futura positiva, se forem enfrentados os problemas crônicos da economia brasileira, como os que serão agora mencionados.

CAPÍTULO II – A DELICADA RELAÇÃO ENTRE GOVERNO E MERCADO

2.1 O déficit de qualificação provocado pelo avanço da tecnologia

Se o mercado sofre suportando o custo do trabalhador com excessiva regulamentação e encargos, é sobremaneira atingido quando se depara com o chamado **custo Brasil**: a precária estrutura para escoar sua produção, a falta de financiamento com juros internacionais e a ausência de uma política real de fomento à atividade produtiva. Com a abertura da economia pátria para o mundo, muitos dos concorrentes foram surpreendidos por não estarem preparados para enfrentar tão acirrado jogo. Todavia, aquele que deveria ser o técnico e liderar a nação como um time foi justamente quem por último levantou-

se do banco: o Estado.

Afinal, qual é o papel do Estado? Impostos são recolhidos, governantes são eleitos, toda a máquina estatal é montada, mas para quê? A mídia brasileira parece empenhar-se em divulgar as mazelas do governo, que tem se mostrado ineficiente nas áreas de educação, saúde, assistência social, previdência, segurança, transporte, etc.

Historicamente, o Brasil adota uma postura intervencionista, tendo sido a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), na opinião do Juiz Georgenor Franco Filho⁴, um marco na jornada legislativa que minuciosamente dispõe sobre o exercício de toda e qualquer atividade. Ocorre que os demais atores sociais (trabalhadores e empresários), mesmo veladamente, ainda fomentam o espírito paternalista do Estado, pois assim não têm que se preocupar com regras, muito menos com soluções.

Muitas normas foram criadas pelo governo sem antes ouvir os seus destinatários. O Estado impôs inúmeras regras à sociedade; regras que prejudicaram o desenvolvimento do país e ainda hoje acarretam sérios entraves ao progresso almejado.

Assim, por exemplo, justificado pelo extremado controle estatal durante o regime militar, criou-se uma indissociável vinculação entre os direitos do trabalhador e os do cidadão, de modo que o trabalhador só era reconhecido como cidadão perante a sociedade mediante o exercício de uma profissão na qual possuísse carteira de trabalho assinada. De onde se vislumbra que a preocupação básica por parte do Estado era a de abafar os freqüentes conflitos trabalhistas e controlar, embora de modo autoritariamente disfarçado, as entidades sindicais.

Na esteira dos acontecimentos primordial é definir qual o papel do governo: regulador e com poder suficiente para fazer frente a algum dos atores sociais se preciso for? Ou minimamente intervencionista, transferindo uma parte razoável de suas incumbências para o setor privado e promovendo a desregulamentação do mercado? Diante de tais questionamentos, é essencial não olvidar os ensinamentos de Aristóteles, segundo o qual a virtude é um ponto intermediário entre dois extremos.

4 Proferida na Conferência “Garantia de emprego e as mudanças nas relações de trabalho”, durante a abertura do IV Seminário de Direito do Trabalho, promovido pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no plenário daquela corte, em Belo Horizonte - MG, em 03-03-97, que encontra-se transcrita em seu livro *Globalização e desemprego: mudanças nas relações de trabalho*, p. 148.

Tendo em vista que a função precípua do Estado deve ser a de garantir o equilíbrio entre o interesse patronal, o interesse dos trabalhadores e o interesse público, o ideal seria que o governo conciliasse a redução do intervencionismo, através da flexibilização da legislação, com a manutenção dos direitos já conquistados ao longo dos anos pelos trabalhadores, assegurando, assim, um mínimo de dignidade à classe operária, mas possibilitando novas formas de contratação que garantissem direitos aos empregados e os retirasse do famigerado desemprego.

O Poder Legislativo não é – e nem deve ser – a única fonte de positivação do Direito do Trabalho. Deve-se desmistificar a crençice de que a lei é o único meio de proteger a classe trabalhadora⁵. É imprescindível buscar novas técnicas de tutela que levem em consideração as inúmeras e velozes transformações que a aplicação de novas tecnologias trazem, bem como a crescente demanda por empregos, mesmo que em postos da economia informal.⁶

Em absoluto contesta-se o fato de que a Revolução Industrial (Inglaterra, a partir do século XVIII) transpôs os muros das fábricas e, subvertendo tradicionais conceitos do Velho Continente, alterou sobremaneira as relações trabalhistas no mundo todo. Inegável é, todavia, que a Revolução Tecnológica (iniciada logo após a II Guerra Mundial) de igual modo subverteu a rotina estabelecida, alterando o relacionamento entre os homens, entre estes e as máquinas e, por conseguinte, entre as próprias máquinas; porém o fez de modo tão abrupto que a sociedade ainda hoje não conseguiu assimilar todas as suas conseqüências. supera-a: as máquinas, a despeito de trabalharem mais velozmente, são de fato mais precisas. Ademais, não se atrasam nem saem mais cedo, sequer faltam ao serviço. Não são detentoras de qualquer tipo de direito, ou seja, não gozam férias, não fazem greve e jamais pedem aumento; só possuem deveres.

A elevação substancial da produtividade do trabalho representa a mais notável característica advinda com a introdução dos novos sistemas

5 Desregulamentar é perigoso para a imensa maioria dos trabalhadores brasileiros uma vez que a autonomia privada individual pressupõe um pré-existente equilíbrio entre a oferta e a demanda de empregos. *Ibidem.* p. 150.

6 Otávio Pinto e Silva, na obra *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*, deixa claro que o grande desafio que se apresenta ao Estado é o de atrair as empresas e os trabalhadores para a formalidade, objetivando a redução da exclusão social. p. 147.

tecnológicos e das modalidades de organização do trabalho que os acompanharam. No entanto, o lado obscuro dessa crescente produtividade imposta pela Revolução Tecnológica tem se revelado prejudicial ao próprio homem, é a intensificação do desemprego estrutural que, não por outro motivo, também é conhecido como desemprego tecnológico.

Com ocorrência registrada principalmente nos países em desenvolvimento, o desemprego tecnológico provoca a redução, nalguns setores, do nível de emprego por absoluta ausência de mão-de-obra qualificada tecnicamente para assumir os postos de trabalho existentes.

Há soluções para o desemprego tecnológico de longo prazo e voltadas individualmente para cada setor atingido, conforme ensinamento de Osmani Teixeira de Abreu, Presidente do Conselho das Relações do Trabalho da FIEMG (Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais), o desemprego estrutural poderia ser aplacado com medidas como: investimentos em infra-estrutura (estradas, energia, irrigação, saneamento básico); apoio aos setores intensivos de mão-de-obra (construção civil, micro e pequena empresa); redução de custos; produtividade; formação (educação e não apenas adestramento); qualificação e requalificação; desregulamentação (flexibilização via negociação); remuneração variável; e solução racional dos conflitos.

Os índices do desemprego estrutural são de fato preocupantes, enquanto na década de 60 considerava-se dentro do padrão de normalidade taxas de dois a três por cento, ainda na década de 80 já se registrava que seis por cento da população economicamente ativa encontrava-se desempregada por esse motivo; havendo, ainda, uma clara tendência para a permanência desse crescimento de modo acelerado.⁷

A bem da verdade as máquinas ultrapassaram uma fronteira que os homens julgavam intransponível: a do pensamento. A inteligência artificial permite que os computadores realizem funções tipicamente humanas, como coordenar atividades e supervisionar tarefas; funções que até hoje não conseguiram ser assimiladas por nenhum animal domesticado ou mesmo o chimpanzé (o animal cuja carga genética mais se assemelha com a do ser humano).

Se é certo que nesse processo evolutivo diversas profissões foram extintas, novas foram criadas; fato, inclusive, embasado de forma consensual pelos economistas, de que a oferta e a demanda de emprego apresentam como precípua característica a elasticidade e, a curto ou

7 <http://www.conhecimentosgerais.com.br/historia-geral/tendencias-contemporaneas.html>

médio prazo, adaptar-se-ão às mudanças do padrão tecnológico.⁸

Além do mais, os requisitos profissionais indispensáveis ao ingresso e à permanência do trabalhador no cargo exigem dele – cada vez mais – uma formação muito mais complexa, visto que toda uma gama de conhecimentos e habilidades intrínsecas ao novo maquinário utilizado no processo produtivo reivindica do seu operador um domínio teórico e prático que estava antes restrito aos cargos de chefia, restando evidente que os trabalhadores manuais estão sendo alijados da força de trabalho em virtude do progresso.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, depreende-se ainda que as categorias profissionais que demandam uma maior capacitação tecnológica não só ofertarão mais postos de trabalho, como também uma melhor remuneração. Por outro lado, os perfis ocupacionais mais simples, de tarefas manuais e de execução continuarão a reduzir seu quadro de vagas, disponibilizando remunerações ainda mais baixas.

Como bem explica Thomas Friedman⁹, há uma enorme mudança de cenários para o emprego no mundo atual. A antiga visão de apenas baixos salários para aumento de produtividade não mais faz vencer a concorrência. Há também outros fatores a serem considerados, como o preparo acadêmico de profissionais de regiões mais pobres e localização dos mesmos no globo que podem trazer para os mesmos vantagens competitivas.

O melhor exemplo do que ora se afirma são os trabalhadores da Índia, que são alfabetizados tanto em sua língua nativa como em inglês e ganham cada vez mais espaço de trabalho em empresas dos Estados Unidos da América.

Inicialmente havia dois tipos de trabalhos para esses indivíduos nos Estados Unidos, ou nas empresas de alta tecnologia, em virtude do excelente nível de ensino da modalidade na Índia, ou em empresas de telemarketing, pelo conhecimento nativo de inglês.

Com o tempo, as empresas começaram a enxergar que, considerando que os salários na Índia eram muito menores do que Estados Unidos, bem como o ensino naquele país crescia em qualidade, seria mais vantajosa a introdução de diversos outros setores empresariais na Índia.

8 Noronha, Eduardo Garuti. *Entre a lei e arbitrariedade: mercados e relações de trabalho no Brasil*, p. 25.

9 In “O Mundo é Plano” Editora Objetiva. 2ª Edição, 2007.

Com isso, as empresas não só ganhariam pela redução de salários com os novos empregados, mas ganhariam também em produtividade, uma vez que quando uma empresa nos Estados Unidos encerrava suas atividades diárias, pela questão do fuso horário, uma na Índia encontrava-se iniciando o seu expediente.

Isso possibilitaria, por exemplo, que um trabalho ainda não aprontado nos Estados Unidos – como um relatório – pudesse ser enviado através de qualquer dos meios oferecidos pelas tecnologias de comunicação de modo a ser terminado na Índia, durante o seu horário de expediente normal, e ser enviado de volta ao final de seu expediente, quando a empresa nos Estados Unidos sequer tivesse iniciado a sua jornada do dia seguinte. Isso faria com que o trabalho fosse executado sem o pagamento de qualquer hora extra.

Isso demonstra cabalmente que embora a tecnologia traga dificuldades também oferece muitas oportunidades, o que pode influir enormemente nesse cenário é o grau de preparo intelectual de um povo.

2.2 A situação escolar brasileira

Segundo dados apresentados pelo Presidente do Conselho das Relações do Trabalho da FIEMG (Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais), Osmani Teixeira de Abreu, o Brasil possuía um reduzidíssimo grau de escolaridade: apenas três anos e meio.¹⁰

De um modo geral, um trabalhador de um país tido como de primeiro mundo permanece quase quatro vezes mais tempo na escola, cerca de doze anos nos Estados Unidos da América e onze anos no Japão. Até mesmo em países como os chamados de tigres asiáticos (fazendo parte ainda desse bloco econômico a China, Formosa e Cingapura)¹¹, que experimentam um ciclo vigoroso de desenvolvimento, a escolaridade na Coreia do Sul, por exemplo, alcança uma média de dez anos.¹²

André Urani, Secretário Especial do Trabalho do Município

10 *Anais do Ciclo de Debates – Impasses e Perspectivas do Trabalho na Nova Ordem Socioeconômica*, p. 31.

11 <http://www.vestibular1.com.br/revisao/r80.htm>

12 *Anais do Ciclo de Debates – Impasses e Perspectivas do Trabalho na Nova Ordem Socioeconômica*, p. 31.

do Rio de Janeiro, alerta que mesmo nos pólos de desenvolvimento como Rio de Janeiro ou Brasília, que possuem os maiores índices de escolaridade nacional, a média não ultrapassava os oito anos; taxa comparável, em termos internacionais, com outros países da América Latina como o Paraguai e, ainda assim, atrás da Colômbia, do Peru e do Uruguai.¹³

A situação sempre foi grave, pois além do excessivo número de analfabetos, o quadro sempre foi agravado com a existência dos chamados analfabetos funcionais (aqueles que sequer completaram o primeiro grau e não detêm o conhecimento mínimo de matemática e mal sabem ler e escrever).

No Brasil sempre foi dada pouca importância ao tema educação. Ora inexistente, ora insuficiente, há um alto índice de evasão escolar, principalmente nas periferias das grandes cidades e nas pequenas cidades do interior, sem a conclusão do ensino fundamental, o mercado de trabalho nada tem a oferecer às pessoas sem preparo.

Obviamente que existem as exceções para desmentir a regra, todavia é de praxe que os raros centros de excelência em ensino sempre tenham sido freqüentados por alunos com condições financeiras de freqüentar escolas particulares, suportando mensalidades. Então, de uma maneira ou de outra, a educação brasileira sempre foi elitizada.

Contudo, assevera o inciso III do terceiro artigo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que a redução das desigualdades sociais e regionais através da erradicação da pobreza e da marginalização constituem alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.¹⁴ E como o governo brasileiro pode fazer cumprir tão importantes metas? Para tanto estabeleceu no artigo duzentos e cinco do mesmo diploma legal que a educação¹⁵ constitui um direito cujo objetivo é tornar apto o cidadão para o trabalho¹⁶ e para a vida plena em sociedade.

Adotando já essa postura, o Brasil firmou em 1966 o Pacto

13 *Anais do Ciclo de Debates – Impasses e Perspectivas do Trabalho na Nova Ordem Socioeconômica*, p. 41.

14 *Constituição da república federativa do brasil*, p. 3.

3 Conforme reza o sexto artigo da Lei Magna, ao lado do trabalho, é um dentre outros direitos sociais. *Ibidem*, p. 134.

4 O artigo duzentos e quatorze da Lei Maior prescreve que o ensino deve ter como uma de suas metas a formação para o trabalho. *Ibidem*, p. 137.

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que reconhece em seu sexto artigo o trabalho – livremente escolhido ou aceito – como um direito através do qual todas as pessoas asseguram os meios de se sustentar.¹⁷

A disparidade econômico-social existente entre os indivíduos (e em especial os de um mesmo país) representa uma grave afronta às prerrogativas legais asseguradas na Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁸, ratificada mais uma vez pelo Brasil através do inciso II do quarto artigo da Carta Magna, que assegura a prevalência dos direitos humanos na regência de suas relações internacionais¹⁹, bem como através do inciso III do primeiro artigo do mesmo diploma legal que eleva a dignidade da pessoa humana ao nível de princípio fundamental da República Federativa do Brasil²⁰.

Ademais, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações, conforme assevera o inciso I do quinto artigo da Lei Maior,²¹ resulta inquestionável que a educação (em seu sentido mais amplo, englobando todos os níveis, desde o ensino fundamental até o superior), bem como a cultura, deveriam ser valorizadas e proporcionadas a todos os brasileiros; não somente como um direito, mas também como um símbolo da própria democracia que o Estado Democrático de Direito visa proporcionar, haja vista que é através da educação que se dá o exercício da cidadania²². Este, juntamente com o valor social do trabalho, é um dos fundamentos da nação constantes da Carta Magna, de acordo com o inciso IV do artigo primeiro. *Ibidem*, p. 3.

Se a formação é pressuposto inafastável para o acesso ao

17 <http://www.jep.org.br/pasoci4.htm>

18 http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php

19 *Ob. cit.*, p. 4.

20 *Ibidem*, p. 3.

21 *Ibidem*, p. 5.

22 Este, juntamente com o valor social do trabalho, é um dos fundamentos da nação constantes da Carta Magna, de acordo com o inciso IV do artigo primeiro. *Ibidem*, p. 3. A magistrada Eneida Melo Correia de Araújo em sua obra *As relações de trabalho: uma perspectiva democrática*, p. 311-312, registra que a noção de cidadania não mais se limita aos direitos civis e políticos, tendo havido uma abrangência do seu conceito, passando a abranger também os direitos políticos, civis, sociais e trabalhistas.

emprego, o Brasil sempre teve um problema crônico neste sentido: a falta de educação básica.²³

Nos últimos anos, todavia, embora bastante longe do ideal, a situação brasileira pertinente à educação está consideravelmente melhor, ou, em termos mais apropriados – se efetuadas as devidas comparações com os países desenvolvidos – pode-se asseverar que está menos distante do que o Brasil necessita.

De acordo com a Síntese de Indicadores Sociais 2000, os índices de educação brasileiros estão melhorando. Embora longe ainda do ideal, verifica-se que a taxa de analfabetismo brasileiro está decrescendo, podendo, se mantida essa tendência, chegar a níveis ideais em dez a vinte anos. Além disso, a taxa de escolarização entre os brasileiros está crescendo de forma bastante acentuada, em dez anos, a taxa média cresceu 20% (vinte por cento), se for mantida essa tendência, possuímos a quase totalidade dos jovens brasileiros na escola.

Recentemente começou a ser discutido um novo plano de governo que prevê a erradicação do analfabetismo no Brasil. A proposta para o novo Plano Nacional de Educação (PNE) foi feita pelo Conselho Nacional de Educação, prevendo a erradicação do analfabetismo até 2020. É importante salientar que já existia um PNE no Brasil, que, entretanto, não teve suas metas alcançadas. O chamado analfabetismo funcional também tem sua importância ressaltada no novo PNE, que norteará a educação no país por dez anos (2011-2020). Outra prioridade que entrará no novo plano será a elevação dos investimentos em educação, que passarão a equivaler a 10% do Produto Interno Bruto até 2014. Em 2007, dado mais recente disponível, o percentual ficou em 5,1% ou 4,7%, dependendo da forma de cálculo²⁴.

Além disso, de acordo com o Ministério da Educação houve um crescimento quase exponencial do ensino superior no Brasil: quase 200% (duzentos por cento) de aumento do número de alunos em faculdades brasileiras em apenas oito anos. Logicamente que esse aumento foi em muito devido à criação de universidades privadas, boa

23 Seis por cento dos candidatos a vereador não frequentaram a escola; quarenta por cento concluíram apenas o ensino fundamental e quatorze por cento formaram-se em universidades, conforme dados da pesquisa divulgada pela Revista Veja, nº 33, 18/08/2004, p. 53.

24 <http://www.pedagogia.seed.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=152>

parte delas sem qualidade real, porém, há também diversas novas instituições preocupadas com a qualidade do ensino transmitido aos seus alunos.

De modo geral, o acesso ao ensino superior no Brasil foi sobremaneira facilitado, não só pelo citado aumento de número de instituições de ensino, mas também por um grande programa de financiamento educacional oferecido pelo governo federal, conferindo crédito educativo para os que assim desejarem e preencherem alguns requisitos.

Além disso diversas universidades públicas brasileiras estão começando a reservar vagas para alunos de escolas públicas, a chamada quota social. Isso poderá promover uma chance verdadeira a alunos que antes não podiam almejar essa opção, uma vez que historicamente as vagas para as universidades públicas, pela melhor qualidade de ensino e conseqüente disputa por seus assentos, eram ocupadas por estudantes oriundos de classes sociais mais elevadas.

Muito há o que se fazer, mas de modo geral o quadro da educação brasileira é melhor do que o verificado há dez anos. Não só por uma maior oferta de ensino, mas também pela criação de um outro ente que vem acrescentando muito conteúdo à chamada educação formal: a internet.

Em conformidade com dados da Cia. World Factbook, o Brasil atualmente é líder em tempo de navegação na internet, estando, logicamente, à frente de vários países do chamado primeiro mundo, observando-se um crescimento vertiginosamente crescente do uso da internet nos lares e escritórios brasileiros. A internet propicia uma nova forma de aprendizagem, com inúmeros cursos “on line”, além de conferir suporte e melhoria de ensino aos cursos tradicionais.

A internet constitui-se em um excelente meio de acesso ao conhecimento, bem como permite ao usuário a familiarização e o aprendizado de uma nova e importante ferramenta de trabalho: o computador. Essa, aliás, é a forma a ser adotada visando à continuidade do processo de diminuição do desemprego nacional, o tripé: crescimento econômico, melhoria do ensino e acesso às novas informações.

2.3 A relação entre escolaridade e empregabilidade

É óbvio que um diploma não proporciona uma certeza concreta quanto à inserção do interessado no mercado de trabalho, haja vista que existem outros modos de se obter uma formação eficaz

além dos muros da escola. Ademais, a aliança entre o conhecimento teórico e a experiência prática não representa de modo algum uma garantia *ad aeternum* de permanência no emprego.

Mas, na verdade, restam infrutíferas as tentativas de resistir à idéia de que o trabalhador necessita reciclar-se, ou seja, submeter-se a contínuo treinamento profissional por toda a sua vida útil; ou pelo menos enquanto quiser permanecer fazendo parte da população economicamente ativa, cuja concorrência tem se demonstrado cada vez mais acirrada.

Atendendo aos ditames da **Lei da Oferta e da Procura**, o que tem ocorrido é uma maior demanda por mão-de-obra escolarizada, não exatamente apenas por uma questão de suprimento das exigências do cargo a ser ocupado pelo trabalhador,²⁵ mas sim pelo acirramento da competição gerada num fenômeno natural de excesso de oferta.

Percebe-se, então, que a utilização de trabalhadores com um maior grau de qualificação em postos de trabalho de reduzida exigência profissional tem provocado a marginalização dos operários que possuem um menor nível de instrução.

Fabiana Parajara, jornalista, em matéria publicada na página da Globo na internet, expôs os dados do levantamento realizado em nível nacional no primeiro semestre de 2004: mais da metade dos postos de trabalho foram criados na indústria e no setor agrícola, tendo cinquenta por cento dessas vagas sido preenchidas por trabalhadores com escolaridade média (segundo grau completo). O setor de serviços, por sua vez, gerou o restante das novas vagas que foram ocupadas em sua maior parte – oitenta por cento – por pessoas com Ensino Superior ou Ensino Médio completo.²⁶

O investimento no capital humano traz retorno tanto para

25 Há casos em que se tem notícia como o de uma empresa multinacional que publicou um anúncio em um jornal de grande circulação no comércio convocando candidatos para o teste de seleção visando o preenchimento do cargo de auxiliar operacional de serviços diversos, vulgo faxineiro, cuja exigência mais incomum era o conhecimento básico de computação. Justificava a nota que tal conteúdo era exigido do postulante à vaga uma vez que todo o estoque da companhia era informatizado, sendo o funcionário responsável pelo controle dos produtos de limpeza. Contudo, tais casos constituem – ainda – exceção e não a regra.

26 Pistolão funciona – Amigos e parentes são o melhor caminho para conseguir emprego. *Especial para Globo Online em 13/10/2004, às 16:37 h.* <http://oglobo.globo.com/online/plantaof/146292953.asp>

a empresa quanto para o empregado. A primeira potencializa seus resultados (se por um lado a educação de seus funcionários não proporciona lucro imediato, por outro, produz efeitos duradouros) quando começa a tratar a formação de seu pessoal como investimento e não mais como despesa. O segundo, por outro lado, ratificando o adágio, tem o conhecimento como o único tesouro que não lhe pode ser roubado, muito menos adquirido ou transmitido contra a sua vontade.

Ingenuidade da parte do trabalhador seria delegar os rumos de sua carreira profissional à empresa, quando o departamento de Recursos Humanos cada vez mais está à procura de um profissional polivalente, isto é, um especialista em sua área que não se tenha nela isolado. Assim, além de ser altamente qualificado em seu campo de atuação, o empregado precisa dominar os adjacentes, possuindo conhecimentos e habilidades quase tão diversificados quanto os do próprio empresário.

Registra-se, inclusive, que o investimento no capital humano é o principal meio com fins a possibilitar o acesso da prole de trabalhadores não-especializados a postos de trabalho mais qualificados, isto é, mais bem remunerados. Todavia, percebe-se que a mobilidade educacional intergeracional – que indica a relação entre o nível de instrução de uma pessoa e o nível de instrução alcançado por seus genitores – encontra-se em franco decréscimo.

Em consonância com esse fator indicado, verifica-se que mesmo durante a trajetória da carreira de uma pessoa comum, sua posição atual pouco ou em nada difere daquela na qual principiou. Pode-se inclusive fazer uma inferência sobre a mobilidade social no sentido de que a sua estagnação e, por vezes o seu abrandamento, deuse de modo inversamente proporcional ao aumento do desemprego, principalmente em meados da década de 90.²⁷

Ademais, é notório que a elevação do nível de instrução da mão-de-obra é também imprescindível para o Estado, uma vez que o desenvolvimento de um país não ocorre – de modo algum – com a persistência da manutenção dos indicadores de exclusão social. Em sendo assim, os governantes possuem a inegável incumbência de proporcionar os

27 Márcio Pochmann, *O emprego na globalização*. A nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu, p. 122..

meios necessários à formação profissional de seus administrados.

Obviamente que o investimento governamental em educação²⁸ não objetiva a extinção do desemprego, mas tem como meta, tão-somente, proporcionar ao cidadão a plausível possibilidade de ingresso no mercado de trabalho; assegurando, ainda, um sólido desenvolvimento econômico-social ao país.

Com esse intuito, algumas medidas deveriam ser adotadas pelo Brasil a fim de otimizar a formação profissional de seus cidadãos, adaptando-a aos rumos tomados pela nova economia: revalorização do sistema educativo; educação continuada objetivando a atualização do trabalhador frente às novas tecnologias; realização de acordos com os países industrializados visando à transferência tecnológica; conscientização do trabalhador quanto ao incremento da competitividade; formação visando à abrangência das demais culturas e linguagens e grade de estudo com programas interdisciplinares, tudo isso para o aumento da empregabilidade do trabalhador.²⁹

2.4. As novas profissões da Internet e a possibilidade de inserção das novas gerações

O ator norte-americano Danny De Vito, em sua participação no filme “Other People’s Money”, de 1991, que no Brasil se traduziu como “Com o dinheiro dos outros”, interpretou Larry Garfield, gênio do sistema financeiro internacional que, em determinada passagem, bem explica a evolução social e do emprego no mundo de hoje.

Dizia ele que em um determinado momento histórico, todas as pessoas com recursos possuíam carruagens. Para que as mesmas fossem mais eficientes, seus cocheiros utilizavam chicotes. Claro que, se existiam muitas fábricas de carruagens, existiam, também, inúmeras fábricas de chicotes.

Com o tempo, as carruagens foram, pouco a pouco, sendo

28 A magistrada e professora Eneida Melo Correia de Araújo ressalta em sua obra *As relações de trabalho: uma perspectiva democrática*, p. 120, que o conhecimento deve ter resguardado o seu caráter democrático e, portanto, deve ser dirigido tanto aos trabalhadores braçais como aos intelectuais.

29 Márcio Pochmann, *O emprego na globalização*. A nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu, p. 131.

substituídas pelos bondes e automóveis e com isso várias fábricas de carruagens não resistiram a essa mudança tecnológica. Não é difícil perceber que se tais empresas foram fechando suas portas, a última que o fez era provavelmente a melhor, a mais eficiente, mas, mesmo essa não pôde resistir a mudança comportamental da sociedade.

Vendo-se apenas nesse ângulo, a criação dos automóveis e bondes foi terrível para a sociedade, pois deixou diversas pessoas sem emprego, por não ter mais as empresas de carruagem para trabalhar. Isso, entretanto, não foi verdade, pois sempre houve e há uma substituição de procedimentos.

Sem dúvida alguma, diversos postos de trabalho foram fechados com o encerramento das atividades das empresas de carruagens, contudo inúmeros novos postos foram criados para atender a demanda fabricação e manutenção dos automóveis e bondes.

Hoje são milhares de pessoas no mundo que vivem da fabricação de automóveis, suas peças, combustíveis, aditivos, acessórios, *design*, publicidade. Essas pessoas, com certeza, não lamentam o final da era das carruagens.

A explicação da personagem de De Vitto é atualíssima. A crise de posições em alguns setores da economia faz com que haja diversas oportunidades em outros locais de trabalho.

Sendo assim, pode-se frisar como oportunidades na internet, as novas profissões, em que há a criação de novos setores das empresas. Hoje o uso da internet exige novas posições, como planejadores digitais, especialistas em sites de relacionamento, especialistas em criptografia, desenvolvedores de sites e tecnologia de inteligência artificial, além de todo um novo setor de jogos de computadores.

Além disso, há todo um novo procedimento das empresas da chamada velha tecnologia, com o uso de internet para o aprofundamento de suas atividades. Exemplo disso é o site: americanas.com que incrementou em muito as vendas da empresa homônima e conferiu à logística uma importância crucial em suas atividades, o que desde já, criou vários empregos.

Sendo assim, cabe a cada pessoa procurar o estímulo nos estudos de novas tecnologias e nos setores técnicos e ao Estado promover ações para que esse estímulo pessoal possa lograr êxito. Só assim, o problema do desemprego pode ser superado no futuro. Embora batida, a frase que a educação é o início de tudo nunca foi tão verdadeira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Obviamente que a simples inclusão de um grande contingente de direitos trabalhistas na legislação, mesmo que na Lei Maior do país, não é o suficiente para garantir a tutela aos trabalhadores e interromper a marcha inexorável do progresso que caminha para o incremento da informalidade e multiplicação do número de desempregados.

É, sem dúvida, indispensável que os obreiros tenham acesso a tais direitos, todavia, em sendo isso somente possível mediante a contratação formal, no mercado de trabalho regular, é dever da sociedade civil e mais precisamente do Estado, sendo este o representante legal do povo, proporcionar, garantir e conduzir os trabalhadores para os direitos que lhes foram prescritos.

Indubitavelmente, o ensino público e gratuito de qualidade continua sendo a mais eficaz alternativa de democratização da educação. Ademais, apresenta-se ainda como o instrumento – por excelência – indicado para solucionar diversos problemas que assolam o território nacional como a evidente pobreza generalizada, o estado de miséria em que vergonhosamente encontra-se uma expressiva parcela da população, a acentuada desigualdade de renda entre pobres e ricos e entre as regiões do país, a progressiva exclusão social dos desempregados, entre inúmeros outros.

Para reverter o fenômeno do desemprego em massa, é fundamental destacar o compromisso que o Brasil deve assumir com a educação profissional, estabelecendo um plano nacional através do qual as metas prioritárias seriam a preparação do trabalhador, ao longo de sua vida ativa, para competir por uma vaga na profissão por ele escolhida (incremento da empregabilidade), mais do que especificamente qualificá-lo para assumir um posto de trabalho em uma empresa específica.

8 O CONSTITUCIONALISMO COMUNITÁRIO E O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DILEMA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Carolina de Oliveira Pedrosa

Mestre em Direito pela UFPE.
Técnico Judiciário do TRT6

Sumário:

1. Introdução - Judicialização da política ou politização do jurídico? Um tema multifacetado;
2. O comunitarismo e a recusa à tradição liberal-racionalista;
3. O Poder Judiciário e a realização do projeto constitucional na perspectiva comunitária;
4. A objeção habermasiana: autodeterminação democrática e poder comunicativo;
5. Uma abordagem pragmática do problema à luz da realidade política brasileira (à guisa de conclusão);
6. Referências.

I. INTRODUÇÃO – JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UM TEMA MULTIFACETADO

Pode parecer que, do ponto de vista semântico, falar em judicialização da política, politização do jurídico ou ativismo judicial não faça qualquer diferença; todas as denominação apontam para um mesmo processo, ligado à expansão do papel do Poder Judiciário nos estados democráticos contemporâneos. Mas não nos parece que seja assim. As diferentes formas de nomear o problema não refletem um desacordo casual; elas traduzem diferentes enfoques, razão pela qual a escolha por uma delas e sua utilização homogênea há de ter, no mínimo, uma importância metodológica.

O protagonismo do Poder Judiciário é tema que compõe, atualmente, a pauta de investigação de todos os campos das chamadas ciências sociais (e essa observação é um lugar-comum presente em todo e qualquer trabalho sobre o tema). Olhares que partem de diferentes saberes apresentam, inevitavelmente, diferentes diagnósticos e conclusões. Alguns cientistas políticos, por exemplo, têm identificado, sob o nome de judicialização da política, uma crescente incorporação dos métodos decisórios do Poder Judiciário no exercício das atividades de outros poderes do estado. Outros chamam da mesma forma um processo que estende ao Poder Judiciário a prerrogativa de tomar determinadas decisões antes afetas, exclusivamente, ao âmbito do Executivo ou do Legislativo. José Eisenberg, analisando a questão, propõe o termo *tribunalização da política*¹ para designar o primeiro movimento, de modo que *judicialização* possa ser utilizado, de modo específico, para designar esse processo de ampliação do espaço de ação do Judiciário.

Essa ampliação, por sua vez, parece avançar em duas frentes. Em primeiro lugar, através da ampliação das possibilidades de controle por parte do Judiciário das normas e atos emanados dos demais poderes. Essa face do processo de judicialização desencadeia uma relação conflituosa entre justiça e legislador constitucional, motivando a maior parte das críticas dirigidas ao problema. A ampliação se percebe, também, na atividade de aplicação das normas constitucionais e realização de direitos. O foco de tensão, aqui, se estabelece, preponderantemente, entre Executivo e Judiciário. Essa questão perpassa toda a discussão acerca da efetividade dos direitos fundamentais, que, todavia, não poderemos abarcar dentro dos limites deste trabalho. Importante

1 Cf. EISENBERG, José. "Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política". In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 47.

ressaltar que essa diferenciação também passa por uma questão de método, pois, num nível mais profundo de análise, difícil sustentá-la.

Por estar no centro das discussões, tem se formado sobre o tema da judicialização um vasto material analítico e - o que é extremamente importante - um material transdisciplinar. É preciso admitir, todavia, que isso acrescenta uma dificuldade a mais ao nosso trabalho: como fazer um recorte claro, como definir os limites de nossa investigação (sem contar com a dificuldade de trabalhar tão vasta e bem elaborada bibliografia).

Considerando tudo isso, optamos por abordar o tema da judicialização da política – preferimos chamá-lo assim – a partir das idéias do chamado constitucionalismo comunitário² e das críticas formuladas por Jürgen Habermas. Privilegiaremos esse autor pela ampla difusão e importante influência de suas idéias.

A organização do trabalho é simples e se estrutura em três momentos. Como não poderia deixar de ser, começaremos com a abordagem sucinta de algumas premissas que estão na base da leitura comunitária da política da constituição; só após, trataremos do papel do Poder Judiciário visto a partir dessa perspectiva. Em seguida, refletiremos sobre as objeções habermasianas às teses comunitárias e ao processo de judicialização da política, procurando enfatizar a idéia de autodeterminação. Como esta nos conduz ao tema clássico da vontade popular e da vocação democrática do Legislativo, reputamos importante tecer algumas considerações sobre a problemática da divisão dos poderes.

As críticas habermasianas à ampliação do Poder Judiciário têm dificultado sobremaneira a defesa, no plano teórico, de um tal processo, bem como têm exigido um esforço maior de argumentação

2 Gisele Cittadino refere-se assim a um constitucionalismo de vocação não-liberal, que defende a existência de um fundamento ético para a constituição, incorporando, sem reticências positivistas a linguagem dos valores e da realização dos direitos fundamentais. Outros autores preferem falar em posturas substancialistas diante da constituição, ou ainda democráticas. Optamos pela denominação dada pela autora, em primeiro lugar, pela remissão direta e evidente às idéias comunitárias, que ultrapassam a teoria constitucional; em segundo lugar, porque a expressão substancialista parece sempre impregnada de uma enorme carga metafísica e a expressão democrático é demasiado ampla e imprecisa para tal propósito. Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, pp. 14 e ss. Cf. tb. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 159.

por parte daqueles que vêm a questão com, digamos, bons olhos. Fomos levados, por essas razões, a procurar na faticidade da vida política de democracias que, tal como a brasileira, não são qualificadas assim sem discussão, elementos que nos permitissem esboçar algumas conclusões (despretensiosas e revogáveis). Daí falarmos, ao final, numa abordagem pragmática do problema: ela, de fato, só adquire significado se inserida no contexto poliarquias³ como o Brasil.

2. O COMUNITARISMO E A RECUSA À TRADIÇÃO LIBERAL-RACIONALISTA

A linguagem das classificações tornou-se linguagem *suspeitosa* desde a revolução anticartesiana operada no campo da filosofia e também da política no curso do século XX. Desaconselha-se a procura por qualquer sorte de elementos comuns ou traços essenciais: ela traz sempre a deixa perfeita para uma ação dissimulada de nossa racionalidade manipuladora, sempre em busca de identidades...

Devidamente advertidos, ainda assim, desconfiamos que não chega a ser um equívoco – uma simplificação, talvez – dizer que a grande marca da filosofia do último século é crítica a uma espécie de racionalidade desprendida⁴, capaz de *ver* o mundo a partir de um lugar privilegiado, fora do espaço e livre do tempo. Sobre aquilo que se convencionou chamar tradição da modernidade, foram lançados olhares críticos tão profundos que a afirmação de uma mudança paradigmática transformou-se num lugar-comum que atravessa todos os saberes. O redimensionamento do papel da linguagem, a inclinação antimetafísica e antiessencialista, o reconhecimento da complexidade e do pluralismo, a mitigação das certezas

3 A expressão é do cientista político argentino Guillermo O'Donnel. Ele a utiliza para caracterizar aqueles estados em que a democracia se verifica somente num sentido estritamente político (democracia-regime). Discutiremos essa idéia no último ponto. Cf. O'DONNELL, Guillermo. "Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. Tradução de Otacílio Nunes. In MENDÉZ, Juan, O'DONNELL, Guillermo e PRINEHIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina**. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 337 e ss.

4 É Charles Taylor quem fala numa razão desprendida como uma construção tipicamente moderna. Cf. TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000, pp. 73 e ss..

e dos exageros racionalistas e uma espécie de apologia do sujeito engajado, preso ao contexto, são elementos que perpassam a *quase* totalidade dos discursos da pós-modernidade (para não dizer pós-modernos), sejam filosóficos, políticos ou mesmo jurídicos.

Tendo diante dos olhos essas questões, somos levados a afirmar que o comunitarismo é uma teoria assumidamente *do seu tempo*. O que queremos dizer é que ela traduz em termos político-constitucionais aquelas características a que nos referíamos, deslocando a ênfase num sujeito livre e racional (autônomo) para um contexto formador de identidades sociais e culturais. Assim, contra a tradição liberal-racionalista, predominante na filosofia política desde os tempos pós-revolucionários, os teóricos do comunitarismo vão dizer que existem determinadas concepções partilhadas acerca do bem (ou do que é bom para a comunidade) que explica a reunião de indivíduos e lastreiam os pactos políticos, antes mesmo da elaboração racional dessas concepções. A participação numa forma de vida específica, uma espécie de situacionalidade fundamental, antecede e justifica orientações políticas, pelo que não podem ser suplantadas por deliberações racionais e supostamente imparciais, sobretudo no trato das questões relativas ao tema da justiça.

Os desdobramentos dessa compreensão são incontáveis. Na teoria política, por exemplo, tema do pluralismo recebe um tratamento totalmente diverso do tratamento liberal. Para estes, as democracias contemporâneas são marcadas pela existência de diversas concepções individuais acerca do bem e, por essa razão, a única idéia de justiça possível é aquela que garante a cada um a possibilidade de perseguir o seu projeto pessoal. Para comunitaristas, essa compreensão está totalmente equivocada. É possível, sim, pensar a justiça com base não num (irrealizável) ideal de imparcialidade, mas com base numa espécie de “consenso ético”, pois o pluralismo, aqui, significa diversidade de identidades sociais e culturais, e não de propósitos individuais.⁵ Dessa forma, os comunitaristas permitem-se “esperar também do Estado de direito a fomentação ativa de determinadas concepções do bem viver”.⁶

Mais claro, a partir daqui, o jogo de oposições presente numa e noutra concepção. Na origem do pensamento comunitário está a recusa a um

5 Tomamos de Gisele Cittadino essas explicações sobre o tema do pluralismo para liberais e comunitaristas. Cf. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, pp. 5-6.

6 HABERMAS, Jürgen. “A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito”. Tradução de Paulo Astor Soethe. In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002, p.233.

liberalismo calcado numa visão um tanto mitificada – sim, a modernidade também produziu seus mitos - da subjetividade, sempre racional e capaz de decidir com imparcialidade, e que sempre privilegiou uma análise da vida social a partir do e para o indivíduo.

Concretamente, o comunitarismo nasceu do debate que atravessou a década de oitenta a respeito da obra de John Rawls *Uma Teoria da Justiça*⁷. A partir de então, passou a reunir a atenção daqueles teóricos que desconfiavam da idealidade da metáfora de Rawls acerca de uma *posição originária* em que se encontrava o indivíduo apartado das circunstâncias e contingências de sua vida (posições, objetivos, interesses, inclinações etc.) por um *véu de ignorância* que, ganhando espaço fora dos círculos intelectuais anglofônicos.

Na Alemanha, todavia, o comunitarismo deparou-se, logo de início, com uma enorme barreira *semântica*: a expressão *comunidade* trazia sempre uma intolerável sombra nacional-socialista, dado o seu uso recorrente (estratégico) nos discursos tradicionalistas do nazismo. “Na Alemanha, cada uso positivo do termo ‘comunidade’ encontrará igual ceticismo dos que suspeitam de suas possibilidades antidemocráticas”. Mas o fato é que essa resistência inicial, algum tempo depois, cedeu lugar a uma ampla aceitação. Num artigo intitulado “O comunitarismo: uma perspectiva alemã”, Hans Joas, investigando quanto às razões dessa assimilação, identifica, dentre outras importantes, o colapso do comunismo em fins dos anos 90. Ele explica que,

Mesmo os social-democratas mais declaradamente anticomunistas dividiam com o marxismo a ênfase em um Estado forte e centralizado como ator importante nas reformas sociais. (...) Assim que as esperanças utópicas de uma ordem social diferente da democracia ocidental, capitalista, foram abandonadas, debates dentro desse tipo de sociedade ganharam grande interesse.⁸

7 Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, capítulo terceiro.

8 JOAS, Hans. “O comunitarismo: uma perspectiva alemã”. In SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Unb, 2001, p. 99.

Tanto é verdadeira essa recepção alemã das idéias comunitárias que, no campo do direito – em que focaremos nossa atenção, a partir daqui – vem da Alemanha parte considerável das formulações que as relacionam, sobretudo, à teoria da constituição. A bem da verdade, o constitucionalismo alemão, desde os debates de Weimar, construiu uma concepção acerca da constituição que privilegiava sua dimensão ético-valorativa, antecipando muitos e importantes elementos do chamado constitucionalismo comunitário e favorecendo uma *apropriação* comunitária dessa tradição.

3. O PODER JUDICIÁRIO E A REALIZAÇÃO DO PROJETO CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA COMUNITÁRIA

Como dizíamos, o chamado constitucionalismo comunitário incorporou o discurso da teoria da constituição e dos direitos fundamentais gestado durante o debate que sucedeu a promulgação da Constituição de Weimar. Desse debate, impulsionado, sobretudo, pela preocupação em elaborar um instrumental teórico adequado às inovações da nova Carta, expressão paradigmática do modelo normativo do Estado Social, resultaram importantes construções. Até hoje, estas permeiam grande parte das reflexões acerca da concretização e efetividade dos direitos constitucionais, sobretudo nos países de tradição romanística ou continental.

Sem perder de vista a necessidade concreta de ver realizado o novo projeto, os alemães edificaram uma doutrina constitucional que tomava a constituição antes como vontade do que como razão⁹. Em virtude desse compromisso original com a efetividade, a necessidade de recrudescimento da ação do Poder Judiciário apresentava-se como uma conseqüência não-problemática (ou, pelo menos, não tão problemática como nos dias atuais). Voltaremos a essa questão mais adiante.

Para a chamada jurisprudência dos valores – que, como observa Habermas¹⁰, é mais uma espécie de *autocompreensão metodoló-*

9 Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 24.

10 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 214-215.

gica do Tribunal Constitucional Alemão do que uma *teoria* no sentido clássico - os direitos fundamentais consagrados no texto da Constituição são expressão genuína de valores que estão presentes no seio de uma comunidade política, assim como a Constituição ela mesma, se interpretada de uma maneira englobante e não fragmentária.¹¹ Princípios e normas constitucionais equiparam-se a valores, e a Constituição, concebida como uma projeto, “traduz uma identidade e história comuns, e também um compromisso com certos ideais compartilhados”.¹²

Essa compreensão acerca da constituição e dos direitos que ela incorpora irradiou-se sobre o constitucionalismo português e espanhol, chegando, por esse caminho, ao pensamento constitucional brasileiro. A Carta de 1988 incorpora, em grande medida, linguagem e metódica presentes nas Constituições de 1976 e 1978, de Portugal e da Espanha, respectivamente. Essa afinidade, dentre outras razões, deve-se ao fato de que esses três países “atravessaram longos períodos de autoritarismo político e elaboraram Constituições com vistas à implementação e consolidação de regimes democráticos”.¹³

Dentro dessa tradição constitucional, portanto, há (houve?) uma grande *aposta* nas possibilidades emancipatórias dos textos constitucionais, ou seja, a confessada expectativa de que a concretização da constituição seria capaz de engendrar uma realidade social marcada, em primeiro lugar, por um nível maior de igualdade. Como consequência disso, o discurso comunitarista, em mais uma faceta de sua vocação antiliberal, sai em defesa das chamadas liberdades positivas,

11 Extremamente interessante, nesse contexto, a resolução do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, do ano de 1973, citada por Habermas: “O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstâncias, pode haver um ‘mais’ de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode servir de corretivo para a lei escrita; é tarefa da jurisdição encontrá-lo e realizá-lo em suas decisões”. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 303.

12 CITTADINO, Gisele. “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002, p. 23.

13 CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 200, p. 22.

consubstanciadas no texto constitucional em normas que, na maior parte das vezes, demandam uma atuação protetiva ou mesmo prestacional por parte do Poder Judiciário.

Ocorre, assim, no plano teórico, um deslocamento de interesses: as clássicas liberdades civis deixam o lugar central da teoria constitucional, que passa a ser ocupado pelos direitos fundamentais de segunda e terceira geração, sobretudo pelos direitos de cunho social-programático.¹⁴ A nota essencial do constitucionalismo do Estado social é a ampliação da idéia daquilo que é fundamental ao indivíduo, ou melhor, ao cidadão, e que, portanto, deve figurar nos textos constitucionais com diferenciada dignidade. As liberdades positivas – liberdade por meio do Estado e não, simplesmente, perante o Estado – traduzem de diferentes formas o valor igualdade, que, num determinado momento histórico, alçou-se sobre os demais, não por ser mais importante, mas por ser mais elementar.

Mas a consagração dessa gama de novos direitos e o superdimensionamento do valor igualdade pressupunha uma compreensão renovada acerca das tarefas e deveres do Estado, bem como acerca dos sujeitos incumbidos de implementá-los e fiscalizá-los. Isso porque, mais uma vez, aqueles direitos que possuem uma dimensão mais acentuadamente social diferem substancialmente dos direitos de primeira geração, ou de defesa, por demandarem, para além de uma atitude meramente abstencionista por parte do Estado – que para o liberalismo clássico representava a ameaça, sempre à espreita, do arbítrio e da intrusão na esfera de liberdades do indivíduo – uma atitude *positiva*, equivalentes, muitas vezes, à verdadeiras prestações materiais.

Necessário, percebeu-se, afiançar um *mínimo* de condições para que o exercício das liberdades individuais deixasse de ser uma *quimera* democrática e se fizesse efetivo. Não era mais suficiente assegurar a liberdade-autonomia, liberdade frente ao Estado, mas a liberdade através do Estado. A proteção à liberdade e à igualdade precisava extrapolar a dimensão meramente jurídico-formal, para que a igualdade de oportunidades pudesse se converter em “liberdade real

14 Sobre a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, capítulo II, principalmente; cf. também, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2000, capítulo 16.

de exercício e autonomia individual e de efetiva possibilidade de participação na formação da vontade estatal e nos recursos colocados à disposição da sociedade”.¹⁵

Por todas essas razões, os entusiastas do constitucionalismo comunitário costumam sair em defesa da necessidade de um maior compromisso com a realização dos programas constitucionais, ainda que, para isso, tenham que advogar em favor daquilo que hoje ganha o nome de *ativismo judicial*; movimento que é (vide introdução) uma das facetas do complexo processo de judicialização da política. Sistematizando posicionamentos variados, vimos que o ativismo defende a expansão das atividades do Poder Judiciário em, basicamente, duas frentes: na ampliação do controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes do Estado e na garantia da efetivação das normas definidoras de direitos fundamentais, sobretudo as que contemplam medidas *promovedoras*.

Partindo dessa perspectiva, há, inclusive, quem afirme que cada momento vivenciado pelo Estado implica a projeção de uma de suas funções (típicas) sobre as demais, considerando os objetivos traçados. Dessa forma, o Estado liberal resultou na prevalência do Poder Legislativo, tendo em vista que a segurança dos cidadãos dependia de uma eficaz manancial jurídico delimitador das atividades estatais, identificado na figura da lei. O Estado social pode ser caracterizado por um extenso rol de direitos e garantias, notadamente os de natureza prestacional, que envolvem ampla participação do Estado, sobretudo através da formulação de políticas públicas. Como consequência, verificou-se o incremento das funções do Poder Executivo, paralelamente ao relaxamento dos mecanismos de controle sobre esse poder. Da crise do estado social, e sem que ainda seja possível adjetivar o estado contemporâneo senão como *contemporâneo*, há quem sustente que das tensões decorrentes deste momento resultará um fortalecimento da atividade do Poder Judiciário.¹⁶

Não estamos seguros da pertinência dessa explicação,

15 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, p. 193.

16 Esse panorama é apresentado no livro de Lênio Streck e Luiz Bolzan de Moraes intitulado *Ciência política e teoria geral do estado*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2000, pp. 35-38.

desconfiamos fortemente de seu caráter simplificador. Mas o fato é que ela traz algumas virtudes analíticas. Nela, podemos visualizar com nitidez a questão que pretendemos discutir: o protagonismo de um poder diante dos demais acomoda-se bem aos esquemas democráticos? Na verdade, incontáveis questões estão implicadas nessa indagação, pelo que surge a necessidade de limitarmos nossa abordagem a algumas poucas, sob pena de não conseguirmos, ao final, alinhar quaisquer conclusões. Nossa ênfase será nas objeções levantadas pelo procedimentalismo habermasiano, sobretudo no que toca à idéia de autodeterminação democrática e sua relação com o princípio da divisão de poderes do Estado.

4. A OBJEÇÃO HABERMASIANA: AUTODETERMINAÇÃO DEMOCRÁTICA E PODER COMUNICATIVO

As idéias comunitárias acerca do compromisso político-constitucional, apesar de seu fortíssimo apelo social, sempre foram objeto de severas críticas, e não só por parte dos teóricos comprometidos com o liberalismo (em sua forma clássica ou relida), seus interlocutores originais, mas por parte de todos aqueles que desconfiavam das possibilidades antidemocráticas de um protagonismo do Judiciário.

Dito de uma outra forma, se outrora as críticas à perspectiva comunitária vinham de setores mais, digamos, conservadores, geralmente comprometidos com uma hermenêutica constitucional restritiva e com uma cultura jurídica individualista e privatista, hoje elas vêm, também, daqueles que acreditam que a ampliação do poder dos tribunais é correlativa da diminuição do poder soberano do povo¹⁷, de seu direito de autodeterminar-se.

A crítica procedimentalista de Jürgen Habermas segue por este último caminho. Antes de qualquer coisa, ele questiona com veemência a *realidade* da idéia (basilar para a tese comunitarista) de uma comunidade de valores partilhados capaz de sustentar os

17 Cf. CITTADINO, Gisele. CITTADINO, Gisele. "Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes". In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002, p. 19.

compromissos políticos contidos na constituição. Habermas rejeita a existência de uma dimensão ético-material na constituição (ou pelo menos como uma dimensão prevalecente) por compreender que a complexidade e heterogeneidade das sociedades contemporâneas desautorizam uma tal leitura.¹⁸ Por trás de visões desse tipo, adverte, há uma forte confiança nas tradições e práticas constitucionais, pois aqueles que, ao contrário, não vivenciaram semelhante experiência democrática, não ousariam preferi-las. “Nos contextos em que não se pode apelar para um republicanismo cívico ou para uma comunidade de princípios que compartilha tradições e valores históricos e culturais, a visão substantiva da democracia constitucional deve ser substituída por uma visão procedimental da democracia constitucional.”¹⁹

Assim, pessimista quanto às *tradições* e cauteloso quanto às *identidades*, Habermas vai propor um distanciamento reflexivo e vigilante diante de ambas (confessando o seu antigo compromisso com a teoria crítica e com o esclarecimento). Ele teme as concepções que se articulam em torno desses dois elementos por entendê-las inclinadas para o autoritarismo, pois sobrelevam o papel dos valores que emergem de contextos tradicionais e identitários em detrimento da idéia de autonomia do indivíduo. Concepções comunitaristas tendem a legitimar a imposição de determinadas compreensões supostamente fundadas num consenso de natureza ética sobre a liberdade de autodeterminação de uma sociedade política, diminuindo a importância das expressões do poder formado comunicativamente.

Por recusar a possibilidade mesma de uma comunidade ética e relativamente homogênea quanto a valores, Habermas critica a equiparação comunitarista destes às normas, defendendo a diferenciação de suas funções na lógica da argumentação. Diz ele que, de fato, temos a opção de orientarmos a nossa conduta segundo normas ou segundo valores, todavia, “a orientação da ação não é a mesma nos dois casos.

18 Habermas fala no esfacelamento, nas sociedades pluralistas, de imagens de mundo integrativas de tipo moral e de éticas coletivamente vinculativas. Cf. HABERMAS, Jürgen. “Sobre a coesão interna entre direito e democracia”. In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: ensaios de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 288.

19 CITTADINO, Gisele. CITTADINO, Gisele. “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002, p. 21.

(...) À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte dos valores, é possível saber qual comportamento é recomendável.”²⁰ Assim, se um tribunal assume a idéia de que o importante é a realização dos valores consagrados nos texto constitucional, corre o risco de tornar-se autoritário, pois abre a possibilidade para que argumentos funcionalistas, por exemplo, passem a contar mais que argumentos normativos.²¹

O discurso da concretização não necessita andar de par com a tese da constituição como ordem de valores. Para Habermas, basta que os direitos fundamentais sejam levados a sério do ponto de vista deontológico. E isso vale, inclusive, para as normas abertas, ou seja, normas “não formuladas com um sentido específico de aplicação.” Na hipótese de elas colidirem com outras normas jurídicas, não é necessário invocar os valores que estão por trás para mensurar em que medida são realizados. A tarefa de aplicação dessas normas não é essencialmente diferente das demais, ela consiste em encontrar, “entre as normas aplicáveis *prima facie*, aquela que se adapta melhor à situação de aplicação descrita de modo possivelmente exaustivo e sob todos os pontos de vista relevantes.”²²

A constituição não pode mais ser tomada como um instrumento de mediação da relação entre indivíduo e Estado. Se pretendemos – diz Habermas - manter o compromisso com o Estado democrático de direito, é preciso rechaçar essa concepção, típica do constitucionalismo liberal. Mas tampouco parece adequada, em substituição, a tese que toma a constituição como uma ordem concreta, destinada a imposição de uma determinada forma de vida.

Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de auto-

20 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 322.

21Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 321-322.

22HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 322.

determinação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (...). Somente as *condições processuais da gênese democrática das leis* asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa concepção democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão dos poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública do cidadão.²³

Para a preservação da autonomia pública do indivíduo, necessária a preservação da liberdade de decisão e conformação do Poder Legislativo, expressão institucional da idéia de autodeterminação e soberania popular. É nesse contexto teórico que Habermas defende a necessidade de que haja uma assimetria na divisão de poderes do Estado da seguinte forma: deve haver controle tanto do legislativo quanto do Judiciário sobre a ação do Poder Executivo. Entretanto, o inverso não pode ocorrer. Deve haver mecanismos para o autocontrole do Legislativo e do Judiciário, e não uma interferência recíproca entre ambos, tudo de modo a garantir que será garantida a expressão do poder gerado comunicativamente. Ele afirma de maneira enfática que o controle abstrato da constitucionalidade é função do legislador, embora possa seguir uma forma semelhante à do processo judicial.²⁴

Esse desenho assimétrico proposto por Habermas é uma releitura do princípio da separação de poderes; uma releitura que tem a finalidade de devolver-lhe sua função mais importante, a de garantir a liberdade do indivíduo, consubstanciada no princípio da autonomia e defendida, sobretudo, pela ação do Legislativo. É por isso que a crítica à jurisdição constitucional a apresenta, quase sempre, como uma intromissão indesejada na esfera de competências do Legislativo ou

23 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 326.

24 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 300-301.

como uma ameaça à liberdade do legislador ordinário - compreendida, em última análise, como a liberdade do indivíduo. A crítica à jurisdição constitucional, que é a crítica ao processo de judicialização da política, aparece, de uma forma ou de outra, como “uma disputa pelo princípio da separação dos poderes”.²⁵

Mais indicado, frente a essa relação problemática que tem se estabelecido entre o legislador democrático e a justiça (não-democrática), a melhor saída é a formação de mecanismos de controle baseada numa diferenciação funcional auto-referencial, de modo que o controle dos atos do Legislativo pudesse operar dentro do próprio poder, e da mesma forma com o Judiciário. Essa forma, diz Habermas, é recomendada, quando se toma como ponto de partida que a divisão de poderes visa submeter, em primeiro lugar, a administração ao poder gerado comunicativamente, que é opinião da maioria construída comunicativamente.²⁶

5. UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA DO PROBLEMA À LUZ DA REALIDADE POLÍTICA BRASILEIRA (À GUIA DE CONCLUSÃO)

A premissa que subjaz à recusa habermasiana à ampliação da jurisdição constitucional é a seguinte: o poder legítimo é aquele gerado discursivamente, no curso do processo político, e exprimido pelas decisões do Poder Legislativo. É por essa fundamental razão que os atos do legislador democrático não podem ser afastados por ação de um poder não-democrático, ou seja, que não canaliza a expressão da vontade popular. Aliás, dentro da teoria habermasiana, as categorias tradicionais (do liberalismo) são reformuladas e renomeadas para melhor compatibilizarem-se ao discurso filosófico pós-*virada lingüística*. O *poder gerado comunicativamente*, por exemplo, sucede, com muita vantagem, a idéia de vontade popular, pois na própria expressão está destacada a necessidade de que esse poder, para que possa ser

25 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 298.

26 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 300.

identificado com o poder que emana do povo, deve ser gerado dentro dos cânones de uma racionalidade discursiva e dos procedimentos institucionalizados que ela reivindica.

Do ponto de vista teórico, é forçoso reconhecer que, depois (sobretudo) de Habermas, advogar em defesa de um protagonismo do Poder Judiciário tornou-se tarefa mais difícil. A consistência de suas idéias e a acuidade de suas análises incrementam, sobremaneira, o dever de argumentação por parte de quem não interpreta o processo de judicialização como um processo negativo, do ponto de vista democrático. Habermas não retroage, de maneira pura e simples, ao paradigma do liberal, tomando como argumentos, sem as necessárias mediações, idéias construídas num contexto político radicalmente diferente do atual. Não é necessário nem possível, aqui, discorrer sobre essas transformações. Ao mesmo tempo, ele ultrapassa a concepção comunitária naquilo que ela tem de mais frágil: a equiparação das normas a valores (embora saibamos que a ênfase nessa equiparação é típica de sua vertente alemã), reforçando o sentido deontológico das prescrições e buscando, também por essa via, revalorizar sua origem democrática.

Mas, tendo diante dos olhos a realidade (da) política brasileira, achamos que esses elementos merecem um redimensionamento pragmático. É bom esclarecer que, quando falamos em *pragmático*, queremos nos referir a uma postura contextualizante e consequencialista, e não a outro sentido qualquer que acompanhe essa expressão em seu uso comum. Reconhecemos todas as virtudes teóricas da proposta hebermasiana para, todavia, desconfiar de suas (boas) possibilidades numa democracia, ou melhor, numa poliarquia como é o Brasil.

Em seus estudos sobre a vida democrática na América Latina, Guillermo O'Donnell²⁷ lança mão do termo poliarquia para criar uma fratura dentro do conceito tradicional de democracia. Ele argumenta que, em determinados países, tamanho é o grau de ineficácia e violação dos direitos básicos que seria um pouco temerário caracterizá-los como países democráticos. Embora não concorde com conceituações ampliadas

27 Cf. O'DONNELL, Guillermo. "Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. Tradução de Otacílio Nunes. In MENDÉZ, Juan, O'DONNELL, Guillermo e PRINEHIRO, Paulo Sérgio (orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, pp. 338-341, especificamente.

de democracia, que abarcam também características do Estado e da sociedade, O'Donnell também não acata uma conceituação politicista, ou seja, de democracia como regime. Numa real democracia, explica o autor argentino, além de eleições competitivas e programadas, livre organização de partidos políticos, liberdade de expressão e outras características de um regime democrático, deve haver um grau básico de cidadania civil e de responsabilidade pública.²⁸ Onde esses mínimos elementos não estão presentes, é preferível falar em poliarquia e não democracia.

É característico das poliarquias que a irrealização dos direitos fundamentais obste o exercício de uma cidadania civil. E sem cidadania civil, difícil falar em autonomia ou autodeterminação; difícil, portanto, pensar habermasianamente. A oposição da fragilidade de nossa democracia - ou melhor dizendo, de nossa condição de poliarquia - ao projeto de Habermas é um lugar-comum do qual, felizmente ou não, não conseguimos fugir.

O problema é que a ênfase do procedimentalismo na idéia de autonomia é demasiado grande, de modo que não há como pensarmos sequer em um modelo adaptado antes de neutralizarmos alguns déficits elementares. No caso brasileiro, ainda não é possível – acreditamos – abrir mão da tese que toma a constituição como um projeto a ser materialmente realizado. É nesse contexto que se justifica a defesa de uma jurisdição constitucional que tenha mesmo uma inspiração tutelar, de defesa dos compromissos estabelecidos no texto da constituição e não só dos procedimentos asseguradores da formação democrática de leis, ao menos enquanto esses compromissos continuarem a refletir uma não-realidade.²⁹

A idéia de uma constituição como *contraponto conservador* não nos parece antidemocrática quanto encaramos o fato de que as deliberações do legislador ordinário não são, senão num sentido metafórico, genuína expressão da vontade popular. Ao contrário, considerando que esse contraponto não é absoluto, pois presente a possibilidade de serem modificadas as balizas constitucionais, do

28 O'Donnell fala *accountability*, expressão que não encontra tradução adequada para o português.

29 Sobre a idéia de constituição como negativo da sociedade, cf. STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 171.

controle da constitucionalidade dos atos do legislador decorre um acréscimo na necessidade de ampliação (inclusiva) da discussão sobre aquilo que sempre pretende normatizar e de que forma se dará essa normatização. Esse incremento no dever de argumentação faz gerar uma presunção maior em favor do caráter democrático dessas deliberações, ou pelo menos mais consistente de que se formou, em torno delas, um acordo real entre as forças político-representativas.

Desconfiamos que a fiscalização da atividade do legislador à luz das disposições constitucionais, incluídas as disposições sobre procedimentos, evidentemente, favorece, para falar em termos habermasianos, a prevalência do poder comunicativo sobre outras formas de poder, como o poder econômico. Pragmaticamente, o controle serve à proteção do projeto constitucional contra as contingências do processo político, contra maiorias que se formam e desformam no curso das legislaturas, dificultando pseudo-adesões forjadas segundo as leis do mercado das trocas políticas, que, quase sempre absolvidas pelas formas procedimentais, só encontram limites na materialidade dos compromissos constitucionais.

Mas, o fato é que todas as questões tratadas até aqui dizem respeito, de modo mais evidente, à judicialização da política em seu aspecto *controle*. Como dizíamos na introdução deste trabalho, achamos por bem diferenciar duas faces desse processo de expansão da ação do Judiciário: a ampliação da chamada jurisdição constitucional, consubstanciada basicamente no controle da constitucionalidade, e o fortalecimento de uma postura realizadora de direitos fundamentais. De forma simplificada, a primeira delas gera uma tensão mais evidente com o poder legislativo, enquanto a segunda face, com o Poder Executivo; mas em ambos os casos, fala-se em usurpações de competências e violação do princípio da separação de poderes.

É preciso, então, saldar a dívida e tecer alguns comentários finais sobre a questão negligenciada.³⁰

Após tudo que se disse, é possível perceber que as críticas habermasianas atingem a judicialização, mais diretamente, no em seu

30 Abordaremos a questão de modo bastante sucinto e superficial, somente como uma faceta de um processo mais amplo. A intenção não é, nem poderia ser, analisar do tema da efetividade dos direitos fundamentais que, pela sua complexidade, faria jus a um trabalho monográfico específico.

aspecto controle, deixando mais ou menos a salvo o aspecto efetivação.³¹ Os argumentos articulados em torno das idéias de autonomia (do indivíduo) e autodeterminação (popular), não são suficientes para afastar, no plano teórico, as possibilidades de uma atividade judicial mais realizadora, do ponto de vista material, inclusive.

A impressão que temos é que, no final das contas, esse aspecto foi mais poupado pelas críticas de Habermas (que nos interessam especificamente), nos deixando em melhores condições para defendê-lo. Aliás, em sua crítica à interpretação dos direitos fundamentais como valores, ele próprio sinaliza para as possibilidades do discurso concretizador, quando diz que para a aplicação das normas constitucionais que consagram programas não é necessária uma ponderação dos valores em jogo, pois o teor deontológico de tais normas autoriza a sua aplicação como as demais. Essa interpretação pode estar equivocada, pois baseada em pequeno fragmento da vasta obra habermasiana, mas gostaríamos que não estivesse, pois acreditamos que, decisão constituinte como as demais, as normas de natureza programática devem ser aplicadas pelo Judiciário como direitos fundamentais que são, sempre que instados para isso, ainda que essa aplicação implique uma prestação material concreta.

Discordamos da idéia de que, ao agir assim, o Poder Judiciário estaria a usurpar competências do executivo. Discordamos, também, da idéia de que ações desse tipo favorecem a formação de uma cidadania clientelista,³² principalmente se estivermos diante de contextos em que se verifica um nível tão elevado de inefetividade de direitos básicos que a cidadania, num grau fundamental, não passa de um projeto irrealizado.

Na verdade, o recrudescimento da ação do Judiciário no que diz respeito à efetivação de direitos acumula uma iniludível função de controle. Pensar o controle entre os poderes segundo o esquema clássico do princípio da separação é retirar a força de um modelo

31 Estamos atentos, todavia, para o fato de que esses dois aspectos, que destacamos, sobretudo, para facilitar análise do tema, estão entrelaçados, num nível um pouco mais profundo. Não raro a atividade de concretização passa pelo controle da constitucionalidade de normas e atos dos demais poderes, e aí as críticas devem ser tomadas como dirigidas ao problema visto de forma global.

32 Cf. EISENBERG, José. "Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política". In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 45.

concreto, desenhado no texto da constituição, em função do apego a um esquema abstrato, pensado pelo liberalismo do século XVIII.³³ Uma leitura contemporânea desse princípio o compreende não como uma fórmula de isolamento, mas como um modelo de “horizontalidade orgânica e circularidade procedimental”.³⁴ Ou seja, o princípio da divisão de poderes do Estado não pode implicar uma relação de independência absoluta entre eles, mas numa relação de coordenação – tolerante em relação a interferências reguladoras de um poder sobre outro sempre que se fizer necessário, na medida da constituição.

E essa interferência, que para nós se materializa na fiscalização das leis e na realização de promessas, tem um certo caráter compensatório, uma função equalizadora, ou, com Habermas, uma função de tutela. Se não é possível, ainda, falar numa prática consistente de autodeterminação, pois dependente de uma ainda irrealizada cidadania política ativa, é preciso criar condições para que ela possa, enfim, afirmar-se sobre o jogo de uma política decaída. Enquanto isso e para isso, não nos parece possível prescindir de uma atuação vigorosa e consequencialista do Poder Judiciário.

6. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo*. 10 ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Unb, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2000.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça*

33 A divisão dos poderes do estado de acordo com as funções exercidas foi pensada com a finalidade de criar um sistema de exercício moderado de poder. Foi com Montesquieu que o princípio notabilizou-se como garantia da liberdade, considerando a tendência ao abuso do poder por parte de que o detenha, e passou a integrar o núcleo essencial do modelo liberal do estado. Assim, o princípio nunca teve um fim em si mesmo, ao contrário, sempre teve um nítido propósito de controle em favor do indivíduo, finalidade que pode bem ser preservada, mesmo dentro de uma necessária reformulação. Cf. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 401; BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Brasília: Unb, 1998, pp. 39-65.

34 NEVES, Marcelo. “Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas”. In SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Unb, 2001, p. 151.

distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002.

EISENBERG, José. “Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política”. In VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

HABERMAS, Jürgen. “A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito”. Tradução de Paulo Astor Soethe. In HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. “Sobre a coesão interna entre direito e democracia”. In HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: ensaios de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade I*. 2 ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JOAS, Hans. “O comunitarismo: uma perspectiva alemã”. In SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Unb, 2001.

NEVES, Marcelo. “Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas”. In SOUZA, Jessé (org). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Unb, 2001.

O´DONNELL, Guillermo. “Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. Tradução de Otacílio Nunes. In MENDÉZ, Juan, O´DONNELL, Guillermo e PRINEHIRO, Paulo Sérgio (orgs.). *Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*:

uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

Jurisprudência

Acórdãos

PROC. Nº TRT - 005913-24.2010.5.06.0000

ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO

DESEMBARGADOR RELATOR: PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA
IMPETRANTE: MUNICÍPIO DE ABREU E LIMA
IMPETRADO: JUÍZO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE PAULISTA
LITISCONSORTES: EDILSON DA ROCHA QUEIROZ, JOSÉ CARLOS DA SILVA FILHO E FLÁVIO GOMES DOS SANTOS
ADVOGADOS: ANNE ANAÍDE OLIVEIRA BANJA E JOSÉ AMARO DA SILVA

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA – PARTE EXCLUÍDA DA LIDE NA FASE COGNITIVA – ATRIBUIÇÃO DE ATOS EXECUTÓRIOS – PREVISÃO DE MULTA DIÁRIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO – VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – CONCESSÃO DA SEGURANÇA. 1. A atribuição de obrigação à parte que não mais compõe quaisquer dos polos da ação – ainda que restrita à prestação de informações para fins de viabilização do prosseguimento da execução contra os devedores que permanecem no feito – viola direito líquido e certo, principalmente quando o eventual descumprimento dessa ordem obrigacional conta com previsão de imposição de multa diária, como ocorrido na hipótese em exame. 2. Segurança concedida.

Mandado de Segurança impetrado por MUNICÍPIO DE ABREU E LIMA, contra ato praticado pelo JUÍZO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE PAULISTA, nos autos da Reclamação Trabalhista

nº 0124300-67.2003.5.06.0121, ajuizada por EDILSON DA ROCHA QUEIROZ contra JOSÉ CARLOS DA SILVA FILHO e FLÁVIO GOMES DOS SANTOS, consistente na determinação de cumprimento de atos executórios pelo impetrante, cuja exclusão da lide em apreço já havia sido objeto de decisão transitada em julgado, em sede revisional de processo de conhecimento.

A petição inicial desta segurança (fls. 02/09) vem acompanhada da portaria de designação de procurador (fl. 10) e da respectiva procuração (fl. 11), além dos documentos de fls. 12/61, todos referentes a cópias de peças que compõem os autos da aludida reclamatória, que representam a prova pré-constituída, os quais, apesar de apresentados mediante simples cópias, são juridicamente válidos, posto que o ente público está dispensado da autenticação, conforme previsão contida na OJ nº 134 do TST, c/c e Medida Provisória nº 1.360/1996.

O impetrante apoda de ilegal e arbitrário o ato daquele juízo, argumentando, em síntese, que não pode responder por qualquer obrigação pertinente à execução que se processa nos autos da mencionada reclamação trabalhista, pois além de ter sido excluído da lide na fase cognitiva do feito, nos termos do acórdão regional, também não foi citado ou mesmo notificado para responder por qualquer quantia devida em favor do exequente.

Formula pedido liminar para que seja determinada a *“suspensão da execução, e posteriormente a nulidade de todos os atos praticados pela Secretaria daquela Vara, com relação a execução da multa arbitrada, mediante a devolução do prazo, para que possa o impetrante opor agravos de petição, para esse egrégio Tribunal”* (fl. 09).

Considerando a relevância dos fundamentos desta ação mandamental, bem assim a demonstração do perigo da demora, deferi, parcialmente, a providência postulada, para suspender a execução da multa consubstanciada no despacho de fl. 39, determinando, também, fosse oficiada a autoridade impetrada para prestar as informações previstas no inciso I do artigo 7º da Lei nº 12.016/2009, e no artigo 116, *caput*, do Regimento Interno deste Tribunal, as quais vieram aos autos consoante expediente de fl. 70, em que foram relatados sucintamente os acontecimentos que geraram a emissão do ato hostilizado.

O litisconsorte, EDILSON DA ROCHA QUEIROZ, autor da reclamatória, apresentou resposta ao presente *mandamus*, nos termos do memorial de fls. 80/81, não o fazendo os demais, tudo consoante

certificado à fl. 83.

Parecer ministerial emitido às fls. 86/91, opinando pela concessão da segurança.

É o relatório.

VOTO:

I. DA MATÉRIA OBJETO DA PRESENTE SEGURANÇA

Sustenta o impetrante que, apesar de ter sido excluído da lide na fase cognitiva do feito, o juízo impetrado lhe atribuiu, sem qualquer respaldo legal, obrigação de prestar informações acerca do paradeiro da parte ré, concedendo para tanto o prazo de cinco dias, sob pena de aplicação de multa diária no valor de R\$100,00.

Aduz que, apesar de essa responsabilidade não lhe competir, decorrido o prazo de 12 dias da notificação recebida neste sentido, obteve informação através de terceiro quanto ao endereço do executado, repassando-a à autoridade coatora, o que, porém, ensejou a aplicação da aludida penalidade, no montante de R\$3.500,00, em virtude desse atraso.

Inconformado com esse desfecho, o impetrante apresentou embargos à execução, os quais, porém, foram rejeitados, mantendo o *a quo* a multa arbitrada nos termos da decisão de fls. 46/47, sem que a intimação para impugnação desse ato tenha sido regularmente processada, o que lhe inviabilizou, ainda, a interposição do competente agravo de petição.

Assim, não concorda com essa decisão emitida pela autoridade impetrada, por entender que ela fere direitos líquidos e certos seus, daí tratar-se de ato praticado com abuso de poder e violação do devido processo legal, porquanto capaz de provocar sérias lesões ao direito e ao seu patrimônio, revelando-se presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Tem razão.

Os fundamentos trazidos à baila na defesa do litisconsorte (fls. 80/81) e as econômicas informações prestadas pela autoridade dita coatora (fl. 70), não me convencem, data vênia, em modificar o entendimento manifestado na decisão monocrática interlocutória de

fls. 64/67, pela qual concedi parcialmente a liminar, do seguinte teor:

“Vê-se dos presentes autos que, não obtendo êxito quanto aos atos procedimentais adotados para a execução que se processa na aludida reclamatória, o reclamante, ora litisconsorte, apresentou a petição de fl. 37, em que requer seja oficiado o Município de Abreu e Lima, ora impetrante, para que este fornecesse os endereços dos reclamados FLÁVIO GOMES DOS SANTOS e JOSÉ CARLOS DA SILVA FILHO, o que foi acolhido pelo ‘a quo’ (fl. 39).

Decorrido o prazo de cinco dias (v. fl. 40), determinado pelo impetrado para a implementação da determinação acima mencionada, esse mesmo juízo determinou a aplicação de “multa pelo descumprimento da obrigação de fazer”, tendo o município impetrante, na sequência, apresentado a resposta requerida, nos termos da petição de fl. 42.

Ato contínuo, foi procedida a atualização dos cálculos para fins de apuração da aludida penalidade, no montante de R\$3.500,00, conforme se pode ver da planilha de fl. 43, acerca da qual foi expedido mandado executório (fls. 44 e 61).

Inconformado com esse desfecho, o impetrante opôs naquele processo embargos à execução, os quais foram julgados improcedentes, nos termos da sentença de fls. 46/47, contra a qual foi apresentada a petição de fls. 55/56, também rechaçada pelo ‘a quo’.

Diante deste quadro, o impetrante valeu-se do presente mandado, e entendo, ‘prima facie’, que a razão o acompanha.

De plano, poder-se-ia alegar que o ato coator seria passível de impugnação mediante recurso próprio, ou seja, agravo de petição, o que impediria a impetração do ‘writ’ mediante invocação dos verbetes contidos na OJ nº 92 da SBDI-2 do TST e na Súmula nº 267 do STF, calcado, ainda, no disposto no artigo 5º da Lei nº 12.016/2009.

Todavia, o próprio TST vem abrandando o rigor da sua Súmula nº 267 e admitindo, em algumas situações, o manejo direto de mandado de segurança quando o ato impugnado revele-se teratológico – como me parece haver ocorrido, data vênua, na hipótese em exame – ou, ainda, quando possibilite a ocorrência de dano de difícil reparação, a fim de aquilatar-se sobre a sua ilegalidade ou abusividade.

A título de exemplo, cite-se o seguinte aresto:

“Recurso Ordinário em Agravo Regimental. Mandado de

Segurança impetrado contra ato em que determinada ao INSS, que não integrou o polo passivo da reclamação trabalhista, a majoração da pensão por morte do trabalhador falecido, em razão do salário reconhecido na sentença proferida. 1. Cabimento do 'writ'. Nos termos da jurisprudência da Eg. SBDI-2/TST, cabe mandado de segurança quando a impetrante, na propositura da segurança, como na hipótese vertente, se encontra na iminência de sofrer prejuízos dificilmente reparáveis, a merecer o exercício de medida urgente, ainda que se considere que, de outra parte, o ato impugnado poderia ter sido alvejado por recurso próprio ('lato sensu'), a tanto previsto na legislação processual em vigor (Ministro Renato de Lacerda Paiva). Além disso, tratando-se de mandado de segurança impetrado por terceiro prejudicado, na vigência da Lei nº 1.533/51, incide a compreensão da Súmula 202 do STJ, segundo a qual a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso" (proc. nº RO-47200-33.2009.5.12.0000, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, publicado no DEJT de 06.08.2010).

Ultrapassada essa questão, entendendo que o ato praticado pela autoridade impetrada – consistente na determinação da constrição judicial de bem do município reclamado, quando este último foi taxativamente excluído da lide mediante decisão trânsita em julgado –, reveste-se de ilegalidade manifesta, tendo em vista que essa questão sequer foi objeto de pronunciamento explícito por parte daquele juízo.

Constata-se, portanto, a fumaça do bom direito – consistente na imposição de penalidade a quem, efetivamente, não mais figura como parte no feito em decorrência de pronunciamento anterior por parte deste órgão 'ad quem' –, bem assim o fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação – consubstanciado por futura efetivação de constrição judicial sobre bem de sua propriedade".

Em suma, o impetrante, em sede revisional de processo de conhecimento, nos termos do acórdão da Segunda Turma deste Regional, cuja cópia e respectiva certidão repousam às fls. 33/36 destes autos, foi excluído da lide, o que impede o direcionamento, contra si, de atos executórios, visto que tal procedimento viola a coisa julgada formal.

Assim, a atribuição de obrigação à parte que não mais compõe quaisquer dos polos da ação, terceiro, portanto, na relação processual – ainda que restrita à prestação de informações para fins

de viabilização do prosseguimento da execução contra os devedores que permanecem no feito – viola direito líquido e certo, principalmente quando fixada multa diária, condicionada ao descumprimento da determinação respectiva, como ocorrido na hipótese em exame.

De mais a mais, em se tratando de informação acerca do endereço da parte, a lei não comina, nem mesmo em abstrato, qualquer penalidade àquele que instado a fornecê-lo assim não o faz, afigurando-se, portanto, também, por esta razão, ilegítimo e ilegal o ato de autoridade que condiciona, sem autorização legal, o não exercício dessa faculdade a pagamento de multa.

Essa falta de previsão legal, por sua vez, afronta o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, II, da CF/88, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Esse princípio é absoluto e impera em todos os ramos do direito, especialmente no que diz respeito ao poder de punir do Estado, devendo ser interpretado de forma literal em relação aos cidadãos.

Além de se destacar o caráter (moral), a finalidade (de punir) e a falta de previsão legal da sanção aplicada ao município porque não cumpriu determinação que a si não competia em absoluto, destaca-se, ainda, outro ponto de extrema importância a respeito da questão: o fato de o impetrante constituir-se em pessoa estranha na lide onde foi emitida essa esquisita ordem.

Nestes termos, se a aplicação de punibilidade inexistente no ordenamento viola o princípio constitucional a trato, imagine-se quando a sanção é imposta a quem sequer compõe a lide como parte.

Apenas de passagem, registre-se que, nas informações prestadas pela autoridade dita coatora, não consta qual seria efetivamente o embasamento legal à aplicação da aludida penalidade, restringindo-se dito expediente à narrativa fática dos procedimentos que ensejaram a sua incidência.

De se referir, por oportuno, que os aspectos fático-jurídicos do processo devem ser valorados em conjunto, encontrando-se a reprimenda mais adequada para a situação concreta, dentro dos limites e caminhos fixados pelo legislador previamente, que aqui não vejo configurados.

Segurança concedida.

2. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, ratificando a liminar deferida às fls. 64/67 destes autos, concedo em definitivo a segurança para determinar a revogação da ordem judicial constante da decisão de fl. 39, exarada nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0124300-67.2003.5.06.0121, em trâmite perante a 1ª Vara do Trabalho de Paulista.

Custas pelos litisconsortes, no importe de R\$70,22, calculadas sobre o valor atribuído à causa, R\$3.511,07 (fl. 73), mercê do disposto no artigo 789, *caput*, da CLT, porém dispensado de seu pagamento o reclamante, *ex vi legis*.

Dê-se ciência desta decisão ao Excelentíssimo Juiz da 1ª Vara do Trabalho de Paulista, através de ofício, consoante determina o artigo 11 da Lei nº 12.016/2009.

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, em sua composição plena, por maioria, ratificando a liminar deferida às fls. 64/67 destes autos, conceder em definitivo a segurança para determinar a revogação da ordem judicial constante da decisão de fl. 39, exarada nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0124300-67.2003.5.06.0121, em trâmite perante a 1ª Vara do Trabalho de Paulista; vencidos os Exmos. Juízes (Convocados) Hugo Cavalcanti Melo Filho e Sérgio Murilo de Carvalho Lins que denegavam a segurança. Custas pelos litisconsortes, no importe de R\$70,22 (setenta reais e vinte e dois centavos), calculadas sobre o valor atribuído à causa, R\$3.511,07 (fl. 73), mercê do disposto no artigo 789, *caput*, da CLT, porém dispensado de seu pagamento o reclamante, *ex vi legis*. Dê-se ciência desta decisão ao Excelentíssimo Juiz da 1ª Vara do Trabalho de Paulista, através de ofício, consoante determina o artigo 11 da Lei nº 12.016/2009.

Recife, 31 de maio de 2011.

PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA
DESEMBARGADOR FEDERAL DO TRABALHO RELATOR

PROCESSO n° TRT – 0002103-07.2011.5.06.0000

ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO

RELATOR:DESEMBARGADOR PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA
SUSCITANTE: JUÍZO DA 2ª VARA DO TRABALHO DO CABO DE SANTO AGOSTINHO
SUSCITADO: JUÍZO DA 18ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE
LITISCONSORTES:TKS SEGURANÇA PRIVADA LTDA.
E KLEYDSON DE SOUZA SALES

EMENTA: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA TERRITORIAL – AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO AFORADA PERANTE O JUÍZO SUSCITADO – RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA PERANTE O JUÍZO SUSCITANTE – COMPETÊNCIA DO SEGUNDO POR ABRANGER O LOCAL DA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS PELO EMPREGADO. 1. O ajuizamento de ação de consignação em pagamento pelo devedor não tem a influência de impor ao credor o ajuizamento de demanda em determinado local, referindo-se que entendimento diverso favorece o uso inadequado desse tipo de medida, como forma de vincular o empregado a ajuizar a reclamatória em localidade longínqua, tudo com o fito de dificultar o exercício de seus direitos. Tratando-se o caso versado nos autos de competência exclusivamente territorial, prevalece à espécie a regra prevista no artigo 651, “caput” da CLT, que reputa como competente para ajuizamento da reclamação trabalhista a localidade em que o empregado presta os serviços. 2. Conflito de competência que se julga procedente.

Visto etc

Conflito Positivo de Competência suscitado pelo JUÍZO DA 2ª VARA DO TRABALHO DO CABO DE SANTO AGOSTINHO em face do JUÍZO DA 18ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE, nos termos da decisão de fls. 49/50.

A empresa TKS SEGURANÇA PRIVADA LTDA. intentou perante o juízo suscitado (18ª VT do Recife) uma Ação de Consignação em Pagamento (processo n° 0000011-02.2011.5.06.0018) contra KLEYDSON DE SOUZA SALES, que, por sua vez, ajuizou

Reclamação Trabalhista (processo nº 0000560-35.2011.5.06.0172) contra essa mesma empresa, a qual foi aforada no juízo suscitante (2ª VT do Cabo de Santo Agostinho).

Durante a sessão inaugural de audiência relativa à aludida consignatória, a empresa autora informou ao juízo suscitado a existência da referida reclamatória, tendo sido determinado, naquela ocasião, a solicitação de remessa dos autos deste último processo, com o fito de julgá-los de forma conjunta.

O suscitante, contudo, discordou desse entendimento, declarando-se também competente para julgamento de ambos os processos, justificando que “*o reclamante prestou serviços na maior parte do tempo*” em empresas sediadas no Município do Cabo de Santo Agostinho, determinando, em consequência, o envio dos autos a este Regional para apreciação do presente conflito positivo de competência territorial.

Constatando-se que os juízos envolvidos já haviam explicitado os motivos pelos quais arrogaram as respectivas competências, foi dispensada a colheita das pertinentes informações.

O Ministério Público do Trabalho, através do parecer de fls. 56/58, opina pela competência do juízo suscitante.

É o relatório.

VOTO:

Trata-se, como já relatado, de conflito positivo de competência instaurado pelo juízo da 2ª VT do Cabo de Santo Agostinho, que se declarou competente também para julgar a ação de consignação ajuizada pela TKS SEGURANÇA PRIVADA LTDA. perante a 18ª VT do Recife, que, por sua vez, reconheceu a sua competência para apreciar a reclamação trabalhista intentada naquele órgão jurisdicional por KLEYDSON DE SOUZA SALES.

A questão, portanto, reside em saber se competente é o juízo suscitante – cuja jurisdição compreende o local da prestação dos serviços, mais próximo da residência do empregado e onde foi ajuizada a reclamação trabalhista (em 17.05.2011) – ou o suscitado, em que foi intentada a ação de consignação em pagamento pela empregadora (em 17.01.2011).

Na sessão inaugural de audiência realizada perante a 18ª

VT do Recife (em 03.06.2011), a empresa consignante informou acerca do ajuizamento da referida reclamatória, quando então esse mesmo juízo declarou-se prevento, registrando em ata (fl. 46) a determinação de expedição de ofício à VT do Cabo de Santo Agostinho, a fim de que este providenciasse a remessa dos autos da aludida reclamatória.

Todavia, na assentada realizada em 22.06.2011 (fl. 50), esse último juízo, reputando inaplicável à espécie a regra de prevenção prevista no artigo 106 do CPC – já que a questão situa-se exclusivamente no campo da fixação da competência territorial e não funcional –, manifestou a sua discordância quanto àquele entendimento, instaurando, ato contínuo, o presente conflito positivo de competência, que resultou na remessa dos autos a este Regional para decisão do incidente.

De acordo com o disposto no artigo 651, *caput*, da CLT, a competência para ajuizamento da ação trabalhista em geral pertence ao foro da localidade em que o empregado presta os serviços. *In casu*, conforme se pode ver da narrativa constante da inicial da reclamatória (fls. 04/05), o autor, ao longo de todo o período contratual, executou serviços nos Municípios do Cabo de Santo Agostinho e de Jaboatão dos Guararapes. Nos termos da ata de fl. 50, aliás, consta o registro de que a inicial da reclamatória indica que *“uma das causas do desate contratual teria sido exatamente o fato de a empresa ter determinado que o reclamante prestasse serviços em locais cada vez mais distantes do de sua residência, localizada na cidade de Escada”*.

A ação de consignação em pagamento é um procedimento especial previsto nos artigos 890 a 899 do CPC, manejável nesta Especializada pelo empregador para depositar em juízo salários ou verbas trabalhistas que o empregado manifeste sua discordância em receber, a fim de evitar os efeitos da mora. Assim sendo, o único resultado prático da consignatória na reclamação trabalhista é a dedução de valor já pago, isso no caso de a reclamada ser condenada nessa segunda ação.

Dentro deste contexto, o fato de a consignatória ter sido intentada em primeiro lugar, não quer dizer que a reclamatória ajuizada posteriormente tenha que tramitar na comarca trabalhista da primeira, mormente quando a referida localidade não é nem o local da prestação dos serviços, nem, tampouco, do domicílio/residência do reclamante.

Em suma: o ajuizamento de ação de consignação pelo devedor não tem a influência de impor ao credor o ajuizamento de demanda em determinado local, por duas razões, a saber: a primeira, porque não é a hipótese da continência a que se refere o artigo 104 do

CPC; a segunda, porque entendimento diverso favorece o uso inadequado de ações de consignação, como forma de vincular o empregado a ajuizar a reclamatória em localidade longínqua, tudo com o fito de dificultar o exercício de seus direitos, sob pena de violação dos princípios protetivos trabalhistas e da garantia de acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

Nestes termos, procede o presente conflito, motivo por que declaro competente para apreciar as duas ações em apreço o juízo suscitante, no caso a 2ª VT do Cabo de Santo Agostinho, para onde deverão ser enviados os autos da consignatória aforada perante a 18ª VT do Recife.

2. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, julgo procedente o presente incidente, reconhecendo a competência da 2ª VT do Cabo de Santo Agostinho para apreciar e julgar a ação de consignação em pagamento e a reclamação trabalhista, processos n.ºs 0000011-02.2011.5.06.0018 e 0000560-35.2011.5.06.0172, originárias da 18ª VT do Recife e 2ª VT do Cabo de Santo Agostinho, respectivamente, devendo ser remetidos os autos da primeira ao juízo em que tramita a segunda, ora declarado como competente.

ACORDAM os Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, em sua composição plena, por unanimidade, julgar procedente o presente incidente, reconhecendo a competência da 2ª VT do Cabo de Santo Agostinho para apreciar e julgar a ação de consignação em pagamento e a reclamação trabalhista, processos n.ºs 0000011-02.2011.5.06.0018 e 0000560-35.2011.5.06.0172, originárias da 18ª VT do Recife e 2ª VT do Cabo de Santo Agostinho, respectivamente, devendo ser remetidos os autos da primeira ao juízo em que tramita a segunda, ora declarado como competente.

Recife, 06 de setembro de 2011.

PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA
DESEMBARGADOR FEDERAL DO TRABALHO RELATOR

PROCESSO n° TRT-0089200-92.2009.5.06.0007

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA

RELATOR: DESEMBARGADOR NELSON SOARES JÚNIOR.

RECORRENTE: EDMILSON JERÔNIMO DA SILVA.

RECORRIDA: LASER SERVICE LTDA.

ADVOGADOS: PEDRO PAULO PORPINO PEDROSA e CARLOS WILLIAM LINS CAVALCANTI.

PROCEDÊNCIA: 7ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE.

EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE FUNCIONAL DE RISCO ACENTUADO (MOTOQUEIRO ENTREGADOR). CULPABILIDADE EMPRESARIAL. CARACTERIZAÇÃO. Em se tratando de acidente de trabalho — hipótese em que a empresa é responsável pela adoção e uso de medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador, a teor do disposto no § 1º do artigo 19 da Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991 —, cuja vítima exercia atividade funcional de risco acentuado (pois era motoqueiro entregador), além de lhe ser aplicável — conforme o entendimento majoritário atual e iterativo do Tribunal Superior do Trabalho (TST) — a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927 do Código Civil, a culpabilidade empresarial caracterizou-se pela sua submissão a jornadas extravagantes porque, em assim agindo, a ex-empregadora descumpriu aquela obrigação complementar e potencializou o perigo. Recurso ordinário acolhido.

Vistos etc.

Cuida-se de recurso ordinário de Edmilson Jerônimo da Silva, interposto por intermédio de advogado, por meio do qual ele postula a reforma da sentença do Excelentíssimo Juiz da 7ª Vara do Trabalho do Recife (PE), nos autos da reclamação proposta em face da empresa Laser Service Ltda., na parte que implicou o indeferimento de pedido de pagamento de danos moral e estético.

O recorrente, que foi vítima de acidente de trabalho, sustenta a culpabilidade da recorrida em razão do não-fornecimento de equipamentos de proteção individual (fato supostamente confessado pelo preposto), os quais evitariam ou minimizariam, em seu

entendimento, os danos físicos sofridos. Salaria que a recorrida tinha conhecimento do risco de sua atividade funcional (motoqueiro entregador), pois já havia, inclusive, sido vítima de acidentes de menor gravidade. Acrescenta haver prova documental dos danos físicos e que, embora seja haja submetido a várias cirurgias (inclusive com implantação de pinos nas rótulas), perdeu a agilidade para realização de tarefas simples, como pedalar uma bicicleta, subir escadas etc. Pede o provimento do recurso pelas razões documentadas às fls. 175/7.

Regularmente intimada, a recorrida não apresentou contrarrazões.

Inexistindo obrigatoriedade, não determinei a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO:

Ao indeferir o pedido de pagamento de indenização de danos morais, juízo de primeiro grau observou que, não obstante o preposto da recorrida haja confessado o não-fornecimento de equipamento individual de proteção ao recorrente, não havia culpabilidade da ex-empregadora pelo acidente de trabalho.

Porém, em linhas anteriores e depois de analisar a prova testemunhal, o declarou também a ineficácia dos registros de horários constantes dos respectivos controles, apresentados pela recorrida, e reconheceu, expressamente, que o recorrente trabalhava todos os dias da semana em jornadas das 7h15 às 17h, com intervalo de uma hora, das segundas às sextas-feiras, e das 8 às 12 horas aos sábados e domingos.

Ora, em se tratando de acidente de trabalho — hipótese em que a empresa é responsável pela adoção e uso de medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador, a teor do disposto no § 1º do artigo 19 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 —, cuja vítima exercia atividade funcional de risco acentuado (pois era motoqueiro entregador), além de lhe ser aplicável — conforme o entendimento majoritário atual e iterativo do TST — a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927 do Código Civil, a culpabilidade empresarial caracterizou-se pela sua submissão a jornadas extravagantes porque, em assim agindo, a ex-empregadora descumpriu

aquela obrigação complementar e potencializou o perigo.

Com efeito, essa conclusão é inexorável porque, conforme advertiram os saudosos juristas Orlando Gomes e Elson Gottschalk — após observarem que, consideradas as limitações inerentes ao organismo humano em face da fisiologia do trabalho, e as consequentes alterações fisiológicas que este produz sobre aquele, a primeira investida do legislador foi no terreno da duração diária, estabelecendo a jornada máxima legal, e, logo a seguir, instituindo o descanso semanal —, o organismo humano precisa alijar dos músculos e do cérebro todos os resíduos da combustão e, com eles, a fadiga. Um período de descanso curto não produz o efeito desejado, porque ficam “restos de fadiga” das tarefas anteriores (Cf. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Forense, 1975, vol. I, p. 439).

De fato, a par de “serem unânimes os autores” — como advertiu o ministro Arnaldo Süssekind — “em incluir entre os direitos inderrogáveis do trabalhador os que dizem respeito à limitação do tempo do trabalho e aos consequentes repouso obrigatórios” (**apud**: Elson G. Gottschalk, **A Duração do Trabalho**. Freitas Bastos. Rio de Janeiro: 1951, p. 30)¹, como já observara Hirosê Pimpão em sua consagrada obra *Das Relações de Emprego no Direito do Trabalho* (Rio de Janeiro: 1944, p. 163), com base em lições de “cientistas da estatura de BOGARDUS, ROTH, GOODMAK E LAHY”, a fadiga derivada de jornadas excessivas é a causa mais comum dos acidentes de trabalho. Daí seu arremate: “O descanso é uma necessidade orgânica.”

Aliás, em relação ao descanso semanal — também conhecido como repouso hebdomadário — esse último professor transcreveu na supracitada obra esta lição de GALLART FOLCH: “A necessidade de um descanso periódico para restaurar as forças físicas do trabalhador, para que ele possa cumprir seus deveres religiosos e satisfazer as aspirações culturais de seu espírito, e para o conforto e prazer em comum da família, é tão óbvia que, em todos os períodos históricos e em todas as civilizações em que o trabalho tem sido uma atividade de homens livres, tal descanso tem sido praticado não só em dias fixos de cada semana, senão em dias ou períodos de festividades

1 Fato que levou o saudoso jurista ORLANDO GOMES à afirmação, em parecer, de que “(...) a doutrina e a jurisprudência dos povos que marcham na vanguarda do Direito do Trabalho reconhecem o caráter ilícito do trabalho realizado em horas suplementares, não permitidas ou não autorizadas pela lei” (**apud**: Elson G. Gottschalk, op. cit., pág. 54).

religiosas ou cívicas (...)” (op. cit., p. 165).

Portanto, a recorrida concorreu culposamente para a ocorrência do acidente de trabalho, sofrido pelo recorrente, porque, não obstante estivesse ciente de que a atividade funcional dele era de risco acentuado, o submeteu a jornadas extravagantes nos dias anteriores, sem lhe assegurar os descansos semanais previstos em lei, consumindo, por assim dizer, sua resistência psicofísica.

Aliás, para não classificar a culpa da recorrida como consciente — uma vez que esse nexos psicológico se aproximaria demais do dolo eventual, isto é, daquele em que o agente não quer propriamente o resultado, mas o admite e aceita o risco de produzi-lo —, tipifico-a como grave porque, ao assim proceder, ela não só negligenciou o dever de segurança (obrigação complementar do contrato de trabalho), mas foi também imprudente.

Como corolário, ela tem o dever de reparação dos danos decorrentes de seu procedimento ilegítimo: conforme observou a jurista peninsular Riva Sanseverino com a ótica sobre textos normativos análogos aos da nossa Constituição e da Consolidação das Leis do Trabalho, “estas disposições, embora possam ser analisadas no amplo campo do art. 32 da Constituição, segundo o qual ‘A República tutela a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da comunidade’, tornam-se capazes de configurar um direito subjetivo do trabalhador, não tanto pela predeterminação, por parte do empregador, das medidas de segurança, **quanto ao ressarcimento dos danos que lhe são causados pela ausência de antecipada disposição de tais medidas**” (Cf. **Curso de Direito do Trabalho**. LTR. Tradução de Elson Guimarães Gottschalk. São Paulo, 1976, pág. 251). (Acréscitei o negrito).²

Demais, como acentuei inicialmente, à hipótese em apreciação é aplicável — conforme o entendimento majoritário atual e iterativo predominante no TST — a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927 da CLT.

2 Esses danos à saúde do trabalhador abrangem, também, o dano moral, conforme se verifica da sentença nº 88, de 12 de julho de 1979, da Corte Constitucional da Itália; ou seja, o dano não-patrimonial — expressão que, nas palavras do magistrado ARNALDO MACCARONE (relator da causa), “(...) é ampia e generale e tale da riferirsi, senza ombra di dubbio, a qualsiasi pregiudizio che si contrapponga, in via negativa, a quello patrimoniale, caratterizzato dalla economicità dell’interesse leso” (cf. www.giurcost.org/decisioni/index.html).

Nesse sentido, para efeito de ilustração, cito a decisão da “SBDI-I” do TST no julgamento do processo nº TST-E-ED-RR-9951600-43.2006.5.09.0664 (publicada em 11/03/2011), assim sumariada:

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. DANO MORAL. ACÓRDÃO DO TRT QUE REGISTRA A EXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. 1. A CF, no caput do artigo 7º, XXVIII, refere que a responsabilidade do empregador será subjetiva. No entanto, a mesma Constituição Federal consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o qual ‘as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um meio (objetos)’ (Immanuel Kant). Nesse contexto, conclui-se que a regra prevista no artigo 7º, XXVIII, da CF deve ser interpretada de forma sistêmica aos demais direitos fundamentais. Acrescente-se que os direitos elencados no artigo 7º, XXVIII, da CF são mínimos, não excluindo outros que ‘visem à melhoria de sua condição social’. Logo, o rol do artigo 7º, XXVIII, da CF não é exaustivo. 2. Uma vez demonstrado que o dano ocorreu pela natureza das atividades da empresa, ou seja, naquelas situações em que o dano é potencialmente esperado, não há como negar a responsabilidade objetiva do empregador. 3. Nesse sentido, em Sessão do dia 04/11/2010, ao examinar o Processo nº TST-9951600-43.2006.5.09.0664, esta SBDI-1/TST decidiu que a responsabilidade é objetiva em caso de acidente em trabalho de risco acentuado. Recurso de embargos conhecido por divergência jurisprudencial e provido.”

Dessa forma, sopesando as condições econômicas das partes, a intensidade da dor sofrida pelo recorrente, o grau da culpa da recorrida e as finalidades paliativa e pedagógica do instituto, eu condeno a última

ao pagamento da quantia de vinte mil reais.

Creio ser esse valor proporcional ao prejuízo imaterial porque, embora a recorrida haja olvidado garantias constitucionais do recorrente (pois, como leciona o jurista JOSÉ AFONSO DA SILVA, “A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais”), inexistiu demonstração de dano estético: as radiografias constantes do envelope apenso não revelam deformação física. Conseqüentemente, aquela quantia se referirá estritamente à reparação do dano moral (espécie prevista no artigo 186 do Código Civil como antítese de dano material).

Convém salientar, para evitar equívocos por parte do recorrente, que não se trata especificamente de indenização. Como adverte o jurista Yussef Said Cahali, “(...) a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa. Trata-se, aqui, de reparação do dano moral (Cf. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 42).

Aliás, na espécie em julgamento há uma agravante — relacionada ao concurso culposo da recorrida ou ao dano em si — porque, caso ela lhe houvesse fornecido equipamento de proteção individual (isso em cumprimento do disposto no artigo 166 da Consolidação das Leis do Trabalho), o que não ocorreu, as lesões físicas decorrentes do acidente de trabalho (que lhe provocaram a implantação cirúrgica de pinos metálicos nas rótulas) seriam menos gravosas ou inexistentes.

Portanto, esse ato ilícito é, por si, suficiente ao reconhecimento do direito do recorrente, de ressarcimento do prejuízo não-patrimonial sofrido (artigo 186 do Código Civil ³), porque, como o Ministro Orosimbo Nonato já afirmara em 1950,

3 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 11.786 pelo Supremo Tribunal Federal, com amparo nas observações de Pacchioni (citado por Zulmira Pires de Lima e Aguiar Dias), “a noção do dano moral é negativa: é o que incide apenas na personalidade moral da vítima.”

Registro ainda que, em se tratando de lesão à esfera subjetiva do recorrente, que ocorreu no seu âmago (afetando-lhe a auto-estima), é insuscetível de prova: conforme o Ministro Francisco Rezek advertiu no julgamento do RE nº. 99.501 pelo Supremo Tribunal Federal, exigência nesse sentido acarreta “(...) um conceito abstruso e contaminado de dano moral”, porque “(...) não comporta prova individualizada e muito menos reclama reflexos patrimoniais (...)”⁴.

Nesse passo, convém também registrar, para evitar equívocos desnecessários por parte da recorrida, que a valoração do dano moral nada tem que ver com o prejuízo financeiro, porquanto não mais subsiste, no Brasil, a jurisprudência restritiva que vinculava essa espécie de dano à diminuição patrimonial (cf., dentre outros, RE nº. 215.984, relator Ministro Carlos Velloso, em “DJU” de 28-06-2002, p. 00143; e RE nº. 222.795, relator o Ministro Néri da Silveira, em “DJU” de 24-05-2002, p. 00069): entre nós, conforme arremate de Pedro Frederico Caldas, foram “Superadas as dúvidas e vacilações quanto à possibilidade de indenização do dano moral puro (...)”⁵.

Consequentemente, aquele valor atende razoavelmente aos critérios de proporcionalidade, de justiça e de equidade aludidos pelo TST no julgamento do processo nº TST-E-RR-641571/2000, de que foi relatora a Ministra Maria Cristina Peduzzi, cujo acórdão recebeu esta ementa:

**“INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL
FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENI-
ZATÓRIO. 1 – O arbitramento do dano moral,
pelas próprias circunstâncias que o definem,
ocorre de maneira necessariamente subjetiva,**

4 Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Imprensa Nacional, vol. 109, nº 2, p. 00744.

5 CALDAS. Pedro Frederico. **Vida Privada, Liberdade de Imprensa e Dano Moral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 130.

segundo critérios de justiça e equidade, ainda que, em cada situação específica, seja dada ao magistrado a oportunidade de fixar parâmetros à apreciação do dano sofrido. 2 - O dano moral tem o escopo de, por um lado, compensar a vítima pelo dano sofrido e, por outro, punir o infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia. Na fixação desse valor, levam-se em conta as condições econômicas e sociais das partes envolvidas, bem como a gravidade da falta cometida. 3. Assim, em sendo plausível o quantum fixado (...), que levou em consideração o dano causado e a condição econômica da Reclamada, não há falar em sua alteração, a fortiori pela inexistência de firme critério legal (...). Nos termos da fundamentação, fica afastada a viabilidade do conhecimento com base na fundamentação jurídica apontada pela recorrente (arts. 818 da CLT, 333, I, do CPC, 159, 1060 e 1539 do CCB de 1916 e 7º, XXVIII, da CF/88)” (“DJU’ de 13/08/2004).

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso ordinário, para incluir na condenação a quantia correspondente à indenização do dano moral (arbitrada em vinte mil reais) e o valor das custas complementares em R\$400,00 (quatrocentos reais): é como voto.

ACORDAM os juízes da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso ordinário, para incluir na condenação a quantia correspondente à indenização do dano moral (arbitrada em vinte mil reais) e fixar o valor das custas complementares em R\$400,00 (quatrocentos reais), sendo que os Exmos. Juízes Revisora e Ibrahim Alves acompanham pelas conclusões.

Recife, 11 de agosto de 2011.

NELSON SOARES JÚNIOR
DESEMBARGADOR RELATOR.

PROCESSO n° TRT 0086400-24.2009.5.06.0191 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA TURMA

RELATORA: DESEMBARGADORA NISE PEDROSO LINS DE SOUSA
RECORRENTE:TECON SUAPE S.A.

RECORRIDO: SINDICATO DOS ESTIVADORES NOS PORTOS DO
ESTADO DE PERNAMBUCO

ADVOGADOS: RENATO ALMEIDA MELQUÍADES DE ARAÚJO;
JOSÉ BRÁULIO DE OLIVEIRA BEZERRA

PROCEDÊNCIA: 1ª VARA DO TRABALHO DE IPOJUCA/PE

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO. TRABALHADOR PORTUÁRIO AVULSO. Aplica-se ao trabalhador portuário avulso a prescrição biennial, conforme o entendimento consolidado na OJ n° 384 do TST. Por corolário, tendo em vista a data em que foi ajuizada a primeira reclamação, ou seja, 29/08/2005, considera-se prescrito o direito ao adicional de periculosidade em relação aos trabalhadores portuários avulsos que prestaram serviços, de forma última, à reclamada, em data anterior a 29/08/2003. Apelo provido no particular.

Vistos etc.

Recorre ordinariamente TECON SUAPE S.A., de decisão proferida pela MM. 1ª Vara do Trabalho de Ipojuca - PE, que julgou *PROCEDENTES* o pedido formulado na reclamação trabalhista ajuizada pelo SINDICATO DOS ESTIVADORES NOS PORTOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO em face da ora recorrente, nos termos da fundamentação da r. sentença de fls. 1422/1429.

Embargos Declaratórios opostos pela reclamada, às fls. 1432/1441 (via fac-símile), com original às fls. 1442/1453; rejeitados, às fls. 1462/1464.

Nas razões do recurso, às fls. 1466/1508, preliminarmente, pugna a reclamada pela nulidade do *decisum*, por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório e por negativa de prestação jurisdicional, artigo 5º, LV da CF, tendo em vista que o Juízo *a quo* dispensou a realização do laudo pericial. Pede, portanto, pela reabertura da instrução processual para que seja determinada a realização de laudo pericial. Argui, também, a preliminar de coisa julgada material, tendo em vista a reclamação tombada sob o número 01352.2005.191.06.00.2,

identidade de partes, causa de pedir e pedido, que foi extinta sem resolução de mérito, sob o fundamento de que o autor carece de legitimidade ativa. Pede para que seja pronunciada a prescrição total do direito de ação quanto aos créditos oriundos das requisições e dos engajamentos realizados no período demandado, de 17/05/2002 a 16/05/2004, com fulcro no artigo 7º inciso XXIX da CF c/c o artigo 11, inciso I da CLT. Ressalta que os trabalhadores representados pelo sindicato autor prestaram seus serviços ao recorrente na qualidade de avulsos, sob a intermediação obrigatória do Órgão Gestor de Mão-de-Obra, conforme determina a Lei nº 8.630/93. Diz que as relações de trabalho avulso também se submetem à prescrição bienal, que deveria ser contada individualmente a partir de cada engajamento do trabalhador. Transcreve arestos e cita a OJ nº 384 da SDI-1 do C. TST. Assim, pede pela pronúncia da prescrição dos créditos porventura existentes anteriores a 29/08/2003, tendo em vista que a Reclamação Trabalhista, anterior, de número 01352.2005.191.06.002, somente foi ajuizada em 29/08/2005. Sustenta que o laudo pericial juntado aos fólios como prova emprestada funda-se, exclusivamente, em suposições criadas pela argumentação do *expert*. Pondera que, o único fundamento que justificou a conclusão do senhor perito foi a de que há possibilidade de que a empresa reclamada opere e armazene contêineres contendo cargas explosivas ou inflamáveis. Salieta, assim, a inexistência de prova da movimentação de cargas aptas a justificarem o pagamento do adicional de periculosidade. Ponteia que o *expert* não especificou quais substâncias explosivas ou inflamáveis efetivamente eram transportadas e/ou armazenadas pelo reclamado, tampouco a frequência com a qual os trabalhadores ficavam expostas a elas. Por outro lado, restou demonstrado que não havia substâncias perigosas armazenadas no pátio de contêineres arrendado por SUAPE ao TECON, como também que o demandado respeita as normas que regulamentam a matéria. Aponta que a inadequação ou a falta de procedimentos de segurança não geram direito à percepção do adicional de periculosidade, mormente quando se reconhece que os substituídos nunca estiveram em contato direto com explosivos. Menciona a Portaria 545 do Ministério do Trabalho e Emprego, que limita o pagamento do adicional de periculosidade aos meses em que ocorreu o armazenamento de cargas explosivas e/ou inflamáveis. Indica que o perito se utilizou de documento interno do recorrente, no que concerne à análise de um tombamento de uma carreta que transportava um contêiner contendo peróxido de hidrogênio, circunstância ocorrida em data posterior ao período apurado

e fora das instalações do reclamado. Outrossim, alega que a substância em apreço não está relacionada entre as caracterizadoras de periculosidade pela NR-16 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho. Pugna pela imprestabilidade do laudo pericial juntado como prova emprestada, mormente porque sequer teria declarado qual agente foi determinante para a caracterização da periculosidade. Aduz que o *expert*, atuou de forma inoportuna, extemporânea e parcial nos autos da reclamação primária, razão pela qual argui a suspeição do perito, nos termos do artigo 135, incisos IV e V e artigo 138, inciso III ambos do CPC, requerendo a declaração da inidoneidade de sua conduta, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, da primazia da realidade e da isonomia. Na eventualidade, caso não acolhida a suspeição do *expert*, insurge-se contra a documentação extemporânea trazida por ele naqueloutra demanda. Aponta que a prova testemunhal trazida aos autos ratifica os argumentos levantados pelo reclamado e contraria os fundamentos utilizados pelo *expert*. Chama atenção aos demais laudos periciais carreados e pede para que sejam considerados. Pugna pelo provimento do apelo.

Contrarrazões pelo autor às fls. 1511/1521147/148.

Dispensada a ouvida do Ministério Público do Trabalho (artigo 49, do Regimento Interno).

É o relatório.

VOTO:

Da preliminar de nulidade da sentença por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório e, ainda, por negativa de prestação jurisdicional.

Preliminarmente, pugna a reclamada pela nulidade do *decisum*, por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório e por negativa de prestação jurisdicional, artigo 5º, LV da CF, tendo em vista que o Juízo *a quo* dispensou a realização do laudo pericial. Pede, portanto, pela reabertura da instrução processual para que seja determinada a realização de laudo pericial, de acordo com o artigo 195 da CLT.

Rejeito. Ambos os litigantes trouxeram aos autos laudos periciais. Às partes foi oportunizado prazo para manifestação acerca dos documentos trazidos pelo *ex adverso*. Foi observado o princípio da celeridade e economia processuais, visto que se trata de reclamação

que se repete. Sem mácula aos princípios e dispositivos constitucionais, bem assim, aos infraconstitucionais suscitados.

Rejeito.

MÉRITO

Da coisa julgada material e da ilegitimidade ativa *ad causam*

Infere-se dos autos que o sindicato/autor já havia intentado Reclamação Trabalhista, tombada sob o número em 01352.2005.191.06.002, que foi extinta sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, IV da Lei Adjetiva Civil, cujo trânsito em julgado ocorreu em 13/11/2008.

Daquela acórdão, fls. 1168/1178, extrai-se que foram utilizados como fundamentos, por um lado, a ausência de prova de sua regular constituição para procurar em Juízo em nome dos estivadores empregados contratados por prazo indeterminado, vez que não havia trazido à colação seu ato constitutivo, i.é., o registro de alteração do Estatuto Sindical, no sentido de abranger os estivadores empregados no Ministério do Trabalho e Emprego; de outro, foi ressaltado o julgamento do processo TRT-DC nº RT-00571-2004-000-06-00-3, julgado em 11/09/2008, envolvendo de um lado o SINDAGE e, de outro, Agemar Transportes Empreendimentos Ltda, operador portuário, exercendo a mesma atividade da TECON SUAPE, que decidiu pela legitimidade do SINDAGE para representar os trabalhadores com vínculo empregatício.

Em nova reclamatória ajuizada, em 02/07/2009, o sindicato/autor renova o pedido de pagamento de adicional de periculosidade e, alternativamente, o adicional de insalubridade.

Alega a recorrente que este Egrégio TRT 6ª Região já declarou, em decisão irrecurável, que o autor carece de legitimidade ativa, não sendo mais possível discutir, através de reclamação trabalhista, a questão ora sob enforque, mas apenas por meio de recurso próprio (ação rescisória).

Pois bem.

O artigo 301 do CPC enumera, em seu inciso VI, a existência de coisa julgada como matéria de defesa, que se reporta à reprodução de ação idêntica, anteriormente ajuizada, de que não caiba mais recurso, consoante seus parágrafos 1º e 3º.

Cabe revelar, no entanto, que a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, IV do CPC não conduz à coisa julgada material, *ex vi* do disposto no artigo 268 do CPC, *verbis*:

Art. 268. Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

Convém registrar que a ordem do dispositivo, acima transcrito, à exceção daquele que foi contemplada no inciso V, de que não cuida esta demanda, é a de que “a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação”, ou seja, a *legitimatío ad causam* não é impedimento legal à repetição da ação.

Cabe frisar que o que não é admitido é que a lide solucionada, por sentença de mérito, seja reapreciada. Assim, os artigos 467 e 467 do CPC reportam-se à coisa julgada material, ou seja, que decide o mérito da lide, senão vejamos:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Ademais, não se pode olvidar que fundamentos e motivos não fazem coisa julgada, *ex vi* do disposto no artigo 469 do CPC.

Na contramão da jurisprudência trazida na peça recursal, transcrevo aresto do Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO RESCISÓRIA. ACÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PROCESSO EXTINTO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE UMA DAS CONDIÇÕES DA ACÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. ART. 267, VI DO CPC. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO

CONHECIDO. SÚMULA 249 DO STF. Ausência de “sentença de mérito”, a formar coisa julgada material, quanto à pretensão originária do autor, de obter a procedência do pedido de prestação de contas por ele deduzido. Art. 485, caput, do CPC. Por não impugnar decisão de mérito, não cabe ação rescisória contra decisão que apenas extinguiu o processo, pela ocorrência de ilegitimidade ativa *ad causam*. Precedente: AR nº 1.056, Rel. Min. Octavio Gallotti, D.J. 25.05.2001. Questão de ordem que se resolve com o não conhecimento da presente ação rescisória, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito (art. 267, VI do CPC). (AR 1203 QO, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2003, DJ 02-05-2003 PP-00027 EMENT VOL-02108-01 PP-00093)

De toda sorte, o sindicato/autor, nesta demanda, supriu a formalidade legal exigida para sua legitimidade, no que toca a apresentação de comprovação do registro no Ministério do Trabalho e Emprego, da extensão de sua base territorial e da representação de toda a categoria de estivadores, à fl. 1404.

Considero, por corolário, o sindicato/autor parte legítima *ad causam*, para atuar em nome dos substituídos.

Banda outra, em incidente de uniformização de jurisprudência julgado pelo Pleno deste Regional, em que foi invocada a filiação ao SINDAGE – SINDICATO DOS AUXILIARES DE ADMINISTRAÇÃO DE ARMAZÉNS GERAIS DO ESTADO DE PERNAMBUCO, daqueles trabalhadores que prestavam serviços ao TECON SUAPE, foi declarado que os trabalhadores que prestam serviços à TECON SUAPE, sejam avulsos ou empregados, são portuários, sendo oportuno transcrever a certidão de julgamento da lavra daquela Secretaria, *litteris*:

RECORRENTE: Lauro César Campos

RECORRIDO: Tecon Suape S/A.

Assunto: Recurso Ordinário (Incidente de Uniformização e Jurisprudência)

Procedência: 2º Vara do Trabalho de Ipojuca/PE
Relator: Desembargador Ivanildo da Cunha
Andrade

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PROC. No. TRT - 00323 2006 192 06 00 0

Certifico que, em sessão ordinária hoje realizada, sob a presidência da Exm^a. Sr^a. Desembargadora JOSÉLIA MORAIS DA COSTA, com a presença dos Exmos Desembargadores Ivanildo da Cunha Andrade (Relator), Nelson Soares Júnior, Maria Helena Guedes Soares de Pinho Maciel, Gilvan Caldas Barreto, Maria de Lourdes A. Cabral de Melo, Zeneide Gomes da Costa, Eneida Melo Correia de Araújo, André Genn de Assunção Barros, Gisane Barbosa de Araújo, Pedro Paulo Pereira Nóbrega, Ivan de Souza Valença Alves e Valdir José Silva de Carvalho, e do Exm^o. Sr. Procurador-Chefe da Procuradoria Regional do Trabalho da Sexta Região, Dr. Aluísio Aldo da Silva Júnior, resolveu o Tribunal Pleno, pelo voto de desempate da Exma. Desembargadora Presidente, acompanhando os votos dos Exmos. Desembargadores Nelson Soares Júnior, Maria Helena Guedes Soares de Pinho Maciel, Zeneide Gomes da Costa, Eneida Melo Correia de Araújo, André Genn de Barros e Gisane Barbosa de Araújo, declarar a prevalência da tese jurídica adotada pela 2a. Turma deste Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, ou seja, os trabalhadores que prestam serviços a essa empresa, quer sejam avulsos quer sejam empregados, são portuários; contra os votos dos Exmos. Desembargadores Relator, Gilvan de Sá Barreto, Maria de Lourdes Cabral de Melo, Pedro Paulo Pereira Nóbrega, Ivan de Souza Valença Alves e Valdir José Silva de Carvalho que declaravam a legitimidade do SINDICATO DOS AUXILIARES DE ARMAZENAGENS GERAIS

NO ESTADO DE PERNAMBUCO - SINDAGE para representar os empregados dos operadores portuários, inclusive da empresa TECON SUAPE.

Os Exmos. Desembargadores presentes a esta sessão juntarão seus votos consoante o disposto no art. 478, caput, do CPC.

Ausência justificada dos Exmos. Desembargadores Virgínia Malta Canavarro, Diones Nunes Furtado e Acácio Kezen Caldeira por motivo de férias.

Impedida a Exma. Desembargadora Valéria Gondim Sampaio, nos termos do art. 128 da LOMAN c/c o art. 136 do CPC.

Certifico e dou fé.

Sala de Sessões, 05 de fevereiro de 2009.

NYÉDJA MENEZES SOARES DE AZEVÊDO
Secretária do Tribunal Pleno”

Por fim, registre-se que o capítulo da sentença que julga incidente de declaração é sempre meramente declaratório e tem por objeto relação jurídica prejudicial controvertida, o que esbarra no artigo 469, inciso III do CPC. Por outro lado, é sobretudo importante revelar que não foi ajuizada ação declaratória incidental, razão pela qual não há se falar que a preliminar anteriormente apreciada esteja acobertada pelo manto da coisa julgada.

Nego provimento ao apelo nesse particular.

Do adicional de periculosidade

Aduz o recorrente que o *expert* atuou de forma inoportuna, extemporânea e parcial nos autos da reclamação primária, razão pela qual argui a suspeição do perito, nos termos do artigo 135, incisos IV e V e artigo 138, inciso III ambos do CPC, requerendo a declaração da inidoneidade de sua conduta, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, da primazia da realidade e da isonomia. Na eventualidade, caso não acolhida a suspeição do *expert*, insurge-se contra a documentação extemporânea trazida por ele

naqueloutra demanda. Aponta que a prova testemunhal trazida aos autos ratifica os argumentos levantados pelo reclamado e contraria os fundamentos utilizados pelo *expert*. Chama atenção aos demais laudos periciais carreados e pede para que sejam considerados.

Noutro norte, não vislumbro a suspeição ventilada pelo recorrente e comungo com o entendimento exarado pelo Juízo *a quo*, pedindo *venia* para transcrever trecho do *decisum*:

Uma análise mais imparcial e menos calorosa em torno da atitude do perito, revela-nos sua intenção pura e simples de trazer aos autos elementos de prova, de forma a se atingir a verdade real, em ressonância com o mundo fático adjacente à demanda, fim precípua desta Especializada.

É de se destacar que não há preclusão para a produção de prova pelo Perito, podendo fazê-lo até o encerramento da instrução, desde que respeitado o princípio do contraditório.

Não se pode deslembrar que a função do Perito assume feição verdadeiramente investigativa, conforme lhe determina a legislação em vigor, notadamente o art. 429 do CPC, o qual dispõe:

Para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder da parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças.

Diante da lisura e da contribuição prestada pela documentação, no sentido de se aclarar os fatos, não há que se cogitar em seu desentranhamento.

(...)

Vale salientar que foram observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem assim o princípio da isonomia, uma vez que às partes foi oportunizado prazo para impugnar a documentação do *ex adverso*.

Ademais, cumpre notar que o reclamado também trouxe aos autos laudos periciais como prova emprestada.

Contudo, conforme bem examinado pelo Juízo de base, “em

que pese os diversos laudos acostados, temos que a apuração realizada no processo anteriormente ajuizado se deu com maior presteza e zelo, avaliando o Sr. Perito as diversas cargas transportadas no Porto, conforme se observa dos documentos acostados às fls. 107 e seguintes”.

No que toca à condenação, ainda em observância ao princípio da celeridade e economia processuais, transcrevo a sentença originária:

Tendo em vista a identidade de matéria apurada nos autos da RT 1352/2005-2, bem como a precisão do julgamento proferido pelo Exmo. Juiz Titular desta Vara, adota este Juízo como razões de decidir o exposto naquela sentença, que *data venia* ora transcreve:

“Muito bem, cinge-se a discórdia na existência ou não de trabalho em condições insalubres ou em área de risco, envolvendo inflamáveis e eletricidade. O ilustre expert, através de trabalho bem elaborado e ilustrado, inclusive com fotos, conclui que não havia contato com qualquer agente insalubre, nem tampouco exposição a eletricidade.

Lado outro, frisou que embora os substituídos não estivessem em contato direto com explosivos, a área de atividade pode ser considerada de risco, sublinhou a inadequação/falta de procedimentos de segurança, tais como placas, delimitação de áreas, piso especial, dentre outros.

A periculosidade restou igualmente caracterizada pelo risco à exposição de radiação ionizante, devido ao transporte e armazenamento deste tipo de material por meio dos contêineres. Sublinhou o expert que há falhas no sistema de proteção de eventual carga radioativa, ao fundamento de que a Comissão Nacional de Energia Nuclear obriga aos empregadores de trabalhadores exercentes de função com possibilidade exposição a fonte radioativa a dispor de Dosímetro para quantificar tal exposição, providência não tomada pela empresa reclamada.

Disse ainda que a movimentação de determinadas cargas, aptas a justificarem o pagamento do adicional de periculosidade era

habitual e intermitente.

Rebate a empresa reclamada as conclusões do laudo, clamando por sua inconsistência, diante de suas suposições e conjecturas hipotéticas, desprovidas de elementos concretos. Nega a existência de substância explosivas ou inflamáveis.

Registre-se que a alegação da 1ª requerida consistente na exposição eventual, não guarda ressonância com a apuração emergente da prova técnica e testemunhal, além de encontrar óbice na Súmula 361 do C. TST.

Na oportunidade de falar a despeito dos esclarecimentos periciais, a 1ª reclamada ratificou a imprestabilidade do laudo, pugnou pela sua desconsideração e acatamento do laudo ofertado por seu assistente técnico.

A tese de exposição eventual e esporádica, ventilada, inclusive, pelas testemunhas da empresa reclamada, colide com o conjunto probatório, formado pelas conclusões técnicas expostas no laudo, robustecidas pela prova documental e testemunhal, esta consistente no depoimento da testemunha do sindicato.

A própria 1ª. ré, à fl. 416, todavia, esclarece que:

“Está comprovado que a 1ª. reclamada movimenta e armazena cargas explosivas ou inflamáveis de forma esporádica em períodos pontuais.

Assim, se fosse devido o adicional (que não é, eis que a quantidade armazenada é inferior ao limite imposto pela Portaria 545 do Ministério do Trabalho e Emprego), o período deveria ser limitado aos meses em que houve armazenamento das cargas explosivas e inflamáveis.”

No cumprimento de seu mister, o i. Perito, visando maior esclarecimento em torno da natureza dos materiais movimentados nas instalações da 1ª. reclamada, apresentou farta documentação complementar, dando contornos

qualitativos e quantitativos sobre os citados materiais.

(...)

A questão da caracterização da periculosidade nas instalações da Tecon Suape S/A já foi alvo de análise por este Regional, na apreciação do processo nº 0506-2006-191-06-00-0, vejamos o teor do acórdão:

“Ademais, é grande a movimentação de cargas nos terminais da empresa-ré, em vista mesmo de ser, atualmente, o Porto de Suape a principal porta de entrada e de saída de mercadorias e insumos produzidos, ou dirigidos, à região, o que, evidentemente contraria a simples lógica de querer restringir a situações esporádicas a movimentação de cargas explosivas e ou radioativas no terminal portuário.

A despeito desses argumentos, constitui-se em dado de inafastável bom censo admitir que aquele que permanece por mais tempo exposto ao risco, maior probabilidade tem de sofrer conseqüências acidentárias. Igualmente, certo é que o trato com cargas explosivas/radioativas pode ser fatal em, até mesmo, frações de segundos, sendo essa uma das razões pelas quais a periculosidade é contemplada de modo diferente da insalubridade, pois esta sujeita o indivíduo a processo contínuo de exposição ao agente agressivo, causando dano paulatino à saúde.” (Proc. 0506-2006-191-06-00-0 – 1ª. Turma – Rel. Valéria Gondim Sampaio – Reginaldo dos Santos Araújo x Tecon Suape S/A).”

(...)

De logo, registro que não foi produzida prova testemunhal nestes autos e apesar de ser mencionada na sentença do Juízo *a quo*, mormente porque se reporta à decisão primária proferida nos autos do processo 1352-2005-191-06-00-2, é importante revelar que o convencimento daquele Juízo pautou-se na prova técnica e documental.

Outrossim, de relevo destacar que, como atividades dos

estivadores, concluiu o senhor perito à fl. 79 destes autos que:

Os Substituídos, como Estivadores, desenvolvem suas atividades laborativas em toda a extensão da área portuária, exercendo tarefas semelhantes a dos substituídos do Sindicato do Bloco, realizando suas tarefas tanto nos conveses quanto nos porões dos navios, arrumando ou retirando a carga transportada.

Pois bem. Em caso análogo, peço *venia* para adotar como razões de decidir, os fundamentos utilizados no acórdão proferido pela 3ª Turma deste Regional, voto da lavra da Desembargadora Gisane Barbosa de Araújo, nos autos do Processo nº 01353-2005-191-06-00-7, publicado em 11/12/2008, onde figuraram como partes o SINDICATO DOS TRABALHADORES EM SERVIÇOS DE BLOCO NOS PORTOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO e TECON SUAPE S/A, voltada, portanto, para aqueles que atuaram no desempenho de atividades de bloco, funções, como visto acima, similares aos substituídos nesta demanda. Sobreleve-se, ainda, a atuação do mesmo *expert*, que se utilizou do mesmo trabalho técnico e, por conseguinte, foram aventados os mesmos incidentes processuais no tocante à perícia, ao qual me reporto e, tendo em mira o princípio da celeridade e economia processuais, peço *venia* para adotar as mesmas razões de decidir, *litteris*:

(...)

Mantenho a condenação, acrescentando que o fato de o *expert* haver concluído pela inexistência de condições insalubres nos locais de trabalho freqüentados pelos empregados substituídos (fl.384), bem como que estes não exercem seus misteres em áreas integrantes do Sistema Elétrico de Potência (fl.386), não impede o reconhecimento do labor em condições perigosas, em face da exposição dos empregados da Tecon Suape S/A a explosivos, inflamáveis e radiação ionizante.

Quanto ao argumento de que o laudo pericial funda-se, exclusivamente, em suposições criadas

pela argumentação imaginativa do experto, igualmente, não procede.

Conforme se vê do laudo pericial de fls. 380/399, o expert concluiu que, de acordo com as atividades desenvolvidas, os substituídos fazem jus o adicional de periculosidade, desde que constatada a exposição a risco acentuado à integridade física, quando no exercício de suas tarefas, discriminando-as detalhadamente, destacando o fato de os contêineres transportados conterem produtos tóxicos, inflamáveis e explosivos, conforme documentos fornecidos pelo próprio recorrente, além de não observar, o recorrente-reclamado, as normas de segurança para depósitos dessas cargas (ao contrário do que alega em suas razões), porquanto inexistiam placas indicativas de perigo de explosões, piso impermeabilizado, proteção de área por pára-raios, instalações elétricas aterradas, delimitação da área de risco etc., o que leva os trabalhadores à exposição a risco acentuado, “independentemente de manusearem ou não explosivos, uma vez que os mesmos podem permanecer na área de risco, agravado pelo armazenamento inadequado” (fl.388).

Por outro lado, o fato de o perito não ter especificado quais as substâncias explosivas ou inflamáveis efetivamente transportadas e/ou armazenadas pelo demandado, tampouco a quantidade média (diária, mensal ou anual) de substâncias explosivas ou inflamáveis efetivamente transportadas e/ou armazenadas pelo recorrente, torna-se irrelevante, desde que incontroverso que havia o transporte e armazenamento desses produtos, não excluindo o risco o fato de ser tal ou qual explosivo, ou em que quantidade.

Em relação à frequência e pedido de limitação da condenação – caso prevaleça – aos meses em que houve armazenamento das referidas cargas, nada a deferir, uma vez que a exposição em área

definida como de risco, mesmo que de forma intermitente, confere ao trabalhador o direito à percepção do adicional de periculosidade de forma integral, entendimento este já sedimentado através da Súmula nº 364, I do C. TST, in verbis:

“SÚMULA Nº 364 - Adicional de periculosidade. Exposição eventual, permanente e intermitente. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 5, 258 e 280 da SDI-I) – Res. 129/2005 – DJ 20.04.05

I- Faz jus ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido. (ex-OJs nº 05 – Inserida em 14.03.1994 e nº 280 – DJ 11.08.2003).

II- A fixação do adicional de periculosidade, em percentual inferior ao legal e proporcional ao tempo de exposição ao risco, deve ser respeitada, desde que pactuada em acordos ou convenções coletivas. (ex-OJ nº 258 – Inserida em 27.09.2002).”

(...)

Mantenho a condenação, acrescentando, por fim, que este Tribunal, analisando reclamações individuais de trabalhadores que prestaram serviços à reclamada, em que foi pleiteado adicional de periculosidade, reconheceu a existência do labor em área de risco, com base em perícias técnicas realizadas, a exemplo dos seguintes processos: 00506-2006-191-06-00-0, 1ª Turma, Rel. Des. Valdir José Silva de Carvalho, DOE 30.08.07; 00505-2006-191-06-00-5, 3ª Turma, Rel. Des. Pedro Paulo Pereira Nóbrega, DOE 15.11.07; 01248-2005-191-06-00-8, 1ª Turma, Rel. Des. Ivan de Souza

Valença Alves, DOE 28.11.07.

Por fim, diante da documentação ofertada pelo senhor perito às fls. 107 e seguintes, considero irrelevante a irresignação lançada aos eventos mencionados no laudo pericial, à fl. 79, terem ocorrido em datas posteriores ao interstício focado pela demanda.

Nego provimento ao apelo.

Da prescrição

Renova o recorrente que seja pronunciada a prescrição total do direito de ação quanto aos créditos oriundos das requisições e dos engajamentos realizados no período demandado, de 17/05/2002 a 16/05/2004, com fulcro no artigo 7º inciso XXIX da CF c/c o artigo 11, inciso I da CLT. Ressalta que os trabalhadores representados pelo sindicato autor prestaram seus serviços ao recorrente na qualidade de avulsos, sob a intermediação obrigatória do Órgão Gestor de Mão-de-Obra, conforme determina a Lei nº 8.630/93. Diz que as relações de trabalho avulso também se submetem à prescrição bienal, que deveria ser contada individualmente a partir de cada engajamento do trabalhador. Transcreve arestos e cita a OJ nº 384 da SDI-1 do C. TST.

Assim, pede pela pronúncia da prescrição dos créditos porventura existentes anteriores a 29/08/2003, tendo em vista que a Reclamação Trabalhista, anterior, de número 01352.2005.191.06.002, somente foi ajuizada em 29/08/2005.

Ao exame.

Giza a OJ nº 384 da SDI-1 do C. TST, *verbis*:

**OJ-SDI1-384 TRABALHADOR AVULSO.
PRESCRIÇÃO BIENAL. TERMO INICIAL
(DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010)**

É aplicável a prescrição bienal prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição de 1988 ao trabalhador avulso, tendo como marco inicial a cessação do trabalho ultimado para cada tomador de serviço.

Com efeito, não mais havendo prestação dos serviços no período de dois anos que antecedeu a propositura da reclamatória,

deve sim ser aplicada a prescrição bienal, conforme preceitua o dispositivo supra mencionado, *data venia* de qualquer posicionamento em contrário.

Ressalte-se que o inciso XXXIV, do artigo 7º, da CF/88 prevê a “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”.

Na mesma senda, os arestos abaixo transcritos:

RECURSO DE REVISTA - TRABALHADOR AVULSO - PORTUÁRIO - PRESCRIÇÃO. O prazo prescricional a ser observado pelo trabalhador avulso é o bienal, contado da extinção de cada prestação de serviço executada junto à empresa que o contratou. O art. 7º, XXXIV, da Carta Magna atribui igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. O princípio da isonomia, calcado na igualdade substancial prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, I, defende justamente a igualdade de tratamento para situações consideradas similares no ordenamento jurídico. Assim, há de ser observada, tanto pelo trabalhador com vínculo permanente quanto pelo trabalhador avulso, a contagem da prescrição com limite constitucional de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, sendo que, na hipótese de trabalhador avulso, o contrato de trabalho deve ser considerado como aquele que decorreu da prestação dos serviços. Com isso, a partir de cada trabalho ultimado, nasce para o titular da pretensão o direito de verificar a existência de crédito trabalhista, iniciando-se a partir daí a contagem do prazo prescricional bienal. Incide a Orientação Jurisprudencial nº 384 da SBDI-1 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 114900-96.2007.5.02.0445 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 01/12/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 17/12/2010)

PRESCRIÇÃO BIENAL. TRABALHADOR AVULSO. Nos termos do entendimento sedimentado na Orientação Jurisprudencial nº 384 da SBDI-1, é aplicável a prescrição bienal prevista no artigo 7º, XXIX, da Constituição de 1988 ao trabalhador avulso, tendo como marco inicial a cessação do trabalho ultimado para cada tomador de serviço. Conhecido e provido. (...) (RR - 38100-15.2007.5.02.0255 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 01/12/2010, 5ª Turma, Data de Publicação: 10/12/2010)

Noutro norte, exsurge da causa de pedir, que o pleito do adicional de periculosidade, tem em mira o período compreendido no lapso temporal de 17/05/2002 a 17/05/2004, conforme acordo coletivo de trabalho trazido aos autos às fls. 63/72.

Assim, aplica-se ao trabalhador portuário avulso a prescrição bienal, conforme o entendimento consolidado na OJ nº 384 do TST. Por corolário, tendo em vista a data em que foi ajuizada a primeira reclamação, ou seja, 29/08/2005, considero prescrito o direito ao adicional de periculosidade em relação aos trabalhadores portuários avulsos que prestaram serviços, de forma última, à reclamada, em data anterior a 29/08/2003.

Recurso provido no particular, para aplicar a OJ nº 384 da SDI-1 do C. TST e, por corolário, considerar prescrito o direito ao adicional de periculosidade em relação aos substituídos que prestaram serviços, de forma última, à reclamada, em data anterior a 29/08/2003.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade da sentença. No mérito, dou provimento parcial ao recurso para aplicar a OJ nº 384 da SDI-1 do C. TST e, por corolário, considerar prescrito o direito ao adicional de periculosidade em relação aos trabalhadores portuários avulsos que prestaram serviços, de forma

última, à reclamada, em data anterior a 29/08/2003. Ao decréscimo, arbitro o valor de R\$ 5.000,00. Custas reduzidas em R\$ 100,00.

ACORDAM as Desembargadoras e o Juiz convocado da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade da sentença. No mérito, ainda por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso para aplicar a OJ nº 384 da SDI-1 do C. TST e, por corolário, considerar prescrito o direito ao adicional de periculosidade em relação aos trabalhadores portuários avulsos que prestaram serviços, de forma última, à reclamada, em data anterior a 29/08/2003. Ao decréscimo, arbitra-se o valor de R\$ 5.000,00. Custas reduzidas em R\$ 100,00.

Recife, 31 de março de 2011.

NISE PEDROSO LINS DE SOUSA
DESEMBARGADORA RELATORA

PROCESSO n° TRT – 0094500-81.2009.5.06.0412 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA

RELATORA:DESEMBARGADORA DIONE NUNES FURTADO DA SILVA

RECORRENTE:EVANGELISTA DA SILVA DIAS

RECORRIDA:QUEIROZ GALVÃO ALIMENTOS S/A.

ADVOGADOS:SIULLE DE SÁ ROSA DE CASTRO CUNHA E ALEXANDRE JORGE TORRES SILVA

PROCEDÊNCIA:2ª VARA DO TRABALHO DE PETROLINA/PE

EMENTA: BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-SAÚDE. ESTABILIDADE. DIREITO. INEXISTÊNCIA. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO. ARTIGO 21-A DA LEI 8.213/91. INAPLICAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA/SUBJETIVA. CULPA PRESUMIDA. AUSÊNCIAS. AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. REQUISITO. NÃO PREENCHIMENTO. SÚMULA 376, INCISO II, DO C.TST. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. A mera percepção, pelo empregado, do benefício previdenciário denominado auxílio-saúde não tem o condão de fazer nascer o direito à estabilidade prevista no artigo 118 da Lei 8.213/91, não se podendo adotar, no caso concreto, o instituto previdenciário do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP, de novel aplicação pelo INSS, e previsto no artigo 21-A, da mesma norma regente, que enquadra diretamente algumas doenças com o tipo de atividade desenvolvida pelo trabalhador, desde que prevista a enfermidade na CID – Classificação Internacional de Doenças –, e necessariamente conste a correlação na tabela prevista no Decreto n° 3.048/1999. Compulsando o “Anexo II” do regulamento citado, não se constata que a atividade desenvolvida pelo empregado (fruticultura) possa ser enquadrada automaticamente para caracterização do NTEP a fim de configurar o acidente de trabalho, seu correspondente benefício e consequente estabilidade. Tanto é assim, que a Autarquia Previdenciária, apenas, deferiu ao trabalhador a percepção do auxílio-doença (saúde), dependente de carência e previsto na primeira parte do artigo 59 c/c o inciso, I do artigo 25, da Lei 8.213/91, e não o auxílio-acidente, independente de carência, e esculpido nos artigos 19 a 21 c/c o inciso I, do artigo 26, da mesma norma previdenciária. Por outro lado, não há elementos,

nos autos, que possam levar a existência da responsabilidade objetiva, subjetiva ou mesmo a culpa presumida da empresa. Aplica-se ao caso a diretriz do inciso II, da Súmula 378, do C.TST, a impedir o deferimento da pretensão autoral, disciplinando tal verbete que “São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SB-DI-I - inserida em 20.06.2001)”. Evidencia-se, também, que, após o encerramento do período de afastamento, em 02/10/2008, quando se encerrou a percepção do benefício auxílio-saúde, o empregado ainda permaneceu laborando normalmente na empresa até 21.05.2009, o que afasta a ilação de que a dispensa possa ter tido motivações discriminatórias ou obstativa de direitos, a ensejar o dano moral pretendido, inclusive, por absoluta comprovação da tríade necessária para configuração do ilícito (FATO DANOSO – NEXO – CULPA DO AGENTE). Recurso ordinário a que se nega provimento.

Vistos etc.

Recurso ordinário apresentado por EVANGELISTA DA SILVA DIAS de decisão proferida pela MM. 2ª Vara do Trabalho de Petrolina – PE, que julgou procedente a Ação de Consignação em Pagamento e improcedente a Reconvenção, nos autos do processo em que litiga com QUEIROZ GALVÃO ALIMENTOS S/A, nos termos da sentença de fls.203/209.

O consignado/reconvinte, em suas razões recursais de fls.210/215, insurge-se contra a sentença revisanda que julgou procedente a ação de consignação em pagamento e improcedente a reconvenção, alegando, inicialmente, que o recurso ordinário possibilita que seja conhecida toda a matéria impugnada, pois devolve à instância superior o conhecimento das questões de direito e de fato, discutidas e impugnadas no Juízo a quo, reiterando os argumentos da reconvenção, requerendo que os mesmos sejam, também, considerados como razões do seu recurso, informando ser tempestivo o apelo. Prossegue aduzindo que foi demitido injustamente pela empresa reconvida e que, há alguns anos, apresenta um quadro de dermatite em virtude dos materiais químicos utilizados na atividade laborativa, se reportando aos atestados médicos juntados aos autos pelo ora reconvinte. Assevera que até o mês de dezembro de 2008 estava em auxílio previdenciário, embora a

reclamada, ao preencher a CAT, informou que o trabalhador estava apenas doente, mas não em virtude do mister laboral desenvolvido, objetivando descaracterizar o acidente de trabalho. Aduz que, após dois anos e três meses de excelentes serviços prestados, o recorrente foi acometido pela doença citada, e a recorrida resolveu repentinamente dispensá-lo. Afirma que a dispensa ocorreu de forma irregular, pois gozava à época de estabilidade provisória, na forma prevista no artigo 118, da Lei nº 8.213/91. Pugna, ainda, pelo deferimento de indenização por dano moral alegado, aduzindo que este se configurou na atitude da requerida, demitindo o recorrente, quando se encontrava acometido de doença profissional, tratando-o como se fosse mera máquina produtiva, esquecendo de sua condição de pessoa humana. Obtempera que ficou a deriva, sem norte, não podendo manter-se, abalado psicologicamente, estando enfermo. Sustenta que tem direito à indenização por todas as espécies de danos que sofreu e vem sofrendo. Por fim, pede o provimento do recurso para que seja reformada a sentença “a quo”, julgando procedente a reconvenção.

Contrarrazões da reconvida às fls.219/113.

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:

Recebo o apelo apresentado, pois preenche os pressupostos de admissibilidade.

Do benefício previdenciário percebido, da doença alegada, da estabilidade pretendida e da indenização pelo dano moral pugnado

Persegue o recorrente a reforma do comando sentencial de origem que julgou improcedente a reconvenção, através da qual buscou reverter sua demissão, que alega ter sido injusta.

Argumentou que foi dispensado de forma irregular, pois se encontrava afastado para tratamento médico, devido à doença equiparada a acidente de trabalho.

Afirma que, há alguns anos, apresentava um quadro de dermatite decorrente dos materiais químicos que manuseava em sua

atividade laborativa, reportando-se aos atestados médicos anexados ao caderno processual.

Informa que, até o mês de dezembro de 2008, estava em auxílio previdenciário, embora a reclamada, ao preencher a CAT, tenha noticiado que o empregado estava apenas doente, mas não em virtude da função por ele desenvolvida, objetivando descaracterizar o acidente de trabalho.

Pondera que, após dois anos e três meses de excelentes serviços prestados, foi acometido pela doença citada, e a recorrida resolveu dispensá-lo.

Assevera que a dispensa ocorreu de forma irregular, pois gozava de estabilidade provisória, prevista no artigo 118, da Lei nº 8.213/91.

Vejamos o que consta do arcabouço probatório.

Consta da petição inicial da Ação de Consignação em Pagamento, apresentada pela empresa QUEIROZ GALVÃO ALIMENTOS S/A (fls.03/04), que o consignado prestou seus serviços para a consignante na função de trabalhador rural, tendo sido admitido em 19.02.2007 e demitido, sem justa causa, conforme TRCT anexado.

Alegou a consignante que, quando da homologação da rescisão contratual, perante o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Petrolina, o consignado recusou-se a receber os valores referentes às verbas rescisórias, e as guias para levantar o FGTS e o Seguro Desemprego.

Aduz que, na ocasião em que tentou homologar a rescisão, apresentou a “Comunicado de Requerimento para recebimento de Auxílio-doença solicitado pelo Consignado junto ao INSS, o qual foi concedido, porém até a data de 02.10.2008, constando incapacidade laborativa (doc.anexo)” (vide fl.03).

O reconvinte, por sua vez (fl.32/39), alegou que sua demissão foi irregular, vez que contraiu doença, em face de sua atividade laboral, tendo, inclusive, ficado afastado do serviço, no gozo de benefício previdenciário, o qual, em virtude de equívoco no preenchimento da CAT, acabou sendo deferido na modalidade de auxílio-saúde (fl.96). Colacionou os documentos (fls.06/18), as fotos de fl.77 e receituários (fls.45/64), tentando demonstrar que adquiriu doença que se equipara a acidente do trabalho, em virtude da sua função,pretendendo a devida reparação indenizatória.

Entrementes, apesar das alegações e documentos mencionados poderem, à primeira vista, nos sensibilizar, a questão do ponto de vista legal e de aplicação do direito, não assiste razão ao

recorrente.

O quadro fático delineado leva à necessidade de averiguação sobre as reais atribuições do reconvinte e sua correlação direta com a enfermidade alegada, a fim de que se possa concluir se a doença de que foi acometido o trabalhador ensejou a percepção do benefício auxílio-doença acidentário (artigo 86, da Lei 8.213/91), ou o benefício auxílio-saúde, concedido pelo INSS (artigo 59, da mesma norma), vez que este último não confere direito à estabilidade pretendida, como também à indenização pelo dano moral vindicada.

Consta do caderno processual, os elementos que informam adequadamente a tais abordagens, que são, os expedientes emitidos pela Autarquia Previdenciária (fls.96/98), e o laudo pericial elaborado pelo expert nomeado pelo Juízo (vide ata fl.148), o qual elucidou em seu minucioso trabalho científico, às fls.164/171, que, textual:

“(…)

2 – HISTÓRICO

O Periciando compareceu ao exame pericial acompanhado pela esposa, Sra.Edilene Eli de Lima, que presta as informações, afirmando ser o mesmo surdo-mudo desde o nascimento.

Informa que ele trabalhava na cultura da manga realizando atividades múltiplas, na empresa consignada, e que em novembro de 2007 apareceram lesões bolhosas em membros inferiores, sendo a primeira lesão no pé direito, inicialmente com conteúdo transparente e com mau cheiro, que evoluíam para conteúdo purulento, rompendo e deixando no local ferida que secretava líquido hemato-purulento, e demorava cerca de 30 dias até a cicatrização.

Relata que ao aparecerem as lesões era afastado da atividade laborativa, retornando após a cicatrização das lesões. Informa que essas lesões reapareciam, e que assim permaneceu até o ano de 2008, em mês que não consegue recordar.

3 – EXAME CLÍNICO

(...)

Ao exame dos membros inferiores visualizamos tênues alterações de coloração mais clara que tecidos circunjacentes, localizadas em segmentos distais de ambos os membros inferiores. Observamos ressecamento epidérmico em áreas infra-patelares.

Membros inferiores e outros segmentos corporais com musculatura trófica e simétrica, sem limitações funcionais. Ausência de evidências inflamatórias (flogose) em qualquer segmento corporal.

(...)

4 – EXAMES E DOCUMENTOS MÉDICOS RELEVANTES

Atestado periódico datada de 03/07/2008 – Apto.

PCMSO – 18/06/2008 – Risco Ergonômico.

Atestado de Saúde Ocupacional – ASO – Admissional em 15/02/2007, anotando condição de “Surdo-Mudo”, considerando o empregado “APTO”

Atestado de Saúde Ocupacional – ASO – Periódico em 12/03/2007, anotando condição de “Surdo-Mudo”, considerando o empregado “APTO”.

Idem em 23/04/2008, em 20/05/2008, de retorno ao trabalho em 25/06/2008.

Fotografias sem datas, onde se observa membros inferiores sem identificação facial, onde visualizamos lesões dermatológicas em membros inferiores, em variados estágios evolutivos, com áreas em estágio cicatricial e outras com formações crostosas.

(...)

5 – CONSIDERAÇÕES CONCLUSÕES

O Examinado no momento da avaliação pericial não apresentava evidências de atual acometimento cutâneo, nem indícios de ocorrência destes em período recente. Nossas conclusões baseiam-se no relato e definição diagnóstica firmada pelos profissionais médicos especializados em dermatologia, conforme documentos médicos acostados aos autos.

(...)

6 – RESPOSTAS AOS QUESITOS

(...)

R – Como já assinalamos na discussão, a dermatite atópica é uma condição de fundo genético, com determinantes ambientais de exposição e formação de reação exacerbada à exposição a determinados agentes ou associações destes. Não é possível a determinação de nexos causal de certeza entre a atividade desenvolvida pelo Examinado e manifestações verificadas à época por profissionais médicos dermatologistas que definiram o diagnóstico de dermatite atópica. (sublinhei)

(...)” (sublinhei)

Como visto o laudo pericial foi conclusivo no sentido de que não se podia afirmar da existência de nexos causal entre a atividade desenvolvida pelo reclamante (fruticultura) e a doença (dermatite) por ele contraída.

Nesse diapasão, bem decidiu a juíza sentenciante ao fundamentar, *ipsis litteris*:

“(...)”

O perito verificou que o reclamante apresentou Dermatite Atópica ou ACZEMA que trata-se de patologia associada à doenças alérgicas e que o ato de coçar áreas pruriginosas pode promover a lesão da epiderme ocasionando infecções secundárias. A pele atópica pode ser ressecada o que pó si só pode ocasionar o prurido e descamação. Como cuidados em épocas de surto, é aconselhável evitar o uso de sabonetes muito alcalinos, buchas ou outros agentes abrasivos e o uso de hidratantes, além dos cuidados gerais de higiene corporal.

Entende o perito que as lesões podem ser acarretadas por questões que não tem relação com as atividades desempenhadas no trabalho, a exemplo de questões emocionais. Indicou que o periciado relatou atividades em vários postos de trabalho, mas não mencionou o manuseio de agrotóxicos e que, se houve contato com agrotóxicos, foi de forma intermitente ou ocasional.

Diante do excelente trabalho do perito, resta homologada a prova pericial produzida, em todos os seus termos, sendo por demais esclarecedora para a formação do convencimento e deslinde da presente demanda.

Assim, da leitura do laudo, resta evidenciado ao Juízo que não existe um nexo de causalidade entre a moléstia apresentada pelo reconvinte (dermatite) com o desempenho de atividade laborativa, e, por conseguinte, não existe a estabilidade perseguida, restando apto o reclamante, para o desempenho das atividades profissionais.

Diante do exposto, não existindo qualquer empecilho para o desligamento do reclamante, resta procedente a AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO, restando consignado o saldo de salário, aviso prévio; 13º salário proporcional e férias proporcionais) conforme TRCT de folhas 07) sendo determinado o pagamento do valor depositado como também, autorizada a liberação das guias para que o reclamante seja habilitado ao

seguro desemprego e também, promova o saque dos valores depositados na conta vinculada do FGTS.

(...)” (grifo nosso)

Acrescente-se, ainda, que não se pode adotar, no caso concreto, o instituto previdenciário do nexu técnico epidemiológico, de novel aplicação, em determinadas situações, pelo INSS, e previsto no artigo 21-A, da Lei 8.213/91, a enquadrar diretamente algumas doenças com o tipo de atividade desenvolvida pelo empregado, desde que prevista a enfermidade na CID – Classificação Internacional de Doenças – CID, e necessariamente conste a correlação na tabela da norma regulamentar, qual seja, o Decreto nº 3.048/1999, alterado, nesta parte, pelo Decreto nº 6.042/2007.

A respeito do Nexu Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP, nos ensina IVAN KERTZMAN (Auditor Fiscal da Receita Federal), em seu livro Curso Prático de Direito Previdenciário, Editora Jus Podivm, páginas 374/375, textual:

“A Medida Provisória 316, convertida na Lei 11.430, de 26/12/2006, acrescentou o artigo 21-A, à Lei 8.213/91, com a seguinte redação: “Presume-se caracterizada incapacidade acidentária quando estabelecido o nexu técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, em conformidade com o que dispuser o regulamento”.

Desta forma, com o nexu técnico epidemiológico previdenciário (NTEP) previsto em regulamento, o Médico da Previdência Social verificará a relação da doença do segurado com a atividade desenvolvida na empresa, a partir de decreto elaborado com esta finalidade, e presumirá, caso seja detectado nexu causal, que a doença foi decorrente do acidente de trabalho.

O Decreto 6.042/99 regulamentou o NTEP, inserindo os parágrafos 3º a 13º, no artigo 337, do Regulamento da Previdência Social – RPS,

aprovado pelo Decreto 3.048/99. Assim, considera-se estabelecido o nexó entre o trabalho e o agravo quando se verificar nexó técnico epidemiológico entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na Classificação Internacional de Doenças, em conformidade com o disposto na Lista B do Anexo II, do RPS.

A mencionada lista B traz os fatores de risco de natureza ocupacional que podem ser preponderantes para a ocorrência de cada doença específica.”

Não é o caso dos autos.

Compulsando o “Anexo II” do Regulamento mencionado, não constatei que a atividade (fruticultura), desenvolvida pelo reconvinte (empregado), pudesse ser enquadrada automaticamente para caracterização do nexó técnico epidemiológico a fim de configurar o acidente de trabalho, e seu correspondente benefício e estabilidade insculpida no artigo 118, da Lei 8.213/91.

Tanto é assim, que a Autarquia Previdenciária (fls.96/98), apenas, deferiu ao trabalhador a percepção do auxílio-doença (saúde), dependente de carência e previsto na primeira parte do artigo 59, c/c o inciso I, do artigo 25, da Lei 8.213/91, e não o auxílio-acidente, que independe de carência, e está esculpido nos artigos 19 a 21, c/c o inciso I, do artigo 26, da mesma norma previdenciária.

Observa-se também, da análise do “Anexo V”, do citado Decreto 6.042/2007, que o cultivo da manga (atividade desenvolvida pelo recorrente, conforme informado no laudo pericial, à fl.165), tem grau de risco mínimo (1%), para fins de incidência e caracterização de eventual acidente do trabalho.

Por outro lado, não há elementos, nos autos, que possam indicar a existência de responsabilidade subjetiva (não houve culpa ou dolo da empresa na doença contraída), ou objetiva (a atividade laboral, por si só, não era de risco diferenciado do ordinário), não se podendo afirmar que houve a chamada culpa presumida da empresa.

Aplica-se ao caso, assim, a diretriz do inciso II, da Súmula 378, do C.TST, a impedir o deferimento da pretensão autoral, prescrevendo mencionado verbete que:

“São pressupostos para a concessão da

estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SB-DI-1 - inserida em 20.06.2001)” (negritei)

Ressalto, porque de bom alvitre que, após o término do período de afastamento, em 02/10/2008 (vide fl.17 – Vol.I), quando se encerrou a percepção do benefício auxílio-saúde, o empregado ainda permaneceu trabalhando normalmente na empresa até 21.05.2009 (vide TRTC de fl.06), o que, a meu ver, afasta a ilação de que a dispensa possa ter tido motivações discriminatórias ou obstativa de direitos, a ensejar o dano moral pretendido, inclusive, por absoluta comprovação da tríade necessária para configuração do ilícito (FATO DANOSO – NEXO – CULPA DO AGENTE).

Destarte, com estes fundamentos, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença vergastada que analisou a questão posta com acerto e acuidade.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário, nos termos da fundamentação supra.

ACORDAM os Componentes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos da fundamentação.

Recife, 16 de fevereiro de 2011.

DIONE NUNES FURTADO DA SILVA
DESEMBARGADORA FEDERAL DO TRABALHO

PROCESSO Nº TRT - 0162000-88.2009.5.06.0017

ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA TURMA

RELATORA: DESEMBARGADORA ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO

RECORRENTES: COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO-CHESF E MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

RECORRIDOS: OS MESMOS

ADVOGADO: ROBERTO MÚCIO BEZERRA DEAGUIAR E OUTRO (02)

FÁBIO ANDRÉ DE FARIAS

PROCEDÊNCIA: 17ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE – PE

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSERÇÃO DE DEFICIENTES EM QUADRO FUNCIONAL SUPLEMENTAR, DECORRENTE DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. As cotas referentes à disciplina da reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, restaram estabelecidas na Lei nº 8.213/91, aplicando-se à CHESF o percentual de 5% previsto no art. 93, IV desta norma.

Vistos etc.

Recorrem ordinariamente COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO-CHESF e MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, de Decisão proferida pelo MM. Juízo da 17ª Vara do Trabalho de Recife-PE, que julgou procedente a Ação Civil Pública ajuizada pelo MPT, nos termos da fundamentação de fls. 547/554.

Embargos de Declaração opostos às fls. 555/558 e acolhidos em parte, nos termos da Decisão de fl. 565/567. Novos Embargos Declaratórios manejados às fls. 572/575, porém rejeitados, conforme Decisão de fls. 577/578.

RECURSO DA CHESF

Razões do recurso às fls. 586/595. Insurge-se a Recorrente contra o deferimento da obrigação de fazer, qual seja, inserção de deficientes em quadro de inscrição suplementar,

reservando-lhes vagas necessárias ao preenchimento da cota legal de 5% sobre o total dos empregados (excluídos os cargos de aptidão plena), mediante a convocação dos aprovados no último concurso público. Discorre sobre o pedido formulado pelo MPT. Resume sua defesa. Pontua os argumentos da sentença. Irresigna-se quanto à constituição de um quadro funcional suplementar para inserção de PNE (portadores de necessidades especiais). Afirma que não pode formar quadro extravagante porque sujeita ao regime jurídico-administrativo, e que seu quadro funcional é fruto de rigoroso estudo aprovado pelo DEST por meio da Portaria N. 1.139/01. Requer o provimento do recurso para ver julgada improcedente a Ação Civil Pública.

RECURSO ADESIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Razões do recurso do MPT às fls. 609/622. Tece considerações sobre as razões do recurso da CHESF. Discorre sobre os fatos da Ação. Cita a importância das políticas inclusivas de pessoas com deficiência. Relata estudos sobre o tema. Invoca os dispositivos legais: art. 37 da CF; lei n. 7.853/89; Decreto 3298/99. Sustenta que não merecem ser excluídos do percentual legal os cargos de aptidão plena. Diz que os critérios da legislação não autorizam diminuições do quantitativo geral de beneficiários e sim, em caso de conflito, uma majoração. Ao final, requer que seja determinado à CHESF convocar os portadores de deficiência aprovados no concurso público vigente até alcançar o percentual mínimo de 5%, incluídos os cargos de aptidão plena, sob pena de multa diária; ou, alternativamente, ampliar para 20% o percentual desses portadores a serem chamados, também sob pena de multa diária.

Contrarrazões apresentadas por Autor e Ré, às fls. 624/632 e 636/642, respectivamente.

A Procuradoria Regional do Trabalho, por intermédio do Dr. Morse Lyra Neto, proferiu parecer à fl. 645.

É o relatório.

VOTO:**ADMISSIBILIDADE**

Em análise aos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, observo que ambos os recursos são tempestivos. A representação se encontra regularmente formalizada, conforme instrumento de mandato de fls. 330/331. Preparo regular às fls. 596/597 dos autos.

Do mesmo modo, tempestivas ambas as Contrarrazões, regularmente subscritas.

Preliminarmente

Não conhecimento do Recurso Ordinário da CHESF. Preliminar suscitada em sede de Contrarrazões pelo MPT. Preclusão lógica

O Ministério Público do Trabalho, nas Contrarrazões ao Recurso Ordinário interposto pela CHESF, argui preliminar de não conhecimento do referido recurso em face da preclusão lógica operada. Indica a incompatibilidade entre os argumentos lançados nos Embargos Declaratórios e no Recurso Ordinário. Salienta que a CHESF afirmou que cumpriria a decisão ora apelada, remanescendo apenas a irresignação quanto ao critério de exclusão ou não dos cargos de aptidão plena. Colaciona jurisprudência.

Não comungo do entendimento esposado pelo Recorrido, no particular.

Os textos extraídos dos recursos de Embargos de Declaração apresentados pela Reclamada não traduzem intenção de não oferecer novo Recurso, desta feita à instância de segundo grau sobre as matérias em que sucumbiu.

Nem mesmo a expressão utilizada pela Embargante no sentido de que pretendia cumprir fielmente a decisão da Vara nos autorizar a concluir como entendeu o nobre “parquet”. Tal sucede porque se observa nítido objetivo de obter esclarecimento da decisão embargada, aludindo a que a tinha o intuito de cumpri-la mas precisava afastar as incertezas jurídicas.

De acordo com Misael Montenegro Filho preclusão lógica é “a perda do direito de praticar o ato em face de uma manifestação anterior que seja incompatível com o comportamento processual depois assumido.” (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, Editora Atlas, 6ª ed., p. 84)

No Código de Processo Civil, vislumbra-se a perda do direito de recorrer, nos moldes do disposto no art. 503, *in verbis*:

“Art. 503. A parte, que aceitar expressa ou tacitamente a sentença ou a decisão, não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem reserva alguma, de um ato incompatível com a vontade de recorrer.”
(Grifamos)

No caso presente, não se tem como ato incompatível ao direito de recorrer a interposição de Embargos Declaratórios, visando esclarecer contradição observada no *decisum*. Registre-se que os primeiros Embargos opostos pela Ré foram, inclusive, conhecidos e providos pelo Juízo de primeiro grau (fls. 565/567).

Contrariu sensu, o ato da Parte em opor Embargos de Declaração situa-se, justamente, na reserva quanto a não se deixar operar o instituto da preclusão, em relação aos pontos omissos, obscuros ou contraditórios de uma decisão.

Sobre o tema, destaco o seguinte aresto:

“Não há falar em aceitação tácita do decisório, quando a parte praticar o ato sob protesto ou reserva. Recurso especial conhecido e Provido.”
(REsp 76903-SP, 4ª Turma do STJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 3.6.1997, DJ 18.8.1997).

Importa realçar que a figura da preclusão lógica está inserida na seara processual, de sorte que a suposta “incompatibilidade entre os argumentos lançados nos Embargos Declaratórios e no Recurso Ordinário”, como aduzido pelo Recorrido, não configura a aludida preclusão.

Dessa forma, considerando que a preclusão lógica invocada pelo Ministério Público do Trabalho não se aplica ao caso concreto - os atos processuais praticados pela Ré, posteriormente à sentença, não foram contraditórios à interposição do seu Recurso Ordinário - não há como se deferir a pretensão.

Rejeito a preliminar, e conheço do Apelo.

No Mérito

Obrigação de fazer. Inserção de deficientes em quadro

funcional suplementar.

1. Improcedência (Recurso da CHESF)

2. Majoração. Inclusão dos cargos de aptidão plena no percentual de 5% sobre o total dos empregados. (Recurso Adesivo do MPT)

Análise, conjuntamente, as razões dos Recorrentes, ambas relativas à procedência da obrigação de fazer postulada na Ação Civil Pública, em face da identidade de matéria.

A CHESF insurge-se contra o deferimento da obrigação de fazer - inserção de deficientes em quadro de inscrição suplementar, reservando-lhes vagas necessárias ao preenchimento da cota legal de 5% sobre o total dos empregados (excluídos os cargos de aptidão plena), mediante a convocação dos aprovados no último concurso público. Sustenta a impossibilidade de constituição de um quadro suplementar para inserção de PNE (portadores de necessidades especiais), nos moldes deferidos. Afirma que não pode formar quadro extravagante porque sujeita ao regime jurídico-administrativo, e que seu quadro funcional é fruto de rigoroso estudo aprovado pelo DEST por meio da Portaria N. 1.139/01. Requer a improcedência.

Recorre adesivamente o MPT. Inicia suas razões citando a importância das políticas inclusivas de pessoas com deficiência. Relata estudos sobre o tema e invoca os dispositivos legais: art. 37 da CF; lei n. 7.853/89; Decreto 3298/99. Aduz que não devem ser excluídos da porcentagem legal deferida os cargos de aptidão plena. Diz que os critérios legais não autorizam diminuições do quantitativo geral de beneficiários e sim, em caso de conflito, uma majoração. Ao final, requer que seja determinado à CHESF convocar os portadores de deficiência aprovados no concurso público vigente até alcançar o percentual mínimo de 5%, sob pena de multa diária; ou, alternativamente, ampliar para 20% o percentual desses portadores a serem chamados, também sob pena de multa diária.

A Vara do Trabalho de origem deferiu a pretensão do Ministério Público, observado o julgamento dos Embargos de Declaração (fls.565/567), nos seguintes termos:

“Da questão relacionada à inclusão social.

A Constituição Federal institui o Estado democrático de direito, tendo como objetivo a construção de uma sociedade justa, pluralista e solidária, tendo como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, visando à garantia do desenvolvimento, da erradicação da pobreza, buscando o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigos 1º, e 3º, 5º, da Constituição).

Esses direitos e garantias somente se concretizam com a adoção da política de inclusão, visando minimizar ou mesmo afastar as desigualdades, proporcionando às pessoas com limitações de saúde e com necessidades especiais, oportunidade de trabalho, fator importante de integração e de realização pessoal.

No caso da administração pública brasileira, a política inclusiva é ditada pela Constituição Federal, no seu art. 37:

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 e, também, ao seguinte:...

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão: “

A Lei nº.7.853/89 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiências e sua integração social, estabelecendo normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e sua efetiva integração social, nos termos inseridos no seu contexto.

O Art. 2º, da Lei nº.7.853/89, reza: “Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício dos seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e a maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico....

II – na área de formação profissional e do trabalho;

a) Apoio governamental à formação profissional e a garantia de acesso aos serviços concernentes, inclusive aos cursos regulares voltados à formação profissional;

b) O empenho do Poder Público quanto ao surgimento e à manutenção de empregos, inclusive de tempo parcial, destinados às pessoas portadoras de deficiência que não tenham acesso aos empregos comuns;

c) Promoção de ações eficazes que propiciem a inserção, nos setores público e privado, de pessoas portadoras de deficiência;

d) A adoção de legislação específica que discipline a reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, nas entidades da Administração Pública e do setor privado, e que regulamente a organização de oficinas e congêneres integradas ao mercado de trabalho, e a situação, nelas, das pessoas portadoras de deficiência.

A Lei nº.8.213/91 que regulamenta os benefícios da previdência social cuida da política de inserção social, dispondo no art. 93 que, as empresas ficam obrigadas a preencher parte dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados, 2%;

II - de 201 a 500, 3% ; de 501 a 1.000, 4%; e de 1.001 em diante, 5%.

O Decreto da Presidência da República, de No. 3298/99, ao qual a CHESF submetete-se, como empresa integrante da administração pública, estabelece as diretrizes para a implantação da apolítica de inclusão, estabelecendo os critérios e as proporções dos cargos para os beneficiários da previdência social reabilitados. Disciplina sobre a dispensa do empregado em condição especial; estabelece a sistemática de fiscalização e controle das empresas, atribuindo ao Ministério do Trabalho e Emprego a competência para a fiscalização; assegura, no art.37, o direito a inscrição em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador. Concorrendo a todas as vagas, reservado o percentual mínimo de 5 % , em face da classificação obtida elevado ao número subsequente, em caso de fração.

Trata-se, portanto, de uma política pública, Governamental, em observância aos ditames da Constituição Federal, obrigando a todas as empresas instaladas no território nacional, que atuam no mercado econômico, às quais o Estado atribui, paralelamente, a responsabilidade social.

Há denúncia nos autos de que a CHESF não vem cumprindo a determinação legal, na medida em que fixou o percentual de 5 % de reserva de vagas para os portadores de deficiência. Acusa o Ministério Público que as vagas reservadas, no último concurso público, realizado em 2007, com prazo ainda vigente, até 2011, são insuficientes para abranger o quantitativo de pessoas deficientes na empresa, considerando o quadro geral de empregados. A proporcionalidade das vagas destinadas às pessoas com necessidades especiais seria de no mínimo 20 %,

considerando o contingente de funcionários da CHESF, no total de R\$ 5.661 empregados, conforme a informação da inicial.

Em sua defesa, a reclamada contesta a pretensão de alteração do Edital do concurso público, no que diz respeito ao percentual destinado às vagas dos deficientes, ao fundamento de que esse procedimento iria de encontro à segurança jurídica, da qual se revestem os atos administrativos bem como afrontaria a proteção ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, da CF), em face de mudanças da legislação, invocando o conceito de justiça, defendendo a boa-fé da administração pública, dizendo, enfim, que as regras disciplinadoras do concurso público não podem ser modificadas por ato unilateral da administração pública.

Sustenta a defesa que, no edital do concurso a CHESF estabeleceu o percentual de 5 % sobre a totalidade das vagas abertas, não excluindo as vagas de aptidão plena, conforme prevê o Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Cita exemplos de outras empresas que assim procederam, argumentando que a interpretação do Ministério Público, no tocante a totalização das cotas, está equivocada, afirmando que o seu planejamento efetua a interpretação mais benéfica da lei, no sentido de integralizar o maior número possível de deficientes dentro dos seus quadros. Requer que o juízo reconheça como cargos de aptidão plena, todos aqueles que percebem periculosidade e insalubridade dentro da empresa, para eventual dedução da multa e da indenização por dano moral coletivo.

Assiste razão à reclamada no tocante à impossibilidade de alteração das regras do concurso público, ditadas em Edital publicado antecipadamente à realização do certame, sob pena de violar o direito adquirido nas condições das vagas aprovadas (em cadastro de reserva),

embora não lhes sendo garantidas a nomeação imediata. .

Entretanto, comprovada a não adequação dos critérios adotados pela empresa no Edital do concurso público, realizado em abril de 2007, aos ditames legais, no tocante a proporcionalidade das vagas destinadas aos portadores de necessidades especiais (5 % do total de vagas), quando o correto seria o mínimo de 5 % do total de cargos existentes na empresa), deve a reclamada assumir a responsabilidade dos seus atos, que geraram prejuízo a terceiros (Art.37, § 6º, da Constituição Federal).

Diante do exposto, com respaldo na Constituição Federal e nos artigos 186 e 927 do Código Civil, determina-se a implantação na empresa de quadro suplementar de pessoal para abranger as pessoas portadoras de deficiência, aprovadas no último concurso público, observada a ordem de classificação até o limite 20 % do total de cargos existentes na empresa, sem prejuízo das vagas asseguradas aos candidatos aprovados, pela ordem de classificação da listagem geral, observando-se o critério da proporcionalidade, quando das convocações, no prazo de vigência do último concurso público realizado em abril de 2007 e de conformidade com o interesse público.

O não cumprimento da obrigação de fazer, pela reclamada, resultará aplicação da multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por dia de descumprimento, conforme o pedido (art.461 do CPC, c/c art.769 da CLT).”

Complemento da decisão:

“Face ao exposto e considerando-se o mais que dos autos consta, decido ACOLHER OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para sanar as contradições e omissões da sentença, para

imprimindo efeito modificativo do julgamento, conforme preconiza a Súmula 278 do C.TST, julgar procedente a Ação Civil Pública, condenando a CHESF-COMPANHIA HIDRO-ELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO ao cumprimento da obrigação de fazer, qual seja, promover meios de inserção de deficientes em quadro funcional suplementar, reservando-lhe vagas necessárias ao preenchimento das cotas determinadas em lei, 5% sobre o total de empregados existentes na empresa, excluídos os cargos de aptidão plena, convocando, a critério da empresa, os candidatos aprovados no concurso público realizado em abril de 2007 (último concurso público), com validade até abril de 2011, seguindo a ordem de classificação, até atingir o limite de 5 % dos empregados existentes na empresa, sem prejuízo das vagas para o quadro permanente, na forma do Edital do concurso, conforme os fundamentos supra.”

Comungo do entendimento perfilhado pelo Juízo de primeiro grau.

No Brasil, os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo eles dotados da natureza de direitos humanos, na medida em que a Constituição de 1988 encontra-se fundamentada na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa (art. 1º, II, III e IV).

A Constituição da República segue o caminho iniciado no México, com a Constituição de 1917 e na Alemanha, com a Constituição de Weimar, de 1919. Esses textos fundamentais consagram os direitos de segunda e terceira gerações e permitem uma reformulação de matérias da maior significação dentro da Teoria Geral do Direito.

Por sua vez, a Carta Republicana de 1988 também assevera como seus objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, além de externar a proposição no sentido de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

outras formas de discriminação (art. 3º, I, III e IV).

Especificamente, dispôs a Constituição Federal sobre a inclusão dos deficientes físicos no mercado de trabalho, assegurando percentual de cargos e empregos públicos, conforme diretriz inserida no art. 37, VIII.

À vista da previsão constitucional acima descrita, foi promulgada a Lei nº. 7.853/89, que prevê a inclusão de pessoas portadoras de necessidades nos direitos à educação, à saúde, ao lazer, à previdência social e também ao trabalho, dentre outros que garantem a todos os cidadãos, a observância dos princípios fundamentais consagrados na Carta Magna.

As cotas referentes à disciplina da reserva de mercado de trabalho, em favor das pessoas portadoras de deficiência, restaram estabelecidas na Lei nº 8.213/91, extraindo-se do art. 93, IV a aplicação à CHESF do percentual de 5% do total de seus cargos.

Por sua vez, dois decretos – ora revogados -, dedicaram uma seção disciplinando a matéria. O Decreto nº. 2.172/97, que aprovou o Regulamento de Benefícios da Previdência Social, continha uma Seção, cuidando da Habilitação e Reabilitação Profissional. No art. 201, § 2º afirmava a necessidade de fiscalização, avaliação e controle das empresas quanto à observância da proporcionalidade dos cargos preenchidos por pessoas portadoras de deficiência, reabilitados e habilitados na totalidade dos empregados. A norma seguinte - o Decreto n. 3.048/99 - manteve as regras antes estabelecidas pelo decreto revogado, no art. 141, § 2º. Finalmente, o Decreto nº. 3.298/99 manteve a fiscalização e o controle no que se refere a essa questão dos portadores de necessidades especiais.

Incontroverso nos autos que a CHESF ainda não adequou o seu quadro funcional ao determinado na legislação, quanto à inclusão das pessoas portadores de necessidades especiais. A Reclamada reconhece esta lastimável situação em todos os momentos em que se pronunciou.

Como bem argumentado pelo MPT nas suas razões de recurso, as leis em questão remontam há mais de duas décadas, de modo que não se vislumbra qualquer intenção da Empresa integrante da Administração Pública no cumprimento das normas, de forma espontânea.

Por outro lado, quanto ao aspecto lançado pelo Ministério Público do Trabalho, alusivo a excluir da porcentagem legal os cargos

de aptidão plena, a Parte admite (fls. 563/564) que estudos serão procedidos, inclusive pelo MPT, para definição dos cargos específicos de aptidão plena, a fim de excluir esse quantitativo da cota legal. E, efetivamente, esta é a medida mais lógica e consentânea com os objetivos perseguidos pela Procuradoria, na busca de aplicarem-se as disposições constitucionais e legais.

Destaco que na Decisão dos segundos Embargos Declaratórios acha-se expresso que a “definição do quantitativo de cargos que exijam aptidão plena, diz respeito à fase de cumprimento da obrigação de fazer determinada na sentença e que poderá ser apreciada no decorrer da execução.”

De tal forma, não se afigura viável a determinação do preenchimento da cota de portadores de necessidades especiais pela CHESF, calculando-se o percentual de 5% também sobre cargos que exigem condições de aptidão plena para o seu exercício, sob pena de uma real impossibilidade, ou necessária exclusão, na realização das tarefas atinentes a tais funções.

É importante destacar que os limites objetivos traçados pela nobre Juíza de primeira instância buscam preservar a integridade física e psicológica dos portadores de necessidades especiais. Tal sucede porque a Reclamada – reconhecidamente – tem como uma de suas atividades a construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica. Inúmeras atividades decorrentes do desempenho de funções vinculadas à energia elétrica são cobertas pelo adicional de periculosidade, circunstância que não se traduz na inexistência da condição de perigo ao trabalhador. A necessidade de plena aptidão parece ser indispensável não somente para a proteção do trabalhador, da comunidade de trabalho como para a segurança do meio-ambiente de trabalho.

No tocante ao pedido alternativo do MPT para alteração do item 4.1 do Edital - visando ampliar o percentual de pessoas portadoras de necessidades especiais à razão de 20% - importa destacar que encontra óbice na impossibilidade de alteração das regras do concurso público já realizado há muito. Haveria violação à segurança jurídica e ao direito adquirido daqueles que participaram do certame de acordo com as regras fixadas no edital, consoante os fundamentos esposados na sentença, sobre os quais não se insurgiu a Parte Recorrente.

Ademais, a Reclamada não estava obrigada a observar o

percentual de 20% a que alude o Reclamante, ao estabelecer as normas do edital do concurso público que realizou há mais de três anos. É que a Lei nº 8.112/90 é destinada ao serviço público em sentido estrito, ou seja, à Administração Direta, Autarquias e Fundações públicas federais. Essa norma jurídica não obriga a Reclamada, órgão integrante da administração pública indireta.

Finalmente, entendo cabível o cumprimento imediato da Decisão, em face da natureza do bem tutelado e da premência na entrega da prestação jurisdicional, fixando a data de 31 de março de 2011 para início do cumprimento da obrigação de fazer. O não cumprimento imediato de tal obrigação de fazer autoriza a aplicação da multa, nos moldes arbitrados pelo Julgador de primeiro grau, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme o pedido (art.461 do CPC, c/c art.769 da CLT).

Correta, pois, a decisão de primeiro grau que determinou à CHESF *promover meios de inserção de deficientes em quadro funcional suplementar, reservando-lhe vagas necessárias ao preenchimento das cotas determinadas em lei, 5% sobre o total de empregados existentes na empresa, excluídos os cargos de aptidão plena, convocando, a critério da empresa, os candidatos aprovados no concurso público realizado em abril de 2007 (último concurso público), com validade até abril de 2011, seguindo a ordem de classificação, até atingir o limite de 5 % dos empregados existentes na empresa, sem prejuízo das vagas para o quadro permanente, na forma do Edital do concurso.*

Nego provimento a ambos os Recursos Ordinários.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, rejeito a preliminar de não conhecimento do Apelo por incidência de preclusão lógica suscitada nas Contrarrazões do MPT, e no mérito, nego provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada e ao Recurso Adesivo do Ministério Público do Trabalho, determinando o cumprimento imediato da Decisão, com início a partir de 31 de março de 2011, sob pena de multa diária por descumprimento da obrigação de fazer, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

ACORDAM os Membros integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, em tudo mantida a

unanimidade, rejeitar a preliminar de não conhecimento do Apelo por incidência de preclusão lógica, suscitada nas Contrarrazões do MPT, e no mérito, negar provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada e ao Recurso Adesivo do Ministério Público do Trabalho, determinando-se o cumprimento imediato da Decisão, com início a partir de 31 de março de 2011, sob pena de multa diária por descumprimento da obrigação de fazer, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Recife, 30 de março de 2011.

ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO
DESEMBARGADORA RELATORA

PROCESSO n° TRT – 0000806-98.2010.5.06.0161 (RO)

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA

RELATORA: DESEMBARGADORA VALÉRIA GONDIM SAMPAIO
RECORRENTE: JÚLIO ANTÔNIO MARIANO BARBOSA
RECORRIDO : USINA SÃO JOSÉ
ADVOGADOS: FÁBIO JOSÉ CAMPOS MONTEIRO E ARMANDO
JOSÉ PEREIRA DE BARROS JÚNIOR
PROCEDÊNCIA:VARA DO TRABALHO DE SÃO LOURENÇO (PE)

EMENTA: DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO - RECURSO ORDINÁRIO - INTERVALO INTRAJORNADA – SUPRESSÃO - DEFERIMENTO - NATUREZA SALARIAL - INCIDÊNCIA DO ART. 71, § 4º, DA CLT, OJ N.ºS 307 E 354, DO C.TST.A falta de descanso durante a jornada de trabalho regular atrai a consideração de pagamento da hora, à forma integral, ainda que tenha havido concessão parcial de intervalo. O tratamento dado à espécie é de repouso, o qual, uma vez quebrado, pela importância que traz à saúde do trabalhador, não comporta dedução do tempo concedido. Exegese do artigo 71, § 4º, da CLT e da OJ n.º 307, da SDI-I do Colendo TST.

Ademais, a aludida supressão importa no pagamento do respectivo período com o adicional de 50%, e reflexos legais em todas as parcelas remuneratórias, tendo em vista sua nítida natureza jurídica salarial, admitida por meio da sedimentação jurisprudencial cristalizada na OJ n.º 354, do C.TST.

Vistos etc.

Recurso Ordinário interposto por JÚLIO ANTÔNIO MARIANO BARBOSA em face de sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara do Trabalho de São Lourenço/PE, que julgou improcedentes os pedidos formulados pelo recorrente em desfavor da USINA SÃO JOSÉ, nos termos da fundamentação de fls. 206/216.

Em razões recursais, às fls. 219/222, objetiva a reforma da sentença, no que concerne ao pagamento de intervalo intrajornada, horas extras, horas de percurso e labor em sábados e feriados, com reflexos. Requer, ainda, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Contrarrazões apresentadas, às fls. 226/234.

Em conformidade com o art. 20, da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, c/c art. 50, do Regimento Interno deste Sexto Regional, não houve remessa à Procuradoria Regional do Trabalho.

É o relatório.

VOTO:

Da preliminar de não conhecimento parcial do apelo, quanto aos argumentos relacionados às horas extras decorrentes do acréscimo de produção, por inovação recursal. Atuação de ofício.

A ação se processa com estrita obediência aos parâmetros legais específicos.

Nada obstante, a parte incorreu em inovação recursal, ao tratar de pedido e fundamento que não cuidou de apresentar na petição inicial, no tocante aos argumentos relacionados às horas extras decorrentes do acréscimo de produção, o que somente é permitido quando se tratar da hipótese prevista no art. 517, do CPC, realçando-

se o limite geral revisional imposto pela dicção do art. 515, que se ajusta à moldura do art. 264, ambos do mesmo Código, que traça impedimento a que a parte “modifique unilateralmente a causa de pedir (art. 282, III) ou o pedido (arts. 282, IV, e 294)...”, indicando que a “*A regra consagra o princípio da estabilidade do processo, que se presta a impedir surpresas para o sujeito passivo*” (in Código de Processo Civil Interpretado, Costa Machado, Ed. Manole, 2006, p. 336).

Ademais, no instante processual seguinte e adequado – *pronunciamento sobre os documentos acostados (fls. 30/39)* – a parte igualmente nada trouxe a respeito da suposta questão de irregularidade dos recibos de pagamento e da indução a erro de avaliação, em face da produção e horas extras.

Ao réu, por sua vez, apenas é dado fazê-lo na hipótese excepcional de dedução de novas alegações, quando invocado direito superveniente ou surgir matéria que possa de ofício ser conhecida e, por fim, quando a lei autorizar arguição a qualquer tempo e juízo (art. 303, do CPC).

A falta de formulação dos pedidos e fundamentos no momento oportuno subtrai do Juízo *a quo* a possibilidade de exame completo do feito, malferindo os Princípios do Juiz Natural e do Duplo Grau de Jurisdição, além de impedir a manifestação desta Corte acerca do assunto, sob pena de supressão de instância e violação dos princípios enfocados.

Nesse sentido, ensina Humberto Theodoro Júnior, abordando um desses aspectos – tão somente fático - que:

“O recurso devolve o conhecimento da causa tal qual foi apreciada pelo juiz de primeiro grau. Pode, todavia, ter ocorrido impossibilidade de suscitação do fato pelo interessado, antes da sentença. Assim, provada a ocorrência de força maior, poderá o apelante apresentar fato novo perante o tribunal (art. 517).” (In Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 40ª edição, editora Forense, pág. 523).

Da mesma forma, o jurista Amauri Mascaro Nascimento pontua:

“Não é admissível no recurso ordinário, argüir

questões novas perante o Tribunal, salvo se motivo de força maior impedia o advogado de o fazer na oportunidade devida. É aplicável a regra geral do art. 517 do CPC. Como regra, o tribunal não pode decidir matéria não submetida à apreciação da Vara sem descumprimento do princípio do duplo grau de jurisdição”. (In Curso de Direito Processual do Trabalho, Editora Saraiva, 20ª Edição: 2001, pág. 502).

Colaciono, por oportuno, os arestos seguintes:

“EMBARGOS. FATO AUSENTE DA DEFESA E PLEITEADO NO RECURSO. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Reclamada deve aduzir, na contestação, toda a matéria de defesa. É vedado inovar em sede de recurso.

2. Tendo o Eg. Tribunal Regional consignado que o enquadramento do Reclamante na exceção do artigo 62, II, da CLT, não fora postulado em contestação, não há como acolher essa impugnação. Embargos não conhecidos” (PROC. Nº TST-E-RR-33506/2002-900-02-00.8. Subseção DI-1; dec. unân; julg. 10.02.2003; DJU 21.02.03; Relatora Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi).

“INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. SÚMULA 422 DO C. TST. A matéria ventilada nas razões recursais não foi suscitada na peça de defesa, impossibilitando a apreciação do juízo originário sobre o tema, sob pena de violação do devido processo legal, restando caracterizada a inovação, o que a afasta dos limites da lide e impede o seu exame neste grau de jurisdição. Recurso Ordinário não conhecido.” (TRT 2ª Região. RO-00407-2003-481-02-00, 5ª Turma, Relatora Anelia Li Chum, DOE/SP de 10/11/2006)

“(…) RECURSO ORDINÁRIO. MULTA PREVISTA NO ART. 477 DA CLT. PEDIDO NÃO INTEGRANTE DA LITISCONTTESTAÇÃO. INOVATÓRIO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece de recurso que versa matéria não suscitada na petição inicial, momento oportuno para a parte deduzir os seus pedidos e argumentos e pelo qual se estabelecem os limites objetivos do litígio. A dedução de teses novas no recurso, não integrantes da litiscontestação, conforma inovação da lide, agressiva ao devido processo legal.” (TRT 4ª Região, Processo n.º 0075500-89.2008.5.04.0023 (RO), Redator: MILTON VARELA DUTRA , Publicado em: 15/10/2009).

Por fim, entender de modo diverso seria patrocinar ferimento ao Princípio da Isonomia, consagrado pela Constituição (artigo 5º, *caput*).

Destarte, não conheço da pretensão recursal relativa aos argumentos relacionados às horas extras decorrentes do acréscimo de produção, eis que se constitui em ilegal dado novo, na medida em que apartado da exordial.

MÉRITO

Das horas extras e do intervalo intrajornada

Pretende o recorrente a reforma da sentença, no que concerne ao pagamento de intervalo intrajornada e horas extras, inclusive as prestadas aos sábados e feriados, com reflexos legais.

Assiste-lhe razão parcial.

Na exordial, aduz o reclamante que, ao longo do período contratual (10.11.2009 a 04.03.2010), cumpriu a seguinte jornada de trabalho: das 06h às 16h, de segunda-feira a sexta-feira e das 06h às 12h, aos sábados, sempre sem intervalo intrajornada. Postula o pagamento das horas extras, intervalo intrajornada e dobras das horas laboradas aos sábados, domingos e feriados, com os reflexos legais.

A ré, por sua vez, afirma que o autor laborava, de segunda

a sexta-feira, das 6h às 15h/15h30min, com intervalo inicial das 8h às 8h30min e com uma hora de intervalo intrajornada, das 11h30min às 12h30min, no regime de trabalho por produção de 6x1. Aos sábados, assevera que cumpria meia diária, de forma a completar as 44 horas de trabalho semanal. Diz, ainda, que os domingos e feriados eventualmente laborados (com o resguardo do Decreto nº 27.048/49), foram devidamente quitados.

Às fls. 35/39, juntados cartões de ponto, os quais sofreram impugnação tempestiva (fl. 195/197), por não consignarem os reais registros de horários, na medida em que os registros eram efetuados por apontador de engenho.

Por gozarem de presunção favorável ao empregador *juris tantum*, a validade das anotações realizadas nos controles de ponto pode ser desconstituída, quando neles detectado algum vício, incumbindo o ônus da prova, nesse caso, ao autor, nos moldes dos artigos 818, da CLT, e 333, I, do CPC, encargo do qual conseguiu se desvencilhar, *data venia* do entendimento do d. Juízo *a quo*.

Os depoimentos tomados como prova emprestada (fls. 199/202), corroboram com a tese vestibular, no sentido de que as anotações indicadas nos registros de ponto não coincidiam com a jornada de trabalho efetivamente cumprida, confirmando os horários médios de trabalho descritos pelo promovente, inclusive quanto ao intervalo intrajornada. A saber:

“Que embarcava no ônibus da Reclamada as 5h, na saída e retornava as 16h quando embarcava no ônibus; Que chegava no local da residência as 17h; Que começava a trabalhar as 7h e parava as 15h30; (...)” (Edvaldo Manoel de Araújo, fl. 199)

“(…)Que embarcava no ônibus da Reclamada as 4h15; Que começava a trabalhar as 6h/7h; Que embarcava no ônibus da Reclamada no retorno as 17h; Que quando trabalhava perto o ônibus deixava o depoente na serraria em Guadalajara as 5h30 e quando era distante as 18h; Que no retorno o Reclamante era transportado no mesmo ônibus com o depoente; Que aos sábados parava de trabalhar as 13h/14h e embarcava no ônibus as 15h; Que as 11h30 o

cabo dava um apito para todos os empregados parar o trabalho e todos paravam; Que ao meio-dia o cabo apitava novamente para os trabalhadores voltarem ao trabalho; Que só havia apito no intervalo do almoço; Que quando entrava no ônibus não havia registro de horário; Que diariamente o depoente entregava o cartão de ponto ao cabo e este apontava o dia; Que o depoente nunca viu o cabo registrar o horário na maquina; Que o cabo passava 15 dias para entregar o “pirulito”; Que o pirulito era um papelzinho onde estava anotado a diária; Que o depoente via escrito no pirulito o seu nome, o nome da empresa, o trabalho realizado e anotação de hora, sendo que era anotado 7h para o começo da jornada e o encerramento da jornada as 15h, ainda era anotado 11h30 e 12h; (...)” (Severino Vicente da Silva Filho, fl. 200)

Há que se registrar, por oportuno, que divergências porventura existentes são naturais, podem, inclusive, conferir maior credibilidade à prova em questão, por não revelar indícios característicos de depoimentos pré-fabricados. Nessa esteira, o desprezo total à determinada prova testemunhal apenas terá lugar, quando demonstrado o nítido intuito de beneficiar a parte, em detrimento da verdade, ou quando seja impossível conciliar as informações prestadas com as assertivas da inicial, de acordo com o livre convencimento do julgador. A propósito:

“Depoimento testemunhal. Invalidação. O Juiz não está adstrito a padrões fixos para a avaliação de provas, porque tem ele liberdade para concluir de acordo com o seu convencimento. Revista não provida.” (TST, 1ª T., RR 3.497/88.6, Rel. Almir Pazzianotto) (in Valentin Carrion, Nova Jurisprudência em Direito do Trabalho, Revista dos Tribunais, 1990, p. 581).

Prova. Incorre violação ao art. 373 do CPC quando o Juiz se utiliza do princípio da livre convicção. O Juiz é livre ao apreciar as provas e

promover a valorização necessária entre os fatos e circunstâncias, para, finalmente, declarar o seu convencimento. Deve, apenas, restringir-se aos elementos dos autos e indicar os motivos que lhe formaram o convencimento. Esta é a inteligência do art. 131 do CPC.” (TST, 2ª T., RR 162/84, Rel. Min. Pajehú Macedo Silva, DJ 22.2.85) (in João de Lima Teixeira Filho,, Repertório de Jurisprudência Trabalhista, Freitas Bastos, vol. 4º, 1986, p. 776).

Considerada, então, a existência de sobrejornada, impõe-se fixar o parâmetro da jornada de trabalho, para fins de apuração do excesso verificado, e, nesse passo, tenho que a prova testemunhal informa o verdadeiro horário realizado pelo demandante, confirmando a quase totalidade do exposto na inicial.

Assim, em consonância com o acervo processual, admito que o demandante cumpria a seguinte jornada de trabalho: das 07h às 16h, de segunda à sexta-feira, com 30 minutos de intervalo intrajornada; e das 07h às 12h, aos sábados.

Por outro lado, constato que a remuneração era unicamente por produção, como demonstram os contracheques de fls. 30/34, o que atrai a necessidade de limitação do condeno tão somente ao simples adicional de 60%, em relação à jornada excedente da 8ª hora diária e 44ª hora semanal, ante a ausência de impugnação específica e observância do teor da Orientação Jurisprudencial n.º 235 da SDI-I do C. TST.

No tocante ao intervalo intrajornada, com efeito, o *caput* do art. 7º da Constituição Federal eliminou distinção anterior entre trabalhadores urbanos e rurais, conferindo supremacia ao Princípio da Isonomia – *desdobramento do Princípio da Igualdade* (art. 5º, *caput*, da CF) – atribuindo maior vigor ao valor social do trabalho e à dignidade humana, princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito. Assim, ao trabalhador rural é aplicável o disposto no art. 71, § 4º, da CLT.

Esse é o entendimento firmado pela Corte Superior Trabalhista por meio da OJ n.º 381 da SDI-I:

“INTERVALO INTRAJORNADA. RURÍCOLA. LEI N.º 5.889, DE 08.06.1973.

SUPRESSÃO TOTAL OU PARCIAL. DECRETO N.º 73.626, DE 12.02.1974. APLICAÇÃO DO ART. 71, § 4º, DA CLT. A não concessão total ou parcial do intervalo mínimo intrajornada de uma hora ao trabalhador rural, fixado no Decreto n.º 73.626, de 12.02.1974, que regulamentou a Lei n.º 5.889, de 08.06.1973, acarreta o pagamento do período total, acrescido do respectivo adicional, por aplicação subsidiária do art. 71, § 4º, da CLT.”

Nesse passo, demonstrada a fruição apenas parcial do intervalo intrajornada - trinta minutos - resulta imperioso o pagamento do período correspondente conforme Orientação Jurisprudencial n.º 307 da SDI-1 do C.TST, *verbis*:

“Intervalo intrajornada (para repouso e alimentação). Não concessão ou concessão parcial. Lei n.º 8.923/1994. (DJ 11.08.2003).

Após a edição da Lei n.º 8.923/1994, a não-concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT).”

Destaco que a falta de descanso durante a jornada de trabalho, leva à consideração de pagamento, à forma integral, ainda que tenha havido concessão tão somente parcial. O tratamento dado à espécie é de repouso, o qual não se confunde com as horas extras e, uma vez quebrado, pela importância que traz à saúde do trabalhador, não comporta dedução do tempo concedido, nem se restringe ao pagamento do adicional, ainda que seja hipótese de trabalhador remunerado por produção. Exegese do artigo 71, § 4º, da CLT e da supracitada Orientação Jurisprudencial.

No mesmo diapasão, o aresto que segue:

“(…) INDENIZAÇÃO POR INTERVALO INTRAJORNADA NÃO CONCEDIDO. A

não-concessão do intervalo intrajornada acarreta a remuneração do período correspondente com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da hora normal de trabalho (§ 4º do art. 71 da CLT), e até mesmo a concessão parcial do referido intervalo implica pagamento total do período correspondente (incidência da OJ nº 307 da SBDI-1/TST). Ressalte-se que a condenação prevista no art. 71, § 4º, da CLT, não se refere a horas extras, a elas não se equivalendo, mas enraiza-se nos postulados básicos da higiene, da saúde e da segurança do trabalho, com vista a preservar a integridade psicossomática do trabalhador. **INDENIZAÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERVALO INTRAJORNADA. NATUREZA DA PARCELA.** “OJ Nº 354 SDI-1. INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71, § 4º, DA CLT. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. (DJ 14.03.2008)”. Ressalva de entendimento da Desembargadora Relatora. Recurso da reclamada parcialmente conhecido e desprovido. Recurso do reclamante conhecido e parcialmente provido.” (Processo nº 01091-2008-019-10-00-6, TRT 10ª Região – Origem 19ª Vara do Trabalho de Brasília-DF, julgado em 02.06.2009 – Relatora: Desembargadora Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro)

Cumprе ressaltar que a existência de outro período de descanso de 20 minutos (fl. 199), não elide a necessidade de concessão de intervalo intrajornada de uma hora, que não pode ser fracionado, valendo destacar, ainda, que, nesse intervalo, o trabalhador se encontrava

à disposição do empregador.

Dessa forma, dou provimento ao apelo, para condenar a reclamada a arcar com o pagamento de 01 (uma) hora diária, referente à quebra do tempo de descanso legal, com o adicional de 50% (cinquenta por cento), bem como os reflexos sobre os depósitos fundiários, acrescidos da multa de 40% (quarenta por cento), as férias proporcionais acrescidas de 1/3 e o 13º salário fracionado (verbas rescisórias constantes na TRCT de fl. 28 – item “b” do rol de pedidos – fl. 04), ante a natureza jurídica salarial, definida pela jurisprudência dominante, segundo a exegese da O.J. n.º 354, da SDI-I do C. TST, que sigo, ressalvando entendimento pessoal divergente.

Finalmente, no que concerne ao pedido de horas extras decorrentes do trabalho aos sábados e feriados, tenho que a jornada arbitrada, bem como o conjunto probatório não autorizam tal concessão, valendo destacar que os acordos coletivos acostados às fls. 50/69 nada dizem a respeito do limite temporal imposto aos sábados.

Aliás, observa-se que a exordial sequer apresenta causa de pedir relacionada à dobra das horas prestadas em domingos e feriados, circunstância que implica em inépcia, e, por consequência, inviabiliza a apreciação meritória, no particular.

Frente às considerações, provejo, em parte, o apelo para, arbitrando a jornada de trabalho das 07h às 16h, de segunda à sexta-feira, com 30 minutos de intervalo intrajornada; e das 07h às 12h, aos sábados, deferir: a) adicional de 50% em relação à jornada que exceda à 8ª hora diária e à 44ª hora semanal; b) 01 (uma) hora diária de intervalo intrajornada, com o adicional de 50% (cinquenta por cento); e c) reflexos do adicional de horas extras e das horas de intervalo sobre as férias proporcionais acrescidas de 1/3, o 13º salário proporcional e os depósitos fundiários, acrescidos de 40% (quarenta por cento), em respeito aos limites da lide.

Das horas de percurso

Quanto ao pedido de horas *in itinere*, a recorrida defendeu o seu indeferimento sob o argumento nuclear de validade do acordo coletivo firmado, com interveniência da respectiva entidade sindical, no qual há expresso reconhecimento de circulação de transporte público regular na área onde situada a empresa e seus postos de trabalho, disso resultando excluída a aplicação do disposto na Súmula n.º 90, do C.TST. Realçada, de outro lado, a supremacia do acordo em face da

convenção coletiva, haja vista previsão de condição mais benéfica.

Denunciado, ademais, que o trabalho do autor era executado às margens de rodovias estaduais e federais, quais sejam, PE-41, BR-101, BR-408 e PE-05, onde também havia circulação de transporte público regular e alternativo, bastante comum no perímetro rural. Suscita, ainda, o conteúdo de Laudo Técnico, formulado com o acompanhamento de oficial de justiça da Vara do Trabalho de Nazaré da Mata (PE), colacionado às fls. 71/125, que apurou o quantitativo do tempo gasto com o transporte dos trabalhadores nos engenhos operados pela reclamada, constatando a média de sete minutos e cinco segundos, tempo este que se enquadraria no limite de tolerância da Súmula n.º. 366, do C. TST.

Finalmente, destaca que eventual condenação seja limitada às duas horas previstas em norma coletiva, assim como aduz serem indevidas repercussões de horas eventualmente concedidas, por desprovidas de natureza salarial.

Calha ressaltar, de logo, que não há falar em inépcia da inicial, quanto ao ponto em análise – *preliminar suscitada na peça de defesa* –, porquanto o pedido e sua causa foram conhecidos e deram ensejo à defesa, à coleta dos dados instrutórios, culminando com o julgamento, do qual ora se cuida.

Esclareço de imediato, também, que não atribuo validade ao acordo coletivo invocado pela ré, em seu benefício, eis que as matérias ali tratadas são impróprias a tais instrumentos, notadamente no que se refere às horas de percurso, com o realce de que o intuito da constituição das supostas normas é evidente, o de inibir a postulação ou concessão de direito, legitimamente consagrado em sede de jurisprudência e de lei, o qual deve ser apurado nos autos de cada caso concreto. Não é direito que se possa alcançar de modo genérico e muito menos definindo aquilo que se sabe inverídico, diante da relevância assomada do mundo dos fatos, revelados públicos e notórios.

Tratando-se de norma eivada de vício, na medida em que nega a aplicação de preceito legal, alusivo à duração do trabalho e sua remuneração, prejudicando a preservação de direito legítimo, impõe-se a declaração de sua nulidade, com base no art. 9º, da CLT. A propósito, é certo que os princípios informadores do Direito do Trabalho, possuem inspiração protetiva, e por isso dão sustento aos fundamentos agora adotados, incumbindo ao Magistrado zelar pela sua aplicação.

Ademais, não há dúvida, a prevalência é da regra segundo

a qual, em geral, são nulos acordos que, de alguma maneira, impliquem em prejuízos ao trabalhador. Como corolário, interpretações mais restritivas impediriam pactuação com vistas, inclusive, às condições regulatórias de rescisões contratuais, como vem sendo largamente buscado. Na verdade, o sistema é que é rígido, compelindo o intérprete a sê-lo também.

A esse propósito, transcrevo decisão do TST, nos autos do RR 247.912/96.7, publicada no DJU em 19.09.97, pg 45817, com o seguinte teor:

“Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Acordo coletivo. Validade. Se a Constituição Federal admite a flexibilidade das normas laborais mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, tornando viável a redução dos salários, a diminuição da jornada de trabalho e a adoção de turnos de revezamento superiores a seis horas, conforme se vê nos incisos VI, XIII e XIV, do seu artigo 7º, deve o Judiciário admitir que, na negociação coletiva, as partes façam concessões mútuas, desde que o instrumento coletivo, visto em sua integralidade, não cause prejuízo aos empregados. Embargos providos para restabelecer a r. decisão regional, no particular” (sem grifo no original).

No mesmo caminho o entendimento de Eduardo Gabriel Saad, em “CLT Comentada”, editada pela LTr, quando, ao considerar o artigo 613 consolidado, pontificou que:

“A regra geral ditada, até pelo bom-senso, é a de que o pacto coletivo não pode conter cláusula lesiva aos interesses ou direitos do trabalhador. É nula e considerada inexistente. Por esse motivo, entendemos que nada impede a Junta de Conciliação e Julgamento de conhecer reclamação de empregado contra a empresa que foi “amparada” pelo sindicato profissional no acordo ou convenção coletiva” (sem grifo no original).

A finalidade do legislador, captada pelo julgador, é cristalina, qual seja, a de proteger a força de trabalho, cujo elemento humano é desprovido de condições equilibradas para firmar composições autônomas. Daí surge, inclusive, a imposição da entidade sindical, enquanto sujeito de acordos coletivos de trabalho, evitando, dessa forma, a exposição pessoal de qualquer trabalhador. Essa a mesma razão que orientou o sentido da substituição processual pelo sindicato da categoria profissional, ora aceita de modo mais largo.

De notar o entendimento de que à própria Justiça do Trabalho não seria cabível ampliar direitos, em sede de dissídio coletivo, no exercício do seu poder normativo. Que dizer, então, do patrocínio de reduções?

Feitas essas considerações, verifico que o contrato de trabalho firmou-se na vigência da Lei n.º 10.243, de 19.06.2001, que acrescentou o § 2º ao artigo 58 da CLT, *verbis*:

“Art. 58. § 2.º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.”

Registre-se, por oportuno, que a mencionada lei, quanto à inserção do § 2º ao art. 58 consolidado, veio a preencher vazio legislativo, até então suprido pela aplicação da Súmula do TST de n.º 90, *verbis*:

“HORAS “IN ITINERE”. TEMPO DE SERVIÇO. I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula n.º 90 - RA 80/78, DJ 10.11.1978) II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas

“in itinere”. (ex-OJ nº 50 - Inserida em 01.02.1995)

III- A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas “in itinere”. (ex-Súmula nº 324 - RA 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas “in itinere” remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 RA 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas “in itinere” são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236- Inserida em 20.06.2001)”.

Ainda que da análise da documentação de fls. 71/125 seja possível verificar que em parte do trajeto feito pelos veículos da reclamada existia transporte público, não se tem notícia nos autos de que os horários cumpridos pelos meios de transporte possibilitariam ao autor se deslocar a tempo para a frente de trabalho, tampouco que cobrissem todo o trajeto desde o ponto de embarque, eis que restringido o cálculo de distância e tempo percorrido do lote central dos engenhos às rodovias que os circundavam. Frise-se que é insuficiente a elidir o direito ao recebimento de horas *in itinere* a existência de transporte público em parte do trajeto, sendo necessário comprovar a sua frequência em horários que permitam ao usuário chegar ao local de trabalho nos horários pré-definidos.

Inexiste, portanto, prova robusta dessas alegações, excludentes do cômputo do tempo respectivo despendido pelos trabalhadores, sendo certo que o ônus da prova incumbia à recorrente, por ter alegado fato impeditivo do direito pretendido (art. 333, II, do CPC).

Cumpra salientar, de outra sorte, que o argumento de que a constatação do Laudo Técnico, no sentido de que o tempo médio despendido no percurso aos engenhos da reclamada era de sete minutos e cinco segundos enquadrar-se-ia no limite de tolerância estabelecido

pela Súmula nº 366, do C. TST, não pode prosperar. Isto porque o verbete sumular não admite o significado pretendido pela recorrida.

É de ser dito que grande parte dos percursos realizados por trabalhadores rurais não estaria coberta por tal benefício, haja vista que as propriedades rurais nas quais é executado o labor são extensas e na sua maioria distam das margens das BR's, por onde não circula transporte público, tampouco com regularidade. Ademais, se nem no âmbito urbano das principais cidades a cobertura do transporte público é satisfatória e regular, de modo amplo, integral, que dizer de áreas rurais, de fluxo desconhecido de pessoas. De outra sorte, o que pode ser entendido como transporte público regular, não é aquele que possui frequência imprevisível; que passa com intervalos largos ou incertos e nem sempre em todos os horários; que está sujeito a tarifas estranhas à fixação originada do poder público concedente; que não se subordina a penalidades pela falta de prestação de serviço adequado ao usuário, nos termos legais; que não possui concessão para a exploração do trajeto, etc. Na prática, o acordado suprimiria o direito consagrado, inicialmente em sede de jurisprudência, e depois pela legislação.

Ainda assim não fosse, outros dois fundamentos relevantes serviriam de óbice ao abrigo da tese patronal: não é dado aos trabalhadores rurais ingressar em transporte público, munido das típicas ferramentas de trabalho, bem assim a quantidade deles que, logo cedo, aglutina-se em busca de condução, de uma só vez, por si impediria o fornecimento da condução necessária.

No mesmo sentido, colaciono o seguinte aresto do C. TST:

“HORAS IN ITINERE. EXCLUSÃO POR ACORDO COLETIVO. I- (...). II- Não se visualiza, de outra parte, a alegada violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição. Isso porque a matéria relativa às horas in itinere foi acrescida ao art. 58 da CLT pela Lei nº 10.243/01, ficando expressamente previsto em seu § 2º que O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. Embora o princípio do congloba-

mento, adotado na interpretação dos acordos e convenções coletivos, permita a redução de determinado direito mediante a concessão de outras vantagens similares, de modo que no seu conjunto o ajuste se mostre razoavelmente equilibrado, não é admissível a utilização de instrumentos normativos para a preterição pura e simples de direito legalmente previsto. III- Conquanto se deva prestigiar os acordos e convenções coletivas, por injunção do art. 7º, inciso XXVI, da Constituição, em que se consagrou o princípio da autonomia privada da vontade coletiva, impõe-se sua submissão ao princípio da reserva legal. Do contrário, a manutenção de cláusulas dessa natureza implicaria conferir-lhes o status de lei em sentido estrito, em condições de lhes atribuir inusitado efeito derogatório de preceito legal. Nesse sentido, a propósito, já se manifestou a Seção de Dissídios Coletivos. Precedente: ROAA-7/2005-000-24-00.3, DJU 17/3/2006. Conclui-se, desse modo, que a declaração de ineficácia da cláusula após a edição da Lei nº 10.243/01, que acresceu o § 2º ao art. 58 da CLT, não ofendeu o referido dispositivo constitucional- (Proc. TST RR-588/2005-042-03-00; Ac. 4ª T; Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen; DJ 13.10.2006).’ Na situação dos autos, restou incontroverso que os instrumentos normativos 2004/2005 e 2005/2006 excluíram a remuneração das horas -in itinere- e, considerando que foram celebrados após a edição da Lei nº 10.243/01, é inválida tal supressão. Por todo o exposto, está evidenciada a afronta ao art. 7º, XIII, da Constituição Federal, que autoriza o conhecimento do recurso de revista.

1.2 – MÉRITO. (...). (RR - 719/2008-114-08-00.3, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 17/12/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: 27/02/2009)

Declaro, pois, a nulidade das cláusulas previstas nos Acordos Coletivos enfocados, com suporte no artigo 9º consolidado.

De ressaltar que o reclamante era apanhado, em média, conforme conjunto probatório, às 05h, somente retornando ao ponto de partida por volta das 17h, de segunda à sexta-feira e, aos sábados, regressando em torno das 15h. Trata-se de jornada de labor estafante, sobretudo se considerada a natureza do serviço realizado, durante o período de safra, no verão e a dificuldade de gozo de intervalo para refeição e descanso, haja vista a necessidade de cumprimento da produção estabelecida.

Arbitrando-se, destarte, uma média da jornada de trabalho efetivamente realizada, a partir do horário delineado na inicial, corroborado, parcialmente, pela prova deponencial e considerando que as horas de percurso incluem, também, as de espera, e, ainda, que o tempo de deslocamento informado se repetia, no trajeto de volta dos trabalhadores às suas residências, razoável o arbitramento das horas *in itinere* em 02 (duas) horas diárias, também em observância aos limites da inicial, as quais devem ser computadas na jornada de trabalho, para fins de horas extras e reflexos, a teor do § 2º do art. 58, da CLT, e da Súmula 90, do C.TST.

Impende ressaltar que as horas de percurso, por decorrerem de tempo de serviço efetivo e, no somatório, ultrapassarem o quantitativo ordinário, são devidas como extraordinárias, pois estranhas e desvinculadas da remuneração por produção.

Nesse sentido, colaciono os arestos que seguem:

“RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAS E HORAS -IN ITINERE-. SALÁRIO POR PRODUÇÃO. LIMITAÇÃO AO ADICIONAL. O trabalhador remunerado por produção recebe o equivalente ao serviço executado em determinado tempo. Na hipótese de trabalhar em horário extraordinário, assim considerado o que excede de 8 horas diárias (artigo 7º, XIII, da Constituição da República), já terá remunerada cada hora trabalhada em horário suplementar, fazendo jus apenas ao adicional por trabalho extraordinário, aplicando-se o disposto na Súmula 340 do TST. Contudo, em relação às horas in itinere, não se pode aplicar o entendimento deste

verbete, uma vez que estas horas não constituem tempo gasto em atividade laboral e não há remuneração em virtude da ausência de produção. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.” (RR - 181100-98.2005.5.09.0562 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 17/03/2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/03/2010)

“O trabalhador que recebe à base de produção quando se encontra no percurso de ida e volta ao trabalho e no aguardo do transporte não tem remunerada sua hora normal porque nesse período não há produção, cabendo, em caso de extrapolação da jornada, a condenação em horas extras com o adicional respectivo.” (Órgão Julgador: 2ª TURMA- Juiz Designado: FERNANDO CABRAL- Recorrente(s): USINA SÃO JOSÉ - Procedência: JCJ de Goiana-PE. PUBL. DOE/PE: 15.JAN.98)

Também assim, respeitados os limites da lide, procedem reflexos sobre férias proporcionais acrescidas de 1/3, 13º salário proporcional e depósitos fundiários, com a multa de 40% (quarenta por cento), haja vista a natureza jurídica salarial de que se reveste o título, cuja habitualidade é reconhecida.

Dos honorários advocatícios

Indevidos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, em se tratando de matéria trabalhista, fora das hipóteses previstas na Lei n.º 5.584/70, as quais se encontram ajustadas pelos termos das Súmulas n.ºs 219 e 329, do Colendo TST, no sentido de que, nesta Justiça Especializada, a condenação ao pagamento da verba honorária, *“não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família”*.

Tais prescrições evidenciam, por outro lado, que a busca subsidiária do direito comum não está autorizada, a partir dos limites

impostos pelo artigo 769, da CLT, que expressa a necessidade de omissão e de compatibilidade de normas, o que não se revela na hipótese.

Como arremate, é de ser invocado o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, n.º 633, o qual expressou que “*É incabível a condenação em verba honorária nos recursos extraordinários interpostos em processo trabalhista, exceto nas hipóteses previstas na Lei 5.584/70*”. Tal diretriz, embora enfocada, de forma direta, nos recursos extraordinários, evidencia a linha de pensamento dominante no órgão de cúpula do Poder Judiciário, que é consentâneo com aquele ora defendido.

Nego provimento, no particular.

Dos recolhimentos fiscais e previdenciários.

De fato, incumbe ao reclamado a obrigação de recolher as parcelas previdenciárias e fiscais devidas pelo trabalhador de acordo com o estabelecido pela legislação pertinente. Para tanto, devem ser retidas as contribuições previdenciárias obrigatórias ao segurado e o imposto de renda, incidente na fonte, sobre os seus créditos.

O entendimento do C.TST, cristalizado por meio da Súmula n.º 368, pacificou a questão, *in verbis*:

“DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO (inciso I alterado) - Res. 138/2005, DJ 23, 24 e 25.11.2005

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição. (ex-OJ n.º 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998)

II. É do empregador a responsabilidade pelo

recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, sobre o valor total da condenação, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541, de 23.12.1992, art. 46 e Provimento da CGJT nº 01/1996. (ex-OJs nºs 32 e 228 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001)

III. Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, §4º, do Decreto nº 3.048/1999 que regulamentou a Lei nº 8.212/1991 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. (ex-OJs nºs 32 e 228 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001)”. (Grifo inexistente na origem)

Regem-se a retenção e a respectiva comprovação de recolhimento do imposto de renda pelo disposto no art. 46 da Lei nº 8.541/92 e no art. 28 da Lei nº 10.833/03, ora transcritos:

“Art. 46. O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário”. (Destaque inexistente na origem)

“Art. 28. Cabe à fonte pagadora, no prazo de 15 (quinze) dias da data da retenção de que trata o caput do art. 46 da Lei nº 8.541, de 23 de dezembro de 1992, comprovar, nos respectivos autos, o recolhimento do imposto de renda na

fonte incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisões da Justiça do Trabalho.” (Destaque inexistente na origem)

Quanto à comprovação do recolhimento previdenciário, observar-se-á o prescrito pelo art. 233 do Provimento n.º 05/02 da Corregedoria deste TRT, *in verbis*:

“Art. 233. Encontrando-se disponível para pagamento de crédito trabalhista importância contida em depósito judicial decorrente de determinações na fase executória, o juiz concederá prazo para que o executado comprove o recolhimento das contribuições previdenciárias, exibindo cálculo demonstrativo dos valores.” (Destques inexistentes na origem)

Em caso de omissão da reclamada, no interregno que lhe for concedido, deve ser adotada, em relação às parcelas devidas ao INSS, a orientação traçada pelo ofício do TRT n.º 10/01 da Corregedoria deste 6º Regional, *in verbis*:

“1) Apenas devem ser executadas pela Justiça do Trabalho as contribuições previdenciárias decorrentes de sentenças proferidas após a publicação da EC-20/98 (16.12.98), desconsiderando-se, pois, a data do pagamento ao reclamante como parâmetro para definição da competência. Destarte, se a sentença foi prolatada até 15.12.98, não deverá haver execução pelas Varas do Trabalho desta Região das parcelas devidas à Previdência Social, as quais serão exigidas de acordo com a legislação vigente até aquela data.”

Impende ressaltar que o item “2.1” do referido ofício não mais é passível de aplicação, ante a revogação dos Provimentos n.ºs 05/99 e 05/00, ali referidos, pelo Provimento n.º 10/00, todos da Corregedoria deste TRT.

Por outro lado, configurada a omissão quanto à comprovação

do recolhimento fiscal no devido prazo, há de ser observado o § 1º do art. 28 da Lei n.º 10.833/03. Ou seja, caberá à Contadoria da Vara apontar o valor líquido a ser liberado ao autor e à Secretaria do Juízo recolher o imposto respectivo, sob rubrica própria, segundo o disposto no referido dispositivo legal:

“§ 1º Na hipótese de omissão da fonte pagadora relativamente à comprovação de que trata o caput, e nos pagamentos de honorários periciais, competirá ao Juízo do Trabalho calcular o imposto de renda na fonte e determinar o seu recolhimento à instituição financeira depositária do crédito”.

Cabíveis, pois, as retenções realizadas pelo devedor relativas às contribuições fiscais e previdenciárias – quanto à parte devida pelo trabalhador na qualidade de contribuinte e segurado – uma vez que, repete-se, constituem encargo seu os respectivos recolhimentos.

Por oportuno, saliento que a evidência do comando inserido na Orientação Jurisprudencial n.º 363, da SDI-1, do C.TST é compatível com o posicionamento ora adotado, ao prever que “a culpa do empregador pelo inadimplemento das *verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte*”, ainda que ao empregador incumba “*a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias*”. Embora em sentido diverso tenha decidido por longo tempo, hoje acompanho a jurisprudência dominante na Corte Superior Trabalhista a respeito do tema, por medida de celeridade e economia processual.

De outra parte, no pertinente ao momento da aplicação da multa e juros incidentes sobre o desconto previdenciário, em diversas oportunidades perante esta Egrégia Corte, firmei posição como sendo o da liquidação da sentença, porém a partir de alteração legislativa revi o entendimento passando a declarar que os acréscimos legais referentes a juros e multa previstos na legislação previdenciária devem ser computados desde a data da prestação do serviço.

Com efeito, disciplinando a matéria, o art. 22, I, da Lei n.º 8.212/91 determina que a contribuição a cargo da empresa é de 20% sobre “*o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer*

título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho” (destaque inexistente na origem).

Demais disso, o art. 30, I, “a” e “b”, da Lei nº. 8.212/91 estabelece a obrigação de a empresa arrecadar e recolher as contribuições dos segurados empregados, além de recolher as contribuições a seu cargo “*até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da competência*” (destaque inexistente na origem).

Da conjugação dos dispositivos supracitados, emerge que o fato gerador da contribuição previdenciária não é o pagamento da remuneração (ou do crédito originado de decisão judicial), mas a prestação dos serviços.

E, por isso mesmo, é lícito concluir que, em se tratando de contribuição previdenciária, diversamente do que ocorre com o imposto de renda, o regime é o de competência, vale dizer, a contribuição é devida mês-a-mês. E, definido o momento da ocorrência do fato gerador (a prestação dos serviços independentemente do pagamento da remuneração), a contribuição previdenciária se torna exigível nessa ocasião.

A propósito, cito arestos do C.STJ e do TRT da 2ª Região:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. PRAZO DE RECOLHIMENTO. MÊS SEGUINTE AO EFETIVAMENTE TRABALHADO. FATO GERADOR. RELAÇÃO LABORAL EXISTENTE ENTRE EMPREGADOR E OBREIRO.

1. “As contribuições previdenciárias a cargo das empresas devem ser recolhidas no mês seguinte ao trabalhado, e não no mês seguinte ao efetivo pagamento.” (REsp 507.316/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 07.02.2007).

2. “O fato gerador da contribuição previdenciária é a relação laboral onerosa, da qual se origina a obrigação de pagar ao trabalhador (até o quinto dia subsequente ao mês laborado) e a obrigação de recolher a contribuição previden-

ciária aos cofres da Previdência.” (REsp 502.650-SC, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 25.2.2004).

3. Agravo Regimental não provido” (STJ, 2ª Turma, AgRgAI n.º. 587476/MG, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, j. em 22.05.2007).

“FATO GERADOR. Contribuição previdenciária. O fato gerador da contribuição previdenciária é o mês da competência e não o pagamento. Assim, incidem juros e multa de mora em decorrência de pagamento feito fora do prazo legal.” (TRT da 2ª Região, Processo 02023200302402011, Ac. 20070604074, Rel. Des. Sérgio Pinto Martins, j. em 02/08/2007)

Pondo fim à controvérsia, o §2º do art. 43 da Lei n.º. 8.212/91, incluído pela Lei n.º 11.941/2009, dispõe:

“Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

(...)

§ 2º Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço.” (Destaque inexistente na origem).

Outrossim, no pertinente à atualização monetária, o artigo 879, § 4º, da CLT – com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 10.035/2000 –, dispõe que “a atualização do crédito devido à previdência social observará os critérios estabelecidos na legislação previdenciária”. E, nesse particular, incluem-se a multa e os juros, nos exatos termos do § 3º do mencionado art. 43 da Lei de Custeio da Previdência Social:

“As contribuições sociais serão apuradas mês a mês, com referência ao período da prestação

de serviços, mediante a aplicação de alíquotas, limites máximos do salário-de-contribuição e acréscimos legais moratórios vigentes relativamente a cada uma das competências abrangidas, devendo o recolhimento ser efetuado no mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença ou em acordo homologado, sendo que nesse último caso o recolhimento será feito em tantas parcelas quantas as previstas no acordo, nas mesmas datas em que sejam exigíveis e proporcionalmente a cada uma delas.”

Por tudo isso, os acréscimos legais referentes a juros e multa previstos na legislação previdenciária deveriam ser computados a partir da data da efetiva prestação do serviço. Todavia, em face da posição majoritária dos membros desta Turma, ressalvo o meu entendimento pessoal e declaro que os encargos sobre o valor das contribuições previdenciárias devem incidir a partir da expiração do prazo de 48 horas a que se refere o art. 880 da CLT, contado do pagamento, incumbindo à secretaria do Juízo *a quo* intimar o devedor para tanto, pelas razões que seguem.

Com a alteração advinda da Lei n.º 10.035/00, foi acrescido o art. 878-A ao diploma consolidado, *verbis*:

“Art. 878-A. Faculta-se ao devedor o pagamento imediato da parte que entender devida à Previdência Social, sem prejuízo da cobrança de eventuais diferenças encontradas na execução *ex officio*”.

A obrigação quanto ao recolhimento das contribuições sociais, conforme dito alhures, ocorre com o pagamento de valores alusivos a parcelas de natureza remuneratória, resultante de sentença condenatória ou de conciliação homologada, de acordo com o artigo 83 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-geral da Justiça do Trabalho, publicada no DJ de 20/04/2006, republicada em 02/05/2006, que dispõe acerca do procedimento a ser observado quanto à incidência e ao recolhimento de contribuições devidas à Previdência Social sobre pagamento de direitos nas ações ajuizadas na Justiça do Trabalho, *in litteris*:

“Art. 83. O fato gerador da incidência da contribuição previdenciária, constitutiva do débito, é o pagamento de valores alusivos a parcelas de natureza remuneratória (salário-de-contribuição), integral ou parcelado, resultante de sentença condenatória ou de conciliação homologada, efetivado diretamente ao credor ou mediante depósito da condenação para extinção do processo ou liberação de depósito judicial ao credor ou seu representante legal.”

Tais contribuições sociais ficam sujeitas aos acréscimos previstos na legislação previdenciária (art. 35 da Lei n.º 8.212/1991) quando pagas após o vencimento da obrigação.

Não cumprida espontaneamente a sentença, ou seja, não efetuado o pagamento, pelo devedor trabalhista, do valor resultado da condenação judicial, no prazo e modo ali determinados, observar-se-á, quanto ao recolhimento da respectiva contribuição previdenciária, o disposto pelo § 3º do art. 43 da Lei 8.212/91, acima transcrito, com a redação atribuída pela Lei n.º 11.941/2009, sendo que o “*mesmo prazo em que devam ser pagos os créditos encontrados em liquidação de sentença*” não é outro senão o de 48 horas previsto no *caput* do art. 880 da CLT, *verbis*:

“Requerida a execução, o juiz ou presidente do tribunal mandará expedir mandado de citação do executado, a fim de que cumpra a decisão ou o acordo no prazo, pelo modo e sob as cominações estabelecidas ou, quando se tratar de pagamento em dinheiro, inclusive de contribuições sociais devidas à União, para que o faça em 48 (quarenta e oito) horas ou garanta a execução, sob pena de penhora.”

Este Tribunal, pela unanimidade dos seus membros, segue entendimento nesse sentido, conforme verbete sumular n.º 14, aprovado em sessão administrativa realizada em 24 de setembro de 2009, publicado no D.O.E. em 30.09.09, cujo teor é o seguinte:

“SÚMULA N. 14 – A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL

PREVISTA NO ARTIGO 195, INCISO I, LETRA “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 À ESPÉCIE.”

Cumpre esclarecer que tal posicionamento não implicou declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28, I, ou do art. 30, I, “b”, ambos da Lei nº. 8.212/91. Ademais, esta Turma apenas esclareceu que esses artigos seriam inaplicáveis à hipótese, face à incidência de outros dispositivos legais.

De mais a mais, não viola o art. 97 da Constituição da República, nem a Súmula Vinculante nº. 10 do E.STF decisão de órgão fracionário calcada em Súmula aprovada pelo Plenário do Tribunal, nos termos do Art. 481, Parágrafo Único, do CPC. E essa é a hipótese, porquanto a supracitada Súmula n.º 14 foi aprovada pelo Pleno desta Corte, por meio da Resolução Administrativa TRT – n.º 25/2009, publicada no DOE-PE de 30.09.09.

Postas estas questões, declaro cabíveis as retenções realizadas pelo devedor relativas às contribuições fiscais e previdenciárias, quanto à parte devida pelo trabalhador na qualidade de contribuinte e segurado, e determino que a incidência dos encargos (juros e multa) decorrentes de eventual atraso no recolhimento dos haveres previdenciários se dê a partir da expiração do prazo de 48 horas, contado do pagamento, mediante intimação do devedor.

Dos juros e da correção monetária

Pugna a recorrida pela aplicação ao cálculo de juros e correção monetária nos moldes delineados pela OJ nº. 124, da SDI-1, do TST.

A tabela de juros e correção monetária utilizada no âmbito deste Regional contempla, exatamente, o mecanismo de atualização colimado, *ex vi* dos termos da Súmula n.º 381 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, a partir do primeiro dia do mês subsequente, à forma integral.

Eis a literalidade do verbete sumular invocado, que substituiu a Orientação Jurisprudencial n.º 124 da SDI-I:

“Nº 381. Correção Monetária. Salário. Art. 459, CLT. O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º.”

Das violações legais e constitucionais

Os fundamentos lançados evidenciam o posicionamento do Juízo, que não vulnera qualquer dispositivo da ordem legal ou constitucional.

Registro, por oportuno, que o prequestionamento de que cuida a Súmula n.º 297 do C. TST prescinde da referência expressa a todos os dispositivos tidos por violados, conforme a interpretação conferida pelo próprio C. Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

“PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este. (OJ n.º. 118 da “SDI-I”).”

CONCLUSÃO

Ante o exposto, preliminarmente, mediante atuação de ofício, não conheço parcialmente do apelo, quanto aos argumentos relacionados às horas extras decorrentes do acréscimo de produção, por inovação recursal. No mérito, dou provimento parcial ao Recurso

Ordinário, para julgar procedente, em parte, os pleitos formulados na Reclamação Trabalhista, condenando a reclamada ao pagamento de: a) adicional de 60% em relação à jornada excedente da 8ª hora diária e da 44ª hora semanal; b) 01 (uma) hora diária de intervalo intrajornada, com o adicional de 50% (cinquenta por cento); c) horas de percurso, arbitradas em 02 (duas) horas diárias, computadas na jornada de trabalho, para fins de horas extras e reflexos, também com adicional de 50%; e d) reflexos do adicional de horas extras, das horas de intervalo e de percurso sobre depósitos fundiários, com a multa de 40% (quarenta por cento), férias proporcionais acrescidas de 1/3 e 13º salário proporcional, tudo nos moldes dos fundamentos supra.

Aplica-se ao cálculo do valor do salário-hora, para fins do condeno em horas extras, intervalo intrajornada e horas de percurso, o divisor das horas efetivamente trabalhadas, na medida acima arbitrada e nos moldes da Orientação Jurisprudencial n.º 235 da SDI-1 do C. TST.

Quantificação na fase liquidatória, por cálculos, considerando a evolução salarial do reclamante, aplicando-se juros e correção monetária nos termos legais, além da observância da Tabela da Corregedoria Geral do C. TST, que já prevê o mecanismo contemplado na Súmula n.º 381 daquela Colenda Corte.

Recolhimentos fiscais e previdenciários *ex vi legis* (Leis n.ºs 8.541/92, 10.833/03 e 8.620/93) e da Súmula n.º 368, do C.TST, nos termos da fundamentação, ressaltando que no caso de silêncio da reclamada, no prazo de 15 dias que lhe for concedido, à época própria, para apresentar o recolhimento fiscal, a Contadoria da Vara deverá apontar o valor líquido a ser liberado à reclamante e a Secretaria do Juízo deverá recolher o respectivo imposto, sob a rubrica própria, através de alvará à Fazenda Nacional.

Arbitrado à condenação o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Custas processuais em R\$ 300,00 (trezentos reais), invertendo o ônus do pagamento.

Os títulos deferidos possuem natureza jurídica salarial, com exceção dos reflexos nos depósitos fundiários acrescidos da multa de 40%.

Expeçam-se os ofícios de praxe.

ACORDAM os Desembargadores da Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, preliminarmente, mediante atuação de ofício, não conhecer parcialmente do apelo, quanto aos argumentos relacionados às horas extras decorrentes do acréscimo de produção, por inovação recursal. No mérito, por

unanimidade, dar parcial provimento ao Recurso Ordinário, para julgar procedente, em parte, os pleitos formulados na Reclamação Trabalhista, condenando a reclamada ao pagamento de: a) adicional de 60% em relação à jornada excedente da 8ª hora diária e da 44ª hora semanal; b) 01 (uma) hora diária de intervalo intrajornada, com o adicional de 50% (cinquenta por cento); c) horas de percurso, arbitradas em 02 (duas) horas diárias, computadas na jornada de trabalho, para fins de horas extras e reflexos, também com adicional de 50%; e d) reflexos do adicional de horas extras, das horas de intervalo e de percurso sobre os depósitos fundiários, com a multa de 40% (quarenta por cento), férias proporcionais acrescidas de 1/3 e 13º salário proporcional, tudo nos moldes dos fundamentos supra. Aplica-se ao cálculo do valor do salário-hora, para fins do condeno em horas extras, intervalo intrajornada e horas de percurso, o divisor das horas efetivamente trabalhadas, na medida acima arbitrada e nos moldes da Orientação Jurisprudencial n.º 235 da SDI-1 do C. TST. Quantificação na fase liquidatória, por cálculos, considerando a evolução salarial do reclamante, aplicando-se juros e correção monetária nos termos legais, além da observância da Tabela da Corregedoria Geral do C. TST, que já prevê o mecanismo contemplado na Súmula n.º 381 daquela Colenda Corte. Recolhimentos fiscais e previdenciários *ex vi legis* (Leis n.ºs 8.541/92, 10.833/03 e 8.620/93) e da Súmula n.º 368, do C.TST, nos termos da fundamentação, ressaltando que no caso de silêncio da reclamada, no prazo de 15 dias que lhe for concedido, à época própria, para apresentar o recolhimento fiscal, a Contadoria da Vara deverá apontar o valor líquido a ser liberado à reclamante e a Secretaria do Juízo deverá recolher o respectivo imposto, sob a rubrica própria, através de alvará à Fazenda Nacional. Arbitrado à condenação o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Custas processuais em R\$ 300,00 (trezentos reais), invertendo o ônus do pagamento. Os títulos deferidos possuem natureza jurídica salarial, com exceção dos reflexos nos depósitos fundiários acrescidos da multa de 40%. Expeçam-se os ofícios de praxe.

Recife, 01 de junho de 2011.

VALÉRIA GONDIM SAMPAIO
DESEMBARGADORA RELATORA

PROCESSO n° TRT – 0240700-83.2006.5.06.0017

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA TURMA

RELATOR: DESEMBARGADOR PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA
 AGRAVANTE: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA
 E TECNOLOGIA DE PERNAMBUCO – IFPE (NOVA
 DENOMINAÇÃO DO CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO
 TECNOLÓGICA DE PERNAMBUCO – CEFET/PE)
 AGRAVADO: FLÁVIO GOMES DA SILVA E CONTROL SERVICE LTDA.
 ADVOGADOS: ANDRÉA ROSELLE MOREIRA PEIXOTO (PROCU-
 RADORA) E MARIA JOSILENE DE LIMA
 PROCEDÊNCIA: 17ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO – TÍTULO JUDICIAL – PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA MATERIAL – TEORIA DA RELATIVIZAÇÃO – INAPLICABILIDADE POR ANTINOMIA AO ARTIGO 5º, INCISO XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA DA NORMA INSERTA NO ARTIGO 884, § 5º, DA CLT. 1. Transitado em julgado o título judicial, a eventual declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal que o amparou não o atinge diretamente e tampouco pode afetá-lo de imediato, não incidindo em tais hipóteses, portanto, a norma inserta no artigo 884, § 5º, da CLT, que espelha o que a doutrina denomina de teoria da relativização. Ainda que a questão versada nos autos pudesse ser enquadrada especificamente nessa conjectura – o que, em absoluto, não ocorre, pois a decisão guerreada, baseada em jurisprudência sumulada, apenas deixou de aplicar norma cuja eficácia foi posteriormente reconhecida pelo STF –, o fato é que o caráter “extunc” da declaração alusiva à constitucionalidade, seja positiva ou negativa, somente adquire efeito “erga omnes”, isto é, contra todos, e força vinculante, quando adotado em sede de ações de controle direto, como estabelece o § único do artigo 28 da Lei n° 9.868, de 10.11.1999, ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante aquela Corte Maior. 2. Agravo de petição desprovido.

Vistos etc.

Agravo de petição interposto por INSTITUTO FEDERAL

DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE PERNAMBUCO – IFPE (nova denominação do CENTRO FEDERAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA DE PERNAMBUCO – CEFET/PE) contra decisão proferida pela 17ª Vara do Trabalho do Recife, que rejeitou os seus Embargos à Execução, opostos nos autos da Reclamação Trabalhista nº 0240700-83.2006.5.06.0017, ajuizada por FLÁVIO GOMES DA SILVA, figurando, também, em seu polo passivo, CONTROL SERVICE LTDA., nos termos da sentença de fls. 179/181, impugnada mediante Embargos de Declaração opostos pelo recorrente (fls. 186/189), os quais foram rejeitados (fls. 190/191).

Em suas razões (fls. 201/212), o litisconsorte, INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE PERNAMBUCO – IFPE, inicialmente tece considerações acerca da insubsistência da condenação quanto à responsabilidade que lhe foi atribuída em caráter secundário no presente feito, invocando, em seu favor, o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* da decisão proferida na ADC nº 16 do STF. Renova a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, arguindo, por sua vez, a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar a presente demanda, aduzindo, em síntese, inexistir sustentáculo legal ao afastamento do comando expresso no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993, que é lei vigente, válida, e de aplicação obrigatória ao caso em exame. Em caso de manutenção da sentença, postula a reforma do *decisum* no que tange aos juros moratórios aplicáveis à Fazenda Pública, requerendo seja observado o benefício de ordem e o direito de retenção, justificando, a final, a necessidade de prequestionamento da matéria.

Apesar de regularmente notificados, os agravados não apresentaram contrarrazões ao recurso, conforme certificado à fl. 215.

A intervenção ministerial de fls. 218/221 opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO:

I. DAS QUESTÕES RECURSAIS

I.1 Da eficácia do título executivo, do efeito vinculante da decisão proferida pelo stf na adc-16 e da responsabilidade subsidiária

Inconformado com o redirecionamento da execução que se processa no presente feito, o litisconsorte, ora recorrente, opôs os embargos de fls. 161/167, que foram rejeitados, cuja decisão ensejou a interposição do presente agravo, em que defende a inexigibilidade do título judicial de fls. 74/75, que transitou em julgado (fls. 141 e 142).

Sustenta, em resumo, que o STF, ao julgar a ADC nº 16, em que pese ainda não tenha sido publicado o respectivo acórdão, “*deixou bem claro que não existe a possibilidade de responsabilização do ente público pelo mero inadimplemento de salários*”. Diz que essa decisão tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (artigo 102, § 2º, da Constituição Federal), requerendo pronunciamento explícito acerca da constitucionalidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, em contraposição ao teor da Súmula nº 331 do TST.

A despeito das argumentações do litisconsorte quanto ao tema em apreço, atinente aos efeitos vinculantes da referida decisão do STF – com as quais, em outro contexto, concordaria –, subsiste, a meu ver, a responsabilidade subsidiária que lhe foi atribuída na sentença trânsita em julgado, proferida na fase cognitiva do feito (fls. 74/75, 141 e 142).

É que, já tendo transitado em julgado a sentença em apreço, a possível e eventual declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal que a amparou não a atinge diretamente e tampouco pode afetá-la de imediato, porque, de acordo com pacífica orientação doutrinária, “*o reconhecimento da inconstitucionalidade de certa norma não prejudica os pronunciamentos já cobertos pela coisa julgada*”, considerando-se, por outro lado, que “*a eficácia ex tunc da declaração de inconstitucionalidade não é regra absoluta*”, (in “A Dupla Inconstitucionalidade do § 5º do Art. 884 da CLT”, Estevão Mallet, Revista LTr, fevereiro/2002, p. 156).

Portanto, na exata interpretação desse renomado jurista (ob. cit., pg. 156), “*a eficácia ex tunc da declaração de inconstitucionalidade não é regra absoluta*”, comportando exceções, especificamente porque essa proclamação por parte do Supremo Tribunal Federal apenas ganha eficácia *erga omnes*, isto é, contra todos, e força vinculante, quando adotado em sede de ações de controle direto, como estabelece o § único do artigo 28 da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante aquela Corte Maior.

Não por outra razão é que esse mesmo órgão supremo, em decisão da relatoria do Min. Celso de Mello, proferida em 25.05.2010,

negou provimento ao Recurso Extraordinário nº 594.350, no qual figura como recorrente a União, cuja questão de alcance era a mesma que aqui ora se examina, que, em apurado magistério sobre a coisa julgada em sentido material, sua indiscutibilidade, imutabilidade e coercibilidade, registrou:

“A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer, em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.”

Em síntese: transitado em julgado o título judicial, a eventual declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal que o amparou não o atinge diretamente e tampouco pode afetá-lo de imediato, não incidindo em tais hipóteses, portanto, a norma inserta no artigo 884, § 5º, da CLT, que espelha o que a doutrina denomina de teoria da relativização. Ainda que a questão versada nos autos pudesse ser enquadrada especificamente nessa conjectura – o que, em absoluto, não ocorre, pois a decisão guerreada, baseada em jurisprudência sumulada, apenas deixou de aplicar norma cuja eficácia foi posteriormente reconhecida pelo STF –, o fato é que o caráter “*extunc*” da declaração alusiva à constitucionalidade, seja positiva ou negativa, somente adquire efeito “*erga omnes*”, isto é, contra todos, e força vinculante, quando adotado em sede de ações de controle direto, como estabelece o § único do artigo 28 da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, ao dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante aquela Corte Maior.

Com tais considerações, afastando, portanto, a aplicação ao caso dos normativos invocados pelo agravante, nego provimento ao

agravo, no ponto ora analisado, motivo por que passo ao exame das teses deduzidas em sucessivo, nos termos dos itens seguintes.

1.2 Da ilegitimidade passiva “ad causam” e da incompetência material da justiça do trabalho

Na sequência, o recorrente renova a sua ilegitimidade passiva *ad causam* para figurar no polo passivo da presente ação, arguindo, também, a incompetência desta Especializada para apreciá-la.

Todavia, a questão alusiva à ilegitimidade de parte *ad causam* para figurar no polo passivo da presente ação também se encontra abrangida pela coisa julgada, conforme se pode ver da sentença à fl. 74, o que se constitui em óbice intransponível ao pronunciamento judicial requerido no presente apelo.

No que diz respeito à incompetência desta Especializada para apresentar a presente demanda, em que pese a manifesta inovação à lide diante da ausência de debate dessa questão na fase de conhecimento, passo à apreciá-la em face ao seu manifesto cunho jurídico, mas, de logo, registro que o apelo não comporta procedência.

Isto porque, o pedido e a causa de pedir têm origem na relação de trabalho pactuada com a primeira reclamada, sendo regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, atraindo a competência desta Justiça Especializada, na forma do artigo 114 da Constituição Federal.

Observe-se que a participação da autarquia recorrente neste feito decorre exclusivamente de sua responsabilidade à luz do item IV (redação anterior) da Súmula nº 331 do TST, não se tratando a hipótese de reconhecimento de eventual relação de emprego.

1.3 Dos juros moratórios

O litisconsorte postula a reforma dos cálculos quanto à aplicação dos juros de mora, requerendo seja observado o disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, que estabelece a limitação desse encargo ao percentual de 6% ao ano.

Razão não lhe assiste.

A condenação imposta ao agravante se deu em caráter secundário, caso em que as obrigações relativas ao crédito trabalhista do autor foram atribuídas de forma direta apenas à reclamada principal, real empregadora do exequente.

Destarte, arcando o ente público quanto aos títulos trabalhistas apenas em caso de eventual inadimplência da primeira reclamada, deverá responder com o pagamento integral desse montante, incluídos o principal e os acessórios, e os juros de mora, enquadrando-se como acessório, deverão ser contabilizados normalmente, sem haver qualquer redução do seu percentual em virtude de o litisconsorte confundir-se com a própria Fazenda Pública.

Assim, os índices a serem utilizados serão aqueles estabelecidos pela Lei nº 8.177/91, que é a norma legal inerente à disciplina da relação jurídica entre o credor e a devedora.

De mais a mais, o TST já firmou entendimento acerca da matéria, traduzido na Orientação Jurisprudencial nº 382 da sua SDI-1, ao estabelecer que *“a Fazenda Pública, quando condenada subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas devidas pela empregadora principal, não se beneficia da limitação dos juros, prevista no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10.09.1997.”*

Sentença que se mantém, no aspecto

I.4 Da inobservância do benefício de ordem

No aspecto, a arguição do recorrente é no sentido de que não foram esgotadas todas as diligências para quitação do crédito exequendo, referindo-se, especificamente, ao não redirecionamento da execução contra os sócios da empresa reclamada (Control Service Ltda.).

Não procede, contudo, a pretensão.

No julgado originário (fl. 74/75), consta que as obrigações trabalhistas ali reconhecidas seriam suportadas pela responsável principal, Control Service Ltda., e pelo subsidiário, ora agravante, sendo certo que, quanto à referida empresa resta evidentemente frustrada a exigibilidade do título, consoante se pode ver das diligências efetivadas pelo *a quo* nesse sentido (fls. 147/156).

Diante do malogro da execução, dentro dos limites da lide, correta a sentença quanto à adoção do procedimento que ora reputa inadequado o agravante, referindo-se, por oportuno, a possibilidade de, futuramente, acionar regressivamente a empresa reclamada ou seus sócios, pleiteando o correspondente ressarcimento.

I.5 Do direito de retenção

A recorrente requer seja emitida declaração expressa quanto

ao seu direito de retenção (artigo 767 da CLT), em face de valores e bens que a União, suas autarquias e fundações, possam alcançar, objetivando cumprir as obrigações que foram imputadas na presente causa.

Não há como acolher a pretensão, porquanto o referido dispositivo não tem a amplitude pretendida pela recorrente. Sua aplicação se restringe a esfera juslaboral, não podendo atingir terceiros estranhos à relação.

1.6 Do prequestionamento

Os fundamentos aqui externados evidenciam o juízo de valor firmado, o qual não vulnera quaisquer dos dispositivos legais ou constitucionais mencionados pela recorrente, referindo-se, por oportuno, que o prequestionamento de que cuida a Súmula nº 297 do TST prescinde da referência expressa a todos os normativos indicados pela parte.

Nada a deferir, portanto.

2. CONCLUSÃO

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.

ACORDAM os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo.

Recife, 31 de agosto de 2011.

PEDRO PAULO PEREIRA NÓBREGA
DESEMBARGADOR FEDERAL DO TRABALHO RELATOR

Súmulas

SÚMULA Nº 01

SUCSSÃO TRABALHISTA - ALIENAÇÕES DE ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DO PROER - PROGRAMA DE APOIO À REESTRUTURAÇÃO E AO FORTALECIMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO - CARACTERIZAÇÃO (REQUISITOS)

Nas alienações de estabelecimentos bancários decorrentes da execução do PROER - Programa de Apoio à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema financeiro, caracteriza-se sucessão trabalhista (artigos 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho) mesmo nas hipóteses em que o bancário não tenha prestado trabalho ao sucessor, sendo, outrossim, irrelevante a tal configuração o fato de a instituição sucedida não ter sido extinta, ou seja, de estar submetida a regime de liquidação extrajudicial.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 08/2000

3ª PUBL. DOE-PE: 22/07/2000

SÚMULA Nº 02

BANCÁRIO - CONTRATAÇÃO DE HORAS EXTRAS À DATA DA ADMISSÃO - EXEGESE DOS ARTIGOS 224 E 225 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A contratação do serviço suplementar, quando da admissão do trabalhador bancário, é nula. Os valores assim ajustados apenas remuneram a jornada normal, sendo devidas as horas extras com o adicional de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento).

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 08/2000

3ª PUBL. DOE-PE: 22/07/2000

SÚMULA Nº 03

DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO DE REPOUSOS SEMANAIS - NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO - MATÉRIA DISCIPLINADA PELO ARTIGO 10 DO REGULAMENTO APROVADO PELO DECRETO Nº 27.048, de 12 DE AGOSTO DE 1949

As diferenças de remuneração de repousos semanais, decorrentes de horas extras, implicam o direito à complementação do pagamento de aviso prévio indenizado, férias, gratificação natalina e depósitos de fundo de garantia do tempo de serviço - FGTS, em razão da natureza salarial definida pelo artigo 10, caput, do regulamento aprovado pelo Decreto nº 27.048, de 12 de agosto de 1949".

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 08/2000

3ª PUBL. DOE-PE: 22/07/2000.

SÚMULA Nº 04

JUROS DE MORA - DEPÓSITO EM GARANTIA DO JUÍZO - EXEGESE DO ARTIGO 39, § 1º, DA LEI 8.177/91 - RESPONSABILIDADE DA PARTE EXECUTADA

Independentemente da existência de depósito em conta, à ordem do Juízo, para efeito de garantia, de modo a possibilitar o ingresso de embargos à execução e a praticar atos processuais subsequentes, os juros de mora - que são de responsabilidade da parte executada - devem ser calculados até a data da efetiva disponibilidade do crédito ao exeqüente.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 04/2001

3ª PUBL. DOE-PE: 22/06/2001

SÚMULA Nº 05

(Cancelada pela RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 003/2003 DOE/PE: 25.02.03)

CUSTAS PROCESSUAIS – PAGAMENTO – IMPOSIÇÃO À PARTE VENCIDA EM JULGAMENTO DE AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO – IMPOSSIBILIDADE

Tratando-se de espécie de tributo cuja exigência depende de previsão legal, e havendo os artigos 702, inciso I, alínea "g", e 789, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho sido revogados pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969 – conforme proclamado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 116.208-2, de que foi relator o Eminentíssimo Ministro Moreira Alves -, não há possibilidade de o magistrado trabalhista, em julgamento de ação de embargos de terceiro,

condenar a parte vencida ao pagamento de custas processuais.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 19/2001

3ª PUBL. DOE-PE: 22/12/2001

SÚMULA Nº 06

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – FGTS – PRESCRIÇÃO

Durante a vigência do contrato de trabalho e até dois anos após a sua extinção, é trintenária a prescrição do direito de reclamar a efetivação dos depósitos do FGTS, relativamente às parcelas de natureza salarial percebidas pelo empregado.

RESOL. ADMINISTRATIVA TRT - 004/2003

(DOE/PE de 13,14 e 15.03.2003)

SÚMULA Nº 07

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO – INTEGRAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS

Em consonância com o disposto no artigo 457 da CLT, a gratificação percebida habitualmente em razão do exercício de função tem natureza salarial e, por conseqüência, integra a base de cálculo das horas extras prestadas.

RESOL. ADMINISTRATIVA TRT - 004/2003

(DOE/PE de 13,14 e 15.03.2003)

SÚMULA Nº 08

GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL – QUITAÇÃO EM PARCELAS MENSAIS

Inclusão na base de cálculo para remuneração das horas extras. A parcela denominada gratificação semestral, quando paga mensalmente, possui natureza salarial, consoante diretriz traçada no artigo 457, § 1º da CLT, integrando a base de cálculo das horas extras.

RESOL. ADMINISTRATIVA TRT - 004/2003

(DOE/PE de 13,14 e 15.03.2003)

SÚMULA Nº 09

TAXA ASSISTENCIAL – EMPREGADOS NÃO SINDICALIZADOS – INEXIGIBILIDADE

É nula, por afrontar o princípio da liberdade sindical, a cláusula de instrumento normativo que obriga empregados não sindicalizados

ao pagamento da taxa assistencial.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT nº 14/2005

Publ. DOE/PE: 31.08.2005 página 33

SÚMULA Nº 10

MANDADO DE SEGURANÇA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE BLOQUEIO DE CRÉDITO

Mesmo que se processe em execução provisória, o ato judicial que determina o bloqueio de crédito não fere direito líquido e certo do devedor, considerando-se o disposto nos artigos 889 e 882 da CLT, bem como a ordem de gradação estabelecida pelo artigo 655 do CPC, e, ainda, o disposto no artigo 588, caput, inciso II e § 2º do CPC, acrescidos pela Lei nº 10.444/2002, superveniente à edição da Orientação Jurisprudencial nº 62 da SDI-II do TST.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT nº 14/2005

Publ. DOE/PE: 31.08.2005 página 33

SÚMULA Nº 11

AÇÃO ANULATÓRIA – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – COMPETÊNCIA FUNCIONAL

Em consonância com o disposto no artigo 83, IV, da Lei Complementar nº 75/93, o Ministério Público do Trabalho está legitimado para ajuizar ação anulatória envolvendo previsão contida em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo.2. É da competência originária do Tribunal Regional do Trabalho o julgamento de ação anulatória ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, com o objetivo de desconstituir cláusula resultante de negociação coletiva, desde que as bases territoriais dos sindicatos convenientes ou acordantes não extrapolem a sua circunscrição.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT nº 15/2005

Publ. DOE/PE: 31.08.2005 página 33

SÚMULA Nº 12

CONTRATO DE EMPREGO. ILICITUDE DO OBJETO. TRABALHO VINCULADO AO JOGO DO BICHO. CONTRAVENÇÃO PENAL. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS RETROATIVOS

Configurados os requisitos do contrato de emprego, não 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

Sentenças

PROCESSO nº 0000896-95.2010.5.06.0003

ÓRGÃO JULGADOR
3ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE

ATA DE JULGAMENTO

Aos 29 dias do mês de novembro do ano de 2010, às 13 horas, estando aberta a audiência da 3.^a Vara do Trabalho desta cidade, na sala respectiva, à PCA MIN JOAO GONCALVES DE SOUZA – 11.º AND/SUL - ENGENHO DO MEIO - RECIFE - PE - 50670-900, com a presença do Sr. Juiz do Trabalho, Dr. RAFAEL VAL NOGUEIRA, foram, por ordem do Sr. Juiz, apregoados os litigantes **ANTÔNIO JOSÉ DO NASCIMENTO**, Reclamante, e **MAXXIMA EMPREENDIMENTOS LTDA.** e **CONSTRUTORA CONIC SOUZA FILHO LTDA.**, Reclamadas.

Ausentes as partes.

Instalada a audiência, o Juiz passou a proferir a seguinte decisão:

ANTÔNIO JOSÉ DO NASCIMENTO ajuizou a presente Reclamação Trabalhista em face de **MAXXIMA EMPREENDIMENTOS LTDA.** e **CONSTRUTORA CONIC SOUZA FILHO LTDA.**, deduzindo as razões e formulando os pedidos constantes da petição inicial de fls. 02 a 07.

Regularmente notificadas, após frustrada a primeira tentativa conciliatória, as Reclamadas apresentaram as contestações de fls. 21 a 36 e 59 a 66, suscitando preliminar e enfrentando o mérito da causa.

Alçada fixada de acordo com a inicial.

As partes juntaram documentos e puderam se manifestar sobre aqueles acostados pelo adverso.

Em audiência, colhi o depoimento das partes, bem como o de duas testemunhas.

Encerrada a instrução, apresentaram as partes Razões Finais remissivas.

Sem êxito a segunda proposta conciliatória, foi designada data para realização de audiência em prosseguimento para prolação e

publicação de sentença.

É o quanto há a relatar.

FUNDAMENTAÇÃO

I. Da gratuidade da justiça

Defiro ao Reclamante os benefícios da justiça gratuita, pois nada há nos autos que infirme a declaração de pobreza formulada na inicial, suficiente que é, nos termos da lei, à concessão do benefício.

2. Da preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da segunda reclamada

A segunda Reclamada sustenta ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente Reclamação sob o argumento de que não é empregadora do Reclamante, muito menos co-responsável por eventual indenização decorrente e acidente de trabalho.

Rejeito a preliminar.

A legitimidade das partes deve ser aferida *in abstracto*, ou seja, ela só poderá ser proclamada de plano se houver elementos suficientes para reconhecer-se, de logo, que determinado sujeito não participou da relação jurídica de direito material subjacente à lide a que faz alusão o autor.

No caso dos autos, saber se a segunda Reclamada tem ou não responsabilidade pelo sinistro que vitimou o Reclamante é questão intrinsecamente ligada ao mérito da causa, sobretudo porque a alegação inicial é de que a ambas as empresas reclamadas “cabia zelar pela integridade física de seus funcionários, não só reduzindo os riscos de acidentes como também prestando a assistência necessária para que as consequências sejam as menores possíveis”.

Assim, bem se pode concluir que a matéria versada na preliminar se confunde com o próprio mérito da causa e nessa qualidade deverá ser apreciada.

Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* alçada pela segunda Reclamada.

3. Do acidente de trabalho – construção civil – lesão corporal – incapacidade para o trabalho reconhecida pelo inss – da responsabilidade solidária do empregador e da empreiteira pelos danos sofridos pelo empregado

Alega o Reclamante que começou a trabalhar para as Reclamadas em 06.01.2009, quando passou a exercer as funções de servente de obra.

Refere que, à época, sua remuneração alcançava o valor de R\$ 504,90.

Mais adiante, esclarece que, em 03.02.2009, sofreu acidente de trabalho, estando desde aquela data em gozo de benefício previdenciário.

Destaca que, na qualidade de servente de obra, se inseria em suas funções operar o equipamento conhecido por “foguetete”, o qual fazia o transporte de caixotes carregados com material utilizado na construção.

Aduz que, no dia do acidente, operava o equipamento antes mencionado quando um dos caixotes despencou sobre sua mão, ocasionando a perda de dois dedos e a inutilização de outros dois da mesma mão, que, a partir de então, passou a contar apenas com a mobilidade de um dedo.

Salienta que atualmente suporta, em verdade, a inutilidade de uma de suas mãos, o que lhe rendeu abalo psicológico, pois limitou suas atividades do dia a dia, prejudicou sua capacidade laboral aos 47 anos de idade e o tem impedido de realizar os movimentos mais simples, como o de escrever.

Enfatiza o caráter irreversível das seqüelas, bem como a natureza objetiva da responsabilidade das Reclamadas, haja vista que o fato ocorreu no exercício da função, muito embora também refira que a elas “cabia zelar pela integridade física de seus funcionários, não só reduzindo os riscos de acidentes como também prestando a assistência necessária para que as consequências sejam as menores possíveis”.

Invocando as normas dos art. 7.º, XXVIII, da CF/88 e a do art. 121 da Lei 8.213/91, requer a condenação solidária das empresas a pagar-lhe indenização por danos morais e patrimoniais consubstanciada em montante não inferior a R\$ 100.000,00 acrescida de pensão vitalícia de dois salários mínimos.

A primeira Reclamada, por sua vez, empregadora do

Reclamante, rejeita a possibilidade de reconhecimento de sua responsabilidade pelo acidente sem que se verifique culpa de sua parte.

Ressalta, aliás, que, em verdade, foi o Reclamante quem agiu com culpa, por trabalhar próximo da área de carregamento de materiais e por ingressar em área que estava isolada.

Frisa que o Reclamante não foi diligente ao atrelar o “foguetete” ao cabo e isso teria ocasionado a queda da carga sobre sua própria mão.

Conclui que não existe nexo de causalidade entre ação ou omissão da empresa e o acidente.

Pede a improcedência dos pedidos.

A segunda Reclamada, por sua vez, nega tenha qualquer responsabilidade sobre os fatos narrados na inicial, pois não contratou o Reclamante, não havia vínculo de emprego entre ela e oobriero e as responsabilidades civis e trabalhistas eram ônus exclusivo da primeira Reclamada.

Refere que é preciso verificar se o Autor utilizava os EPI´s fornecidos pela primeira Reclamada e se ele desobedeceu ou não teve o cuidado de proteger-se “contra os perigos iminentes dos serviços da construção civil”.

Requer seja julgada improcedente a Reclamação.

Pois bem, a responsabilidade civil por ato ilícito se escora em três pilares básicos: ação ou omissão ilícita, dano e nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo.

Além disso, quando não verificada hipótese legal de responsabilidade objetiva, mostra-se indispensável a configuração do elemento subjetivo, do dolo ou a culpa.

No caso dos autos, mostra-se patente a existência do acidente e do dano derivado.

De fato, a prova oral coligida aos autos, aliada à análise do documento de fl. 56, além da ausência de negativa por parte das Rés, autoriza concluir que, de fato, enquanto em serviço, operando guincho do tipo “velox”, o Reclamante viu despencar sobre sua mão a carga que estava sendo transportada pelo equipamento, o que ocasionou a perda de dois dedos, bem como a inutilização de outros dois, implicando, em suma, a perda da funcionalidade da própria mão direita.

Além disso, o documento de fl. 58 demonstra que a Autarquia Previdenciária reconheceu que, da lesão sofrida, decorreu incapacidade laborativa, de tal modo que convolou, em menos de um ano, o auxílio-doença acidentário em aposentadoria por invalidez.

Que houve nexo de causalidade entre o serviço e o dano também não há dúvida, haja vista que a lesão decorreu do fato de que a carga que estava sendo transportada pelo guincho carregado e operado pelo Reclamante desabou a meio caminho, vindo a esmagar parte de sua mão direita.

O que resta a sindicair é se há responsabilidade das empresas pela ocorrência do sinistro e se tal responsabilidade é objetiva ou deve ter por pressuposto o elemento culpa.

Ensina RUI STOCO¹ que a teoria da responsabilidade civil objetiva nasceu no século XIX pelos estudos de Saleilles e Josserand, este último ao desenvolver coincidentemente o trabalho “*Les accidents du travail et la responsabilité civile*”.

Por ela, não se exige que a responsabilidade resulte necessariamente da concorrência de seus elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro), já que se assenta apenas em dois pólos: o dano e seu autor, “sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso”, ainda no dizer de RUI STOCO.

No ordenamento jurídico brasileiro, a norma do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, preceitua ser direito do trabalhador, sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social, seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa.

Ante esta disposição, é de se indagar se se aplica ao empregador a norma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, assim vazada:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

1 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 151.

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Na lição de SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA², a resposta vem a ser positiva:

Cabe analisar, neste passo, se a norma geral da teoria do risco, prevista no parágrafo único do art. 927, tem aplicação nas ações indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho. A partir do Código Civil de 2002, o empregador arca com as indenizações quando ocorre acidente de trabalho, mesmo quando não fica comprovada a sua culpa no evento?

A questão suscita fundadas controvérsias, formando-se duas tendências ou correntes entre os doutrinadores. A primeira corrente entende que o parágrafo único do art. 927 não se aplica nas hipóteses de acidente de trabalho, sob o argumento básico de que a Constituição da República tem norma expressa estabelecendo como pressuposto da indenização a ocorrência de culpa do empregador (...). Assim, norma alguma de hierarquia inferior poderia contrariar a previsão constitucional. (...)

A segunda corrente, ao contrário, sustenta que o novo dispositivo tem inteira aplicação no caso de acidente de trabalho. Isso porque entendemos que a previsão do inciso XXVIII mencionado deve ser interpretada em harmonia com o que estabelece o *caput* do artigo respectivo, que prevê: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Assim, o rol dos direitos mencionados no art. 7.º da Constituição não

² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4.ª ed. São Paulo: LTr, 2008, págs. 101-102.

impede que a lei ordinária amplie os existentes ou acrescente “*outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador*”. Como leciona *Arnaldo Süssekind*, o elenco de direitos relacionados no art. 7.º é meramente exemplificativo, admitindo complementação. No mesmo sentido, conclui o festejado *Dallegrave Neto* que “a melhor exegese sistêmica da ordem constitucional não deixa pairar dúvidas acerca da legitimidade do mencionado artigo do novo Código Civil, vez que o caput do art. 7.º da CF assegura um rol de direitos mínimos sem prejuízo de outros que visam à melhor condição social ao trabalhador”.

Por interpretação sistêmica da Constituição Federal, verifica-se que, a princípio, por se tratar de norma que melhora a condição social do empregado, nada impede a aplicação da regra do parágrafo único do art. 927 do Código Civil aos casos de acidente de trabalho.

Não é, no entanto, frise-se, toda atividade desenvolvida pelo empregador que poderá gerar para o acidentado o direito à reparação por responsabilidade objetiva da empresa.

É que, embora este Juízo já tenha concluído pela aplicabilidade da norma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil para os casos de acidente de trabalho, deve-se observar que a própria redação da norma se refere às atividades que impliquem riscos para os direitos de outrem.

Neste ponto cabe syndicar se a atividade desenvolvida pelo Reclamante a serviço das empresas o expunha a risco tal que possa autorizar amparar o pleito indenizatório na teoria da responsabilidade objetiva.

Colho novamente a lição de SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA³

Entendemos que na hipótese do acidente de trabalho a questão deverá ser analisada

3 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4.ª ed. São Paulo: LTr, 2008, págs. 110-111.

casuisticamente, considerando a natureza da atividade do empregador, ou seja, o grau específico de risco da sua atividade, daí a expressão explicativa colocada no texto legal “*por sua natureza*”. A propósito, conclui o professor *Clayton Reis* que a redação do artigo pode ser assim traduzida: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicara possibilidade de gerar prejuízos ou riscos para os direitos de outrem.

É verdade que todos os que estamos vivos corremos riscos, entretanto, determinadas ocupações colocam o trabalhador num degrau de maior probabilidade de sofrer acidentes, em razão da natureza ou da periculosidade intrínseca da atividade patronal. A partir desse pensamento que traduz a essência do preceito legal, a diretriz aprovada na 1.^a Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2002, aponta um interessante critério de interpretação para identificar os riscos que propiciam a aplicação da responsabilidade civil objetiva:

Enunciado 38 – Art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Pelos parâmetros desse Enunciado doutrinário, para que haja indenização será necessário comparar o risco da atividade que gerou o dano com o nível de exposição ao risco dos demais membros da coletividade.

No caso dos autos, observa-se que ambas as empresas Reclamadas, a incorporadora, a primeira Reclamada, e a empreiteira por ela contratada para administrar e executar a obra, a segunda Reclamada, atuam no ramo da construção civil.

Sobre os riscos que normalmente envolvem referida atividade, explicita ALEXANDRE DEMETRIUS PEREIRA⁴:

A atividade de construção civil sempre se caracterizou por sua liderança no que tange aos acidentes de trabalho.

Esse fato, por muito tempo comprovado em estatísticas do ministério do Trabalho, deve-se muitas vezes à soma de alguns fatores como a freqüente mutação do ambiente de trabalho, que dificulta a instalação constante de proteções, a pouca instrução dos trabalhadores do ramo, que não tem ciência dos riscos e benefícios da utilização de proteções, bem como a omissão dos empregadores no cumprimento das normas de segurança.

Tanto é assim que a norma do art. 200, I, da CLT, já indica a especial atenção que a Fiscalização do Trabalho deve dar a referida atividade:

Art. 200 - Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

I - medidas de prevenção de acidentes e os equipamentos de proteção individual em obras de construção, demolição ou reparos. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

4 PEREIRA, Alexandre Demetrius. *Tratado de Segurança e Saúde Ocupacional, vol IV: aspectos técnicos e jurídicos: NR-16 a NR-18*. São Paulo: LTr, 2005, pág. 172.

Foi em cumprimento a essa previsão consolidada que o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Norma Regulamentadora n.º 18.

De mais a mais, o E. Tribunal Superior do Trabalho já vem adotando posição no sentido de admitir a responsabilidade objetiva do empregador nas hipóteses em que o acidente tenha relação com o risco acentuado inerente à atividade empresarial.

Nesse sentido, é bastante elucidativo trecho de recente Acórdão conduzido por voto da Eminente Ministra Kátia Magalhães Arruda nos autos do Recurso de Revista 9951300-85.2006.5.09.0016, julgado em 20.10.2010, envolvendo sinistro também verificado no ramo da construção civil. *In verbis*:

ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Esta Corte Superior adota o entendimento de que, na hipótese de acidente de trabalho, quando o infortúnio tenha relação com o risco acentuado inerente à atividade empresarial ou à função exercida pelo trabalhador, pode ser reconhecida a responsabilidade objetiva da empresa.

Registrem-se, por oportuno, os seguintes precedentes desta Corte:

RECURSO DE EMBARGOS NA VIGÊNCIA ATUAL DO ART. 894, II, DA CLT. ACIDENTE DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. No caso em exame, o empregado foi vitimado enquanto trabalhava como vigilante para a reclamada, por disparos de arma de fogo, vindo a falecer no local de trabalho. Remanesce, portanto, a responsabilidade objetiva, em face do risco sobre o qual o empregado realizou suas funções, adotando a teoria do risco profissional com o fim de preservar valores sociais e constitucionais fundamentais para as relações jurídicas, em especial a dignidade da pessoa humana. Recurso de embargos conhecido e desprovido.- (E-RR - 153800-56.2006.5.12.0009,

Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 05/02/2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 13/02/2009) -RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO. 1. O novo Código Civil Brasileiro manteve, como regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, calcada na culpa. Inovando, porém, em relação ao Código Civil de 1916, ampliou as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, acrescentando aquela fundada no risco da atividade empresarial, consoante previsão inserta no parágrafo único do artigo 927. Tal acréscimo apenas veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, decorrentes de acidente do trabalho, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador. 2. A atividade desenvolvida pelo reclamante - teste de pneus - por sua natureza, gera risco para o trabalhador, podendo a qualquer momento o obreiro vir a lesionar-se, o que autoriza a aplicação da teoria objetiva, assim como o fato de o dano sofrido pelo reclamante decorrer de acidente de trabalho. Inquestionável, em situações tais, a responsabilidade objetiva do empregador. 3. Recurso de revista conhecido e provido.- (RR - 42200-87.2004.5.05.0011, Redator Ministro: Lélío Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 17/12/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 20/03/2009) -AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE -CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA- (FATO DA VÍTIMA). Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT,

ante a constatação de violação do art. 927, parágrafo único, do CC. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC). INEXISTÊNCIA DE -CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA- (FATO DA VÍTIMA). A regra geral do ordenamento jurídico, no tocante à responsabilidade civil do autor do dano, mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva (arts. 186 e 927, caput, CC). Contudo, tratando-se de atividade empresarial, ou de dinâmica laborativa (independentemente da atividade da empresa), fixadoras de risco acentuado para os trabalhadores envolvidos, desponta a exceção ressaltada pelo parágrafo único do art. 927 do CC, tornando objetiva a responsabilidade empresarial por danos acidentários (responsabilidade em face do risco). Noutra norte, a caracterização da culpa exclusiva da vítima é fator de exclusão do elemento do nexo causal para efeito de inexistência de reparação civil no âmbito laboral quando o infortúnio ocorre por causa única decorrente da conduta do trabalhador, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se, com base nos fatos relatados pelo Regional, se conclui que a conduta da vítima do acidente não se revelou como causa única do infortúnio, afasta-se a hipótese excludente da responsabilização da empregadora pelo dano causado. Recurso conhecido e provido.- (ED-RR - 85040-87.2004.5.12.0021, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 03/06/2009, 6ª Turma, Data de

Publicação: 12/06/2009)

No caso concreto, do contexto fático-probatório, depreende-se que o infortúnio teve relação com risco acentuado inerente à atividade da empregadora (empresa de engenharia do ramo da construção civil) e à função exercida pelo trabalhador (carpinteiro que manuseava serra elétrica), sendo irrelevante para o dever de indenizar o elemento culpa.

Por conseguinte, constatado o dano advindo da ocorrência do acidente do trabalho, e, por sua vez, o nexo de causalidade, tendo em vista o risco acentuado oriundo do manejo da serra elétrica, risco esse inerente à função exercida pelo reclamante, impõe-se o dever de repará-lo.

Penso também que mesmo raciocínio pode ser utilizado para o caso dos autos, que se relaciona ao transporte de material na construção civil, atividade que, de tão acentuado o risco que envolve, conta com toda uma seção na NR-18 a tratar das precauções que devem ser adotadas quando de sua operacionalização.

Transcrevo para melhor compreensão:

NR 18 - CONDIÇÕES E MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO

18.14 Movimentação e Transporte de Materiais e Pessoas

18.14.1 Os equipamentos de transporte vertical de materiais e de pessoas devem ser dimensionados por profissional legalmente habilitado.

18.14.1.1 A montagem e desmontagem devem ser realizadas por trabalhador qualificado.

18.14.1.2 A manutenção deve ser executada por trabalhador qualificado, sob supervisão de

profissional legalmente habilitado.

18.14.2 Todos os equipamentos de movimentação e transporte de materiais e pessoas só devem ser operados por trabalhador qualificado, o qual terá sua função anotada em Carteira de Trabalho.

18.14.3 No transporte vertical e horizontal de concreto, argamassas ou outros materiais, é proibida a circulação ou permanência de pessoas sob a área de movimentação da carga, sendo a mesma isolada e sinalizada.

18.14.4 Quando o local de lançamento de concreto não for visível pelo operador do equipamento de transporte ou bomba de concreto, deve ser utilizado um sistema de sinalização, sonoro ou visual, e, quando isso não for possível deve haver comunicação por telefone ou rádio para determinar o início e o fim do transporte.

18.14.5 No transporte e descarga dos perfis, vigas e elementos estruturais, devem ser adotadas medidas preventivas quanto à sinalização e isolamento da área.

18.14.6 Os acessos da obra devem estar desimpedidos, possibilitando a movimentação dos equipamentos de guindar e transportar.

18.14.7 Antes do início dos serviços, os equipamentos de guindar e transportar devem ser vistoriados por trabalhador qualificado, com relação à capacidade de carga, altura de elevação e estado geral do equipamento.

18.14.8 Estruturas ou perfis de grande superfície somente devem ser içados com total precaução contra rajadas de vento.

18.14.9 Todas as manobras de movimentação devem ser executadas por trabalhador qualificado e por meio de código de sinais convencionados.

18.14.10 Devem ser tomadas precauções especiais quando da movimentação de máquinas e equipamentos próximo a redes elétricas.

18.14.11 O levantamento manual ou semimecanizado de cargas deve ser executado de forma que o esforço físico realizado pelo trabalhador seja compatível com a sua capacidade de força, conforme a NR-17 - Ergonomia.

18.14.12 Os guinchos de coluna ou similar (tipo “Velox”) devem ser providos de dispositivo próprios para sua fixação.

18.14.13 O tambor do guincho de coluna deve estar nivelado para garantir o enrolamento adequado do cabo.

18.14.14 A distância entre a roldana livre e o tambor do guincho do elevador deve estar compreendida entre 2,50m

(dois metros e cinquenta centímetros) e 3,00m (três metros), de eixo a eixo.

18.14.15 O cabo de aço situado entre o tambor de rolamento e a roldana livre deve ser isolado por barreira segura, de forma que se evitem a circulação e o contato acidental de trabalhadores com o mesmo.

18.14.16 O guincho do elevador deve ser dotado de chave de partida e bloqueio que impeça o seu acionamento por pessoa não autorizada.

18.14.17 Em qualquer posição da cabina do elevador, o cabo de tração deve dispor, no mínimo, de 6 (seis) voltas enroladas no tambor.

18.14.18 Os elevadores de caçamba devem ser utilizados apenas para o transporte de material a granel.

18.14.19 É proibido o transporte de pessoas por equipamento de guindar não projetado para este fim. (Alterado pela Portaria SIT n.º 15, de 03 de julho de 2007)

18.14.20 Os equipamentos de transportes de materiais devem possuir dispositivos que impeçam a descarga acidental do material transportado.

18.14.21 Torres de Elevadores

18.14.21.1 As torres de elevadores devem

ser dimensionadas em função das cargas a que estarão sujeitas.

18.14.21.1.1 Na utilização de torres de madeira devem ser atendidas as seguintes exigências adicionais:

a) permanência, na obra, do projeto e da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) de projeto e execução da torre;

b) a madeira deve ser de boa qualidade e tratada.

18.14.21.2 As torres devem ser montadas e desmontadas por trabalhadores qualificados.

18.14.21.3 As torres devem estar afastadas das redes elétricas ou estas isoladas conforme normas específicas da concessionária local.

18.14.21.4 As torres devem ser montadas o mais próximo possível da edificação.

18.14.21.5 A base onde se instala a torre e o guincho deve ser única, de concreto, nivelada e rígida.

18.14.21.6 Os elementos estruturais (laterais e contraventos) componentes da torre devem estar em perfeito estado, sem deformações que possam comprometer sua estabilidade.

18.14.21.7 As torres para elevadores de caçamba devem ser dotadas de dispositivos que mantenham a caçamba em equilíbrio.

18.14.21.8 Os parafusos de pressão dos painéis devem ser apertados e os contraventos contrapinados.

18.14.21.9 O estaiamento ou fixação das torres à estrutura da edificação deve ser a cada laje ou pavimento. (Alterado pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.21.10 A distância entre a viga superior da cabina e o topo da torre, após a última parada, deve ser de 4,00m (quatro metros). (Alterado pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.21.11 As torres devem ter os

montantes posteriores estaiados a cada 6,00m (seis metros) por meio de cabo de aço; quando a estrutura for tubular ou rígida, a fixação por meio de cabo de aço é dispensável. (Alterado pela

Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.21.12 O trecho da torre acima da última laje deve ser mantido estaiado pelos montantes posteriores, para evitar o tombamento da torre no sentido contrário à edificação.

18.14.21.13 As torres montadas externamente às construções devem ser estaiadas através dos montantes posteriores.

18.14.21.14 A torre e o guincho do elevador devem ser aterrados eletricamente.

18.14.21.15 Em todos os acessos de entrada à torre do elevador deve ser instalada uma barreira que tenha, no mínimo 1,80m (um metro e oitenta centímetros) de altura, impedindo que pessoas exponham alguma parte de seu corpo no interior da mesma. (Alterado pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.21.16 A torre do elevador deve ser dotada de proteção e sinalização, de forma a proibir a circulação de trabalhadores através da mesma.

18.14.21.17 As torres de elevadores de materiais devem ter suas faces revestidas com tela de arame galvanizado ou material de resistência e durabilidade equivalentes. (Alterado pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.21.17.1 Nos elevadores de materiais, onde a cabina for fechada por painéis fixos de, no mínimo 2 (dois) metros de altura, e dotada de um único acesso, o entelamento da torre é dispensável. (Incluído pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.21.18 As torres do elevador de material e do elevador de passageiros devem ser equipadas com dispositivo de segurança que impeça a

abertura da barreira (cancela), quando o elevador não estiver no nível do pavimento.

18.14.21.19 As rampas de acesso à torre de elevador devem:

a) ser providas de sistema de guarda-corpo e rodapé, conforme subitem 18.13.5;

b) ter pisos de material resistente, sem apresentar aberturas;

c) ser fixadas à estrutura do prédio e da torre;

d) não ter inclinação descendente no sentido da torre.

18.14.21.20 Deve haver altura livre de no mínimo 2,00m (dois metros) sobre a rampa.

18.14.22 Elevadores de Transporte de Materiais

18.14.22.1 É proibido o transporte de pessoas nos elevadores de materiais.

18.14.22.2 Deve ser fixada uma placa no interior do elevador de material, contendo a indicação de carga máxima e a proibição de transporte de pessoas.

18.14.22.3 O posto de trabalho do guincheiro deve ser isolado, dispor de proteção segura contra queda de materiais, e os assentos utilizados devem atender ao disposto na NR-17- Ergonomia.

18.14.22.4 Os elevadores de materiais devem dispor de:

a) sistema de frenagem automática que atue com efetividade em qualquer situação tendente a ocasionar a queda

livre da cabina. (Alterado pela Portaria SIT n.º 157, de 10 de abril de 2006)

b) sistema de segurança eletromecânica no limite superior, instalado a 2,00m (dois metros) abaixo da viga superior da torre;

c) sistema de trava de segurança para mantê-lo parado em altura, além do freio do motor; (Alterado pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

d) interruptor de corrente para que só se movimente com portas ou painéis fechados.

18.14.22.5 Quando houver irregularidades no elevador de materiais quanto ao funcionamento e manutenção do mesmo, estas serão anotadas pelo operador em livro próprio e comunicadas, por escrito, ao responsável da obra.

18.14.22.6 O elevador deve contar com dispositivo de tração na subida e descida, de modo a impedir a descida da cabina em queda livre (banguela). (Alterado pela Portaria SSST n.º 20 , de 17 de abril de 1998)

18.14.22.7 Os elevadores de materiais devem ser dotados de botão, em cada pavimento, para acionar lâmpada ou campainha junto ao guincheiro, a fim de garantir comunicação única.

18.14.22.8 Os elevadores de materiais devem ser providos, nas laterais, de painéis fixos de contenção com altura em torno de 1,00m (um metro) e, nas demais faces, de portas ou painéis removíveis.

18.14.22.9 Os elevadores de materiais devem ser dotados de cobertura fixa, basculável ou removível.

18.14.23 Elevadores de Passageiros

18.14.23.1 Nos edifícios em construção com 12 (doze) ou mais pavimentos, ou altura equivalente é obrigatória a instalação de, pelo menos, um elevador de passageiros, devendo o seu percurso alcançar toda a extensão vertical da obra.

18.14.23.1.1 O elevador de passageiros deve ser instalado, ainda, a partir da execução da 7ª laje dos edifícios em construção com 08 (oito) ou mais pavimentos, ou altura equivalente, cujo canteiro possua, pelo menos, 30 (trinta) trabalhadores.

18.14.23.2 Fica proibido o transporte simultâneo de carga e passageiros no elevador de passageiros. (Alterado pela Portaria SSST n.º

20, de 17 de abril de 1998)

18.14.23.2.1 Quando ocorrer o transporte de carga, o comando do elevador deve ser externo. (Incluído pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.23.2.2 Em caso de utilização de elevador de passageiros para transporte de cargas ou materiais, não simultâneo, deverá haver sinalização por meio de cartazes em seu interior, onde conste de forma visível, os seguintes dizeres, ou outros que traduzam a mesma mensagem: “É PERMITIDO O USO DESTA ELEVADOR PARA TRANSPORTE DE MATERIAL, DESDE QUE NÃO REALIZADO SIMULTÂNEO COM O TRANSPORTE DE PESSOAS.” (Incluído pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.23.2.3 Quando o elevador de passageiros for utilizado para o transporte de cargas e materiais, não simultaneamente, e for o único da obra, será instalado a partir do pavimento térreo. (Incluído pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.23.2.4 O transporte de passageiros terá prioridade sobre o de carga ou de materiais. (Incluído pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.23.3 O elevador de passageiros deve dispor de:

a) interruptor nos fins de curso superior e inferior, conjugado com freio automático eletromecânico; (Alterado pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

b) sistema de frenagem automática que atue com efetividade em qualquer situação tendente a ocasionar a queda livre de cabina; (Alterado pela Portaria SIT n.º 157, de 10 de abril de 2006)

c) sistema de segurança eletromecânico situado a 2,00m (dois metros) abaixo da viga

superior da torre, ou outro sistema que impeça o choque da cabina com esta viga; (Alterado pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

d) interruptor de corrente, para que se movimente apenas com as portas fechadas; (Incluído pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

e) cabina metálica com porta; (Alterado pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

f) freio manual situado na cabina, interligado ao interruptor de corrente que quando acionado desligue o motor. (Incluído pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.23.4 O elevador de passageiros deve ter um livro de inspeção, no qual o operador anotará, diariamente, as condições de funcionamento e de manutenção do mesmo. Este livro deve ser visto e assinado, semanalmente, pelo responsável pela obra.

18.14.23.5 A cabina do elevador automático de passageiros deve ter iluminação e ventilação natural ou artificial durante o uso e indicação do número máximo de passageiros e peso máximo equivalente (kg). (Alterado pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.24 Gruas

18.14.24.1 A ponta da lança e o cabo de aço de levantamento da carga devem ficar, no mínimo, a 3m (três metros) de qualquer obstáculo e ter afastamento da rede elétrica que atenda à orientação da concessionária local.

18.14.24.1.1 Para distanciamentos inferiores a 3m (três metros), a interferência deverá ser objeto de análise técnica, por profissional habilitado, dentro do plano de cargas. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114 de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.1.2 A área de cobertura da grua, bem como interferências com áreas além do limite da obra, deverão estar previstas no plano de

cargas respectivo. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.2 É proibida a utilização de guas para o transporte de pessoas. (Alterado pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.3 O posicionamento da primeira ancoragem, bem como o intervalo entre ancoragens posteriores, deve seguir as especificações do fabricante, fornecedor ou empresa responsável pela montagem do equipamento, mantendo disponível no local as especificações atinentes aos esforços atuantes na estrutura da ancoragem e do edifício. (Alterado pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.4 Antes da entrega ou liberação para início de trabalho com utilização de grua, deve ser elaborado um Termo de Entrega Técnica prevendo a verificação operacional e de segurança, bem como o teste de carga, respeitando-se os parâmetros indicados pelo fabricante. (Alterado pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.5 A operação da grua deve se desenvolver de conformidade com as recomendações do fabricante.

18.14.24.5.1 Toda grua deve ser operada através de cabine acoplada à parte giratória do equipamento exceto em caso de guas automontantes ou de projetos específicos ou de operação assistida. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.6 É proibido qualquer trabalho sob intempéries ou outras condições desfavoráveis que exponham os trabalhadores a risco. (Alterado pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.6.1 A grua deve dispor de dispositivo automático com alarme sonoro que indique a ocorrência de ventos superiores a 42

Km/h. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.6.2 Deve ser interrompida a operação com a grua quando da ocorrência de ventos com velocidade superior a 42km/h. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.6.3 Somente poderá ocorrer trabalho sob condições de ventos com velocidade acima de 42 km/h mediante operação assistida. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.6.4 Sob nenhuma condição é permitida a operação com gruas quando da ocorrência de ventos com velocidade superior a 72 Km/h. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.7 A estrutura da grua deve estar devidamente aterrada de acordo com a NBR 5410 e procedimentos da NBR 5419 e a respectiva execução de acordo com o item 18.21.1 desta NR. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.8 Para operações de telescopagem, montagem e desmontagem de gruas ascensionais, o sistema hidráulico deverá ser operado fora da torre. (Alterado pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.8.1 As gruas ascensionais só poderão ser utilizadas quando suas escadas de sustentação dispuserem de sistema de fixação ou quadro-guia que garantam seu paralelismo. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.8.2 Não é permitida a presença de pessoas no interior da torre de grua durante o acionamento do sistema hidráulico. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.9 É proibida a utilização da grua

para arrastar peças, içar cargas inclinadas ou em diagonal ou potencialmente ancoradas como desforma de elementos pré-moldados. (Alterado pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.9.1 Nesse caso, o içamento por grua só deve ser iniciado quando as partes estiverem totalmente desprendidas de qualquer ponto da estrutura ou do solo. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.10 É proibida a utilização de travas de segurança para bloqueio de movimentação da lança quando a grua não estiver em funcionamento.

18.14.24.10.1 Para casos especiais deverá ser apresentado projeto específico dentro das recomendações do fabricante com respectiva ART – Anotação de Responsabilidade Técnica. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.11 A grua deve, obrigatoriamente, dispor dos seguintes itens de segurança: (Alterado pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

- a) limitador de momento máximo;
- b) limitador de carga máxima para bloqueio do dispositivo de elevação;
- c) limitador de fim de curso para o carro da lança nas duas extremidades;
- d) limitador de altura que permita frenagem segura para o moitão;
- e) alarme sonoro para ser acionado pelo operador em situações de risco e alerta, bem como de acionamento automático, quando o limitador de carga ou momento estiver atuando;
- f) placas indicativas de carga admissível ao longo da lança, conforme especificado pelo fabricante;
- g) luz de obstáculo (lâmpada piloto);
- h) trava de segurança no gancho do moitão;

- i) cabos-guia para fixação do cabo de segurança para acesso à torre, lança e contra-lança;
- j) limitador de giro, quando a grua não dispuser de coletor elétrico;
- k) anemômetro;
- l) dispositivo instalado nas polias que impeça o escape acidental do cabo de aço;
- m) proteção contra a incidência de raios solares para a cabine do operador conforme disposto no item 18.22.4 desta NR;
- n) limitador de curso para o movimento de translação de gruas instaladas sobre trilhos;
- o) guarda-corpo, corrimão e rodapé nas transposições de superfície;
- p) escadas fixas conforme disposto no item 18.12.5.10 desta NR;
- q) limitadores de curso para o movimento da lança – item obrigatório para gruas de lança móvel ou retrátil.

18.14.24.11.1 Para movimentação vertical na torre da grua é obrigatório o uso de dispositivo trava-quedas. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.12 As áreas de carga ou descarga devem ser isoladas somente sendo permitido o acesso às mesmas ao pessoal envolvido na operação. (Alterado pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.13 Toda empresa fornecedora, locadora ou de manutenção de gruas deve ser registrada no CREA - Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, para prestar tais serviços técnicos. (Alterado pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

18.14.24.13.1 A implantação, instalação, manutenção e retirada de gruas deve ser supervisionada por engenheiro legalmente habilitado com vínculo à respectiva empresa e, para tais serviços, deve ser emitida ART - Anotação de Responsabilidade Técnica.

(Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.14 Todo dispositivo auxiliar de içamento (caixas, garfos, dispositivos mecânicos e outros), independentemente da forma de contratação ou de fornecimento, deve atender aos seguintes requisitos: (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

a) dispor de maneira clara, quanto aos dados do fabricante e do responsável, quando aplicável;

b) ser inspecionado pelo sinaleiro ou amarrador de cargas, antes de entrar em uso;

c) dispor de projeto elaborado por profissional legalmente, mediante emissão de ART – Anotação de Responsabilidade Técnica – com especificação do dispositivo e descrição das características mecânicas básicas do equipamento.

18.14.24.15 Toda grua que não dispuser de identificação do fabricante, não possuir fabricante ou importador estabelecido ou, ainda, que já tenha mais de 20 (vinte) anos da data de sua fabricação, deverá possuir laudo estrutural e operacional quanto à integridade estrutural e eletromecânica, bem como, atender às exigências descritas nesta norma, inclusive com emissão de ART - Anotação de Responsabilidade Técnica – por engenheiro legalmente habilitado. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.15.1 Este laudo deverá ser revalidado no máximo a cada 2 (dois) anos. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.16 Não é permitida a colocação de placas de publicidade na estrutura da grua, salvo quando especificado pelo fabricante do equipamento. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114, de 17 de janeiro de 2005)

18.14.24.17 A implantação e a operaciona-

lização de equipamentos de guindar devem estar previstas em um documento denominado “Plano de Cargas” que deverá conter, no mínimo, as informações constantes do Anexo III desta NR - “PLANO DE CARGAS PARA GRUAS”. (Incluído pela Portaria SIT n.º 114 de 17 de janeiro de 2005)

18.14.25 Elevadores de Cremalheira (Incluído pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

1. Os elevadores de cremalheira para transporte de pessoas e materiais deverão obedecer as especificações do fabricante para montagem, operação, manutenção e desmontagem, e estar sob responsabilidade de profissional legalmente habilitado. (Incluído pela Portaria SSST n.º 20, de 17 de abril de 1998)

2. Os manuais de orientação do fabricante deverão estar à disposição, no canteiro de obra. (Incluído pela Portaria SSST n.º 20 de 17 de abril de 1998)

Em arremate a esta seção da sentença destinada a fundamentar a responsabilidade objetiva do empregador pelo sinistro que envolveu o Reclamante, transcrevo trecho da obra *Culpa e Risco*⁵, tese apresentada à Congregação da Faculdade Direito da Universidade de São Paulo por ALVINO LIMA, ao concorrer à Cátedra de Direito Civil daquela Faculdade, que penso consiga justificar, em verdadeiro compasso com o princípio da proteção, tão caro ao Direito do Trabalho, a adoção da teoria objetiva para casos como o que se aprecia:

A teoria da culpa não podia resolver, satisfatoriamente, os casos concretos dos danos; pelas malhas de um princípio de ordem moral consagrado na culpa, embora lógico e elevado,

5 LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, págs. 195-196.

os astutos e afortunados autores do delito civil, à maneira dos que o são no crime, como estuda e proclama Ferriani, passaram a ser os “fazedores de atos”, de atos danosos, cujas conseqüências recaem sobre as vítimas inocentes. Foi, pois, em nome dessa insegurança da vítima, cada vez mais evidente e alarmante, desta maioria dos indivíduos expostos aos perigos tantas vezes a serviço da cobiça humana; foi em nome das injustiças irreparáveis sofridas pelas vítimas esmagadas ante a impossibilidade de provar a culpa, embora contemplando o esplendor de um princípio lógico, natural e humano, mas incapaz de resolver com justiça, equidade e equilíbrio os problemas criados pelos próprios homens; foi em nome do princípio da igualdade – que Ripert proclamou como privilégio da teoria da culpa, mas que, na verdade, ante a brutalidade da vida intensa moderna, não mais existe na acanhada concepção da culpa da teoria clássica – que a teoria do risco colocou a vítima inocente em igualdade de condições em que se acham as empresas poderosas; foi em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento da responsabilidade, como afirma Jossierand, que se ergueu a teoria do risco.

Não há, pois, negação, da liberdade humana, mas antes, a sua proclamação, a sua segurança, a sua estabilidade jurídica. Não é o antiindividualismo, porque, assentando-se em bases sociais, na proteção da coletividade, a teoria do risco assegura ao indivíduo a reparação dos danos oriundos das atividades criadas pelos próprios homens, cujas causas não se descobrem, não se conhecem, não se provam, ou são ocultadas, astuta e triunfalmente, pelos causadores dos acidentes. Não é a socialização do direito que nega o indivíduo, que o relega a segundo plano, que recalca os direitos; mas é a socialização do

direito que, ante o perigo real da insegurança material dos indivíduos, refletindo-se nos interesses coletivos, proclama, defende e quer a “segurança jurídica”.

Com estas considerações, porque a atividade desenvolvida pelas empresas reclamadas no âmbito da construção civil envolve inerentes e acentuados riscos, reconheço a responsabilidade objetiva de ambas as empresas, a incorporadora e a empreiteira, pelo sinistro que vitimou o Autor.

Mas não me limito a isso.

Ainda que superada fosse a tese relacionada à responsabilidade objetiva, único ponto sobre que se voltam com ardor as defesas das empresas, sem muita dificuldade encontraria a responsabilidade embasamento no elemento subjetivo culpa.

A prova oral produzida convence este Juízo de que ao menos duas normas de proteção da NR 18 foram descumpridas pelas empresas que, em conjunto, porque responsáveis pela obra e por quem lá trabalhava, deveriam observá-las.

Veja-se que a prova testemunhal confirmou que foi repassada ao Reclamante a seguinte tarefa: encher um caixote com tijolos e fixá-lo ao guincho velox para içamento e, ao mesmo tempo, empreender a mesma atividade com um tambor de massa.

É certo que ficou claro que não poderia o equipamento elevar ao mesmo tempo o tambor de massa e o caixote de tijolos, pois nele há apenas um guincho.

Mas também ficou claro que a ordem era para que, enquanto um dos materiais era içado, o Reclamante fosse enchendo o tambor ou o caixote com massa ou tijolos, respectivamente, a fim de que, tão logo o guincho retornasse, o outro material fosse içado.

Veja-se que a testemunha apresentada pela própria empresa confirma que os materiais – massa e tijolos – estavam sendo depositados a apenas 1 ou 2 metros do velox, ou seja, exatamente dentro da área que deveria estar isolada, a fim de evitar o trânsito de pessoal por baixo da carga transportada.

Nisso, a conduta da empresa colide com a norma do item 18.14.3 da NR 18, assim vazada:

No transporte vertical e horizontal de concreto, argamassas ou outros materiais, é proibida a

circulação ou permanência de pessoas sob a área de movimentação da carga, sendo a mesma isolada e sinalizada.

É comezinho que a área de isolamento deve ter raio superior a 1 metro, pois 1 metro é distância ínfima, mas ficou provado que a apenas 1 metro da máquina, e não mais que 2, estavam depositados os materiais que o Reclamante deveria coletar para completar o caixote de tijolos e o tambor de massa.

É claro que o material estava tão próximo da área de transporte que foi possível que o caixote, ao despencar, caísse sobre mão do Reclamante, ou seja, entre ele e a área sob a carga não distava o tamanho de um braço. É evidente que não se poderia dispor material para coleta nessa área.

E mais, a segunda norma violada é a do item 18.14.20 da NR 18:

Os equipamentos de transportes de materiais devem possuir dispositivos que impeçam a descarga acidental do material transportado.

Ora, parece-me claro que, se não provada, como, de fato, não se provou, que o Reclamante tenha fixado de forma equivocada a carga no guincho, resta concluir que ou o equipamento não detinha dispositivo que impedisse a descarga acidental do material transportado ou, se tal dispositivo existia, ele não funcionou.

E, num caso, como noutro, respondem as empresas pelo sinistro, por utilizarem equipamento sem dispositivo de segurança previsto em NR ou com dispositivo inadequado.

Assim, concluo que, analisada a responsabilidade das empresas tendo em conta o elemento subjetivo, não há negar que deixaram elas de dar cumprimento a normas de segurança previstas na NR 18, a ensejar a omissão culposa necessária à sua responsabilização pelo sinistro.

Apenas para não deixar argumento da parte não respondido, faço ver que a circunstância de a segunda Reclamada não ter admitido nem remunerado o Reclamante – muito embora esta obrigação fosse sua, pelo que consta do contrato de fls. 79 a 90 – não exclui sua responsabilidade na hipótese, pois é fato que do mesmo contrato se observa ser ela a executante da obra, o que foi confirmado pela segunda

testemunha ouvida, que afirmou que a obra era administrada pela CONIC, muito embora, estranhamente, o pessoal fosse fornecido pela primeira Reclamada.

Assim também a preposta da segunda Reclamada confirmou que a carga levantada no momento do acidente era de responsabilidade da CONIC e o preposto da 1.^a Reclamada confirmou que era a CONIC a responsável técnica pela obra, o que também se extrai do contrato de empreitada acostado aos autos.

Ou seja, tanto a empresa empregadora do Autor quanto aquela que administra e executa a obra são naturalmente responsáveis pela observância das normas de segurança no ambiente de trabalho, e, não se verificando que isto ocorreu, são ambas solidariamente responsáveis pelos eventos danosos daí derivados na forma do art. 942, parágrafo único, do CC/2002.

Assim, solucionada a questão da responsabilidade, resta quantificar a indenização, eis que existência do dano já foi certificada linhas acima.

Em se tratando de lesões corporais, caso dos autos, as normas dos art. 949 e 950 do Código Civil obrigam o ofensor a pagar à vítima pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu e ainda indenizá-la das despesas com tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença (danos materiais), além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido, o que, sem sombra de dúvida, engloba eventuais danos morais.

Neste sentido, são as seguintes ementas:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS -
Cabe ao empregador ressarcir seu empregado pelos danos decorrentes de lesões adquiridas no desempenho de atividade laborativa, exsurgindo a sua culpabilidade pelo fato de: a) não haver adotado, diligentemente, medidas eficazes hábeis a evitar o surgimento das lesões, que incapacita-ram totalmente a obreira para o trabalho, ocasionando o seu jubramento precoce; b) ter exigido uma sobrecarga de trabalho incompatível com os sintomas da doença, que, de há muito, já era de conhecimento do réu. (PROC. N.º TRT – 00334-2003-906-06-00-3 Órgão Julgador 1ª Turma Juíza Relatora: Maria Clara Saboya Bernardino).

DANO MORAL – INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – DOENÇA PROFISSIONAL – LER – PLEITO DEVIDO – A constituição do Brasil, no seu artigo 5º, inciso X, protege, contra o dano moral ou material, “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”. Empregado que, por culpa do empregador, adquire, no curso do contrato de trabalho, doença profissional, tornando-se em decorrência disso, e ainda jovem, incapacitado para o trabalho, aposentando-se por invalidez, faz jus à reparação por danos materiais e morais daí emergentes, na exata medida do prejuízo sofrido, nos termos do artigo 159 do Código Civil. (TRT 3ª R. – RO 7496/02 – 1ª T. – Red. Juiz José Marlon de Freitas – DJMG 23.08.2002 – p. 08)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DOENÇA PROFISSIONAL – Comprovado o nexó causal entre a conduta negligente do empregador, que desrespeitou normas de segurança e saúde do trabalhador, exigindo da Reclamante trabalho em sobrejornada, mesmo após a detecção dos primeiros sintomas da LER, com constante pressão por resultados e ambiente ergonômico desfavorável, e o resultado danoso moral, configurado na dor íntima da Autora, com sensação de invalidez, baixa consideração como pessoa e depressão, resta configurado o dano moral, cabendo à empresa indenizá-lo, com fulcro no art. 159 do CCB. (TRT 3ª R. – RO 5515/02 – 4ª T. – Rel. Juiz Luiz Otávio Linhares Renault – DJMG 29.06.2002 – p. 14).

No dizer de Sebastião Geraldo de Oliveira⁶, “o dano moral

6 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 4.ª ed. São Paulo: LTr, 2008, pág. 207.

assume papel de maior relevo quando decorrente do infortúnio laboral, porquanto o trabalhador é atingido na sua integridade psicobiofísica, o que muitas vezes significa o desmonte traumático de um projeto de vida”.

Ante o quadro de dor, de incapacidade precoce para a função que sabia desempenhar e de deformação física é difícil não vislumbrar o sentimento de impotência e constrangimento que toma o empregado, na sensação de ver tolhida a paz que todo homem tem o direito de fruir mediante a conservação de sua saúde e de sua incolumidade física.

Isto não precisa ser provado. Decorre da natureza humana.

Após a vida, a lesão à incolumidade física do ser humano é a mais grave ofensa que se pode afligir, sobretudo se seus efeitos, ante a gravidade da lesão, se prolongam no tempo, causando afastamento social, deformação física e dependência.

Não há reparação econômica que apague da alma a dor e o trauma sofridos.

O que se pode pretender, em termos de indenização, é tão só o alívio para o futuro, um conforto.

Os danos extrapatrimoniais sofridos estão bastante claros para este Juízo e devem ser reparados.

Além disso, a responsabilidade patronal, na espécie, foi reconhecida de forma objetiva, mas este Juízo, além disso, também levou em consideração o elemento culpa, muito embora isso fosse até desnecessário.

Tendo em conta o que já referi acerca do dano moral e de sua amplitude, bem assim o que já mencionei acerca da gravidade da lesão, que culminou com a perda da funcionalidade da mão direita do empregado e, por conseguinte de sua capacidade laborativa, pois não se admite servente de pedreiro que não possa fazer uso de ambas as mãos, e ainda levando em consideração que este Juízo reconheceu a existência de omissão culposa por parte das empresas, a agravar sua responsabilidade – que, objetivamente, já existia - hei por bem admitir como razoável, ante a capacidade econômica das Reclamadas, fixar a indenização por danos morais em R\$ 25.000,00 a serem suportados solidariamente por ambas.

Além disso, a norma do art. 950 do Código Civil obriga o ofensor a pagar à vítima pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou.

A aposentadoria por invalidez concedida ao Reclamante pelo INSS, nitidamente irreversível, pois, infelizmente, o Reclamante jamais poderá reaver os dedos amputados, constitui a prova cabal de tal incapacidade laborativa, de tal modo que, nos termos da norma acima mencionada e da do art. 121 da Lei 8.213/91, que aparta a responsabilidade civil do responsável pelo acidente de trabalho da relação previdenciária que garante ao obreiro o pagamento do benefício acidentário e da aposentadoria por invalidez, faz jus o Autor, desde a data do evento danoso, a pensão mensal que fixo em valor equivalente ao piso da categoria a que pertence, uma vez que o Reclamante não recebia dois salários mínimos ao tempo do acidente.

Considerando que o Reclamante possui 47 anos e que, aos 65 anos, poderá se aposentar, ainda que por idade, fixo o termo final do pensionamento no dia do 65.º aniversário do Autor, mas determino que o valor integral da pensão concedida seja paga de uma só vez, nos termos do parágrafo único do art. 950 do CC/2002, a fim de evitar eventual impossibilidade de cumprimento da ordem, seja pelo desaparecimento das empresas – o que, não raro, acontece nesse país, sobretudo se considerado o tempo por que se prolongará a obrigação, quase 20 anos – seja pelos conhecidos óbices que se opõem quanto ao cumprimento da ordem de inclusão do pagamento em folha.

Nesse caso, o valor integral da indenização relativa à pensão mensal deverá ser objeto de liquidação observada a evolução do piso da categoria desde a data do evento danoso e, daí em diante, quanto às parcelas vincendas, o valor do piso da categoria vigente ao tempo da liquidação do julgado, conforme CCT's que devem ser trazidas aos autos pela parte autora.

Por outro lado, penso que, na hipótese, a norma do art. 949 do Código Civil, naquilo que refere a “algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, podem ser incluídas as despesas com a contratação de serviços de advocacia, pois, a admitir-se a impossibilidade de indenização desta despesa – que apenas se deu por causa do acidente – estar-se-ia impedindo a plena realização da *restitutio in integrum*, uma vez que do crédito do Reclamante, do valor da indenização fixada judicialmente visando apenas a recompor os danos sofridos, seriam descontados, de acordo com a praxe, o percentual relativo aos honorários advocatícios.

Assim, *n casu*, especificamente, afasto a aplicação do

entendimento cristalizado nas Súmulas 219 e 329 do TST, por mim usualmente adotado, a propósito, para considerar que o montante contratado, conforme documento de fl. 08, ou seja, 20% do valor bruto do total da indenização, deve ser suportado, por força da norma do art. 949, parte final, do Código Civil, pelas Reclamadas, à guisa de indenização por danos materiais.

Com esta decisão, por óbvio, fica vedada qualquer dedução do crédito obreiro a título de honorários advocatícios, sob pena de se inviabilizar o desiderato legal, a recomposição integral do prejuízo.

DISPOSITIVO

À vista do exposto, defiro os benefícios da justiça gratuita ao Reclamante, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* da segunda Reclamada e, no mais, **JULGO PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados na inicial para condenar **MAXXIMA EMPREENDIMENTOS LTDA.** e **CONSTRUTORA CONIC SOUZA FILHO LTDA.**, solidariamente, a pagar a **ANTÔNIO JOSÉ DO NASCIMENTO**, em 48 h. do trânsito em julgado desta decisão, os títulos deferidos nos termos e limites da fundamentação supra como se aqui estivessem integralmente transcritos, além de honorários advocatícios da ordem de 20% do valor bruto da condenação.

Sobre o montante deferido a título de indenização por danos morais incidem juros de 1% ao mês a partir da data da propositura da ação e correção monetária a partir da data desta sentença, incidências estas que devem perdurar até a data da efetiva disponibilidade do crédito ao Reclamante.

Sobre os valores devidos a título de danos materiais (pensionamento mensal), incidem juros de 1% ao mês, regressivos, a partir da data da propositura da ação e correção monetária desde a data em que vencida cada prestação, também até a data da efetiva disponibilidade do crédito ao Reclamante.

Em cumprimento ao disposto no art. 832, §3.º, da CLT, declaro que sobre os títulos deferidos por esta decisão não incidem contribuições previdenciárias.

Não há Imposto de Renda a ser recolhido sobre o

montante deferido a título de indenização por danos morais (STJ, RESP 963387) ou materiais.

Custas processuais, pelas Reclamadas, no montante de R\$ 3.100,00, calculadas sobre o valor da condenação, arbitrado em R\$ 155.000,00 para todos os efeitos.

Cientes as partes (Súmula 197 do TST).

E, para constar, foi lavrada a presente ata, que vai assinada na forma da lei.

RAFAEL VAL NOGUEIRA
JUIZ DO TRABALHO SUBSTITUTO

Relatório

Escola Judicial

Relatório

Cursos de formação inicial e continuada • 2008 até 2011

Ano 2008

• **Seminário: Cálculos Previdenciários de Competência da Justiça do Trabalho**

Dias 19 a 22 de agosto

Instrutores: Luciano Marinho (procurador da Advocacia Geral da União)
Celina Carvalho Galvão (servidora do TRT6)
Wagner Guimarães do Chile (servidor do TRT6)
Reginaldo de Moraes Júnior (Técnico do Seguro Social da RFB)
José Albérico da Hora de Lira (Técnico do Seguro Social da RFB)
Luciana Paula Conforti (magistrada do TRT6)
Ana Maria Aparecida de Freitas (magistrada do TRT6)
Fabrício Lopes Oliveira (procurador federal)

Participantes: 73

Público-alvo: magistrados e servidores - Carga Horária: 12h

• **Simpósio: 20 Anos da Constituição Federal e os Direitos Sociais**

Dias 17 e 18 de setembro de 2008.

Participantes: 90

Público-alvo: magistrados e servidores - Carga Horária: 12h

• **Aula Magna da implantação da EJ-TRT6**

Tema: Separação dos Poderes: Harmonia ou Competição

Dia 26 de setembro

Instrutor: Professor Joaquim de Arruda Falcão

Participantes: 57

Público-alvo: magistrados e servidores - Carga Horária: 2h

• **Curso: Execução Trabalhista em Vara do Trabalho**

Dias 15 a 17 de outubro

Instrutores: Wolney de Macedo Cordeiro (magistrado do TRT13)

Rubens Curado Silveira (magistrado do TRT10)

Participantes: 32

Público-alvo: magistrados e servidores - Carga Horária: 19h

• **Curso: Capacitação em Poder Judiciário
(em parceria com a FGV Rio)**

Dias 09 a 15 de dezembro de 2008.

Matérias:

- *Marketing e Informação no Setor Público* (Prof. João Felipe Sauerbroon; CH: 8h)

- *Gestão da Informação e Criação de Conhecimento no Ambiente Jurídico* (Prof.

Luiz Lourenço de Mello Filho; CH: 8h)

- *Licitações e Contratos* (Prof. Flávio Amaral; CH: 16h)

- *Ética e Poder Judiciário* (Prof. Vinícius Scarpi; CH: 8h)

Participantes: 43

Público-alvo: magistrados e servidores - Carga Horária: 40h

Ano 2009

• **Palestra: Deontologia Jurídica - Recente Código de Ética da Magistratura Nacional e Novas Formas de Relações Contratuais de Trabalho**

Dia 20 de março

Instrutor: Desembargador Georgenor de Sousa Franco Filho

Público-alvo: magistrados

Participantes: 12 - Carga Horária: 08h

• **Seminário: História, Trabalho e Justiça**

Dia 08 de maio

Instrutores: Profa. Dra. Socorro Ferraz (Coordenação)

Prof. Dr. Antônio Torres Montenegro (UFPE)

Profa. Dra. Christine Dabat (UFPE)

Profa. Dra. Vera Acioli (UFPE)

Prof. Dr. Marc Jay Hoffnagel (Coordenação)

Profa. Dra. Christine Dabat (UFPE)

Prof. Dr. Antonio Montenegro (UFPE)

Profa. Dra. Socorro Abreu (UFPE)

Profa. Dra. Suzana Cavani (Coordenação)

Dr. Francisco Sales (Procurador de Justiça do MP-PE)

Profa. Dra. Virgínia Almoedo (UFPE)

Profa. Dra. Vera Acioli (UFPE)

Prof. Dr. Fernando Teixeira (UNICAMP)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 70 - Carga Horária: 08h

• **Visita à Escola Técnica SENAI Cabo de Santo Agostinho**

Dia 29 de junho

Orientador: Dr. Antônio Carlos Maranhão

Participantes: 12

Público-alvo: juizes em processo de vitaliciamento - Carga Horária: 08h

• **1º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados**

Dias 15 a 19 de junho

Programação:

- *Relacionamento Interpessoal - servidores, advogados, partes, peritos e público* (Teresa Nunes, psicóloga organizacional; Virgínia Sá Bahia e Guilherme de Moraes Mendonça, magistrados do TRT6)

- *Retórica - Ênfase na redação de sentenças* (Elias Moura Rocha, promotor do MPPE)

- *Perícias Médicas* (Dr. Ciro Varejão, especialista em Medicina do Trabalho da ANMT)

- *Medicina e Segurança no Trabalho* (Dr. Marcos Miranda, médico do Trabalho)

- *Administração do Tempo* (Jorge Luís Miranda Vieira, professor da Escola de Contas do TCE/PE)

- *Programas do Serviço de Saúde do TRT: LER/DORT/PCMSO e Ginástica Laboral* (Profissionais do Serviço de Saúde do TRT)

- *Cálculos Trabalhistas* (José Aparecido dos Santos, magistrado do TRT9)

- *Princípios e Procedimentos no Registro de Imóveis* (Ivanildo de Figueiredo Andrade de Oliveira Filho, Tabelião Público Titular do 8º Ofício de Notas do Recife e Professor da Faculdade de Direito do Recife)

Público-alvo: magistrados

Participantes: 28 - Carga Horária: 40h

• **Palestra: A Moderna Hermenêutica e a Construção do Direito pelo Magistrado**

Dia 14 de agosto

Palestrante: João Maurício Adeodato

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 65 - Carga Horária: 01h

- **Curso: Administração Judiciária em Vara do Trabalho**

Dias 20 e 21 de agosto

Programação:

- *Gestão de Processos. Prática em Processo Eletrônico* (Lindinaldo Silva Marinho, juiz do TRT da 13ª Região-PB)
 - *Gestor Público: Um Gestor de Pessoas?* (Marconi Muzzio - mestre em gestão pública e técnico de auditoria das contas públicas do Tribunal de Contas/PE)
 - *Recursos Humanos no TRT6: Uma Nova Visão* (Eliane Farias Remigio – diretora da Secretaria de Recursos Humanos do TRT6 e profissionais da área de RH do Tribunal)
 - *Oficina de Boas Práticas: Repasse dos tópicos apresentados durante o 1º curso de formação de formadores em administração judiciária em vara do trabalho, promovido pela enamat e realizado em Brasília no período de 27 a 30 de abril de 2009.* (Magistrados da 6ª região Agenor Martins Pereira e Gustavo Augusto Pires de Oliveira)
- Público-alvo: magistrados
Participantes: 20 - Carga Horária: 12h

• **Oficina: Trabalho Escravo e a Efetividade da Jurisdição na Prevenção e Sanção à sua Ocorrência**

Dia 18 de setembro

Instrutores: José Maria Quadros de Alencar (Desembargador do TRT8)
Jônatas dos Santos Andrade (Magistrado do TRT8)
Marcus Barberino Mendes (Magistrado do TRT15)
Débora Tito Farias (Procuradora do MPT6)
Leonardo Sakamoto (presidente da ONG Repórter Brasil)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 105 - Carga Horária: 6h

• **Palestra: Pontos Positivos e Negativos na Nova Lei de Mandado de Segurança**

Dia 21 de setembro

Instrutor: Professor Doutor Leonardo José Carneiro da Cunha

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 49 - Carga Horária: 2,5h

• **2º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados**

Dias 05 a 09 de outubro

Programação:

- *Visita orientada ao Complexo Industrial de Suape*
- *Relacionamento do magistrado com partes, advogados e servidores* (Ana Maria Schuler, desembargadora do TRT6 aposentada)
- *Uso efetivo do INFOJUD* (Marcos Vinícius Barroso, magistrado do TRT3)
- *Uso efetivo do RENAJUD e BACENJUD* (Fabiano Pfeilsticker, magistrado do TRT3)
- *Lei de Execução Fiscal Aplicada na Justiça do Trabalho e Questões Correlatas* (Marcos Alexandre Tavares Mendes e Adriana Reis de Albuquerque,

Procuradores da Fazenda Nacional)

- *Recepção das Normas Internacionais do Trabalho pela Ordem Jurídica Interna* (José Soares Filho, Magistrado do Trabalho aposentado, professor e advogado)
- *Contribuição Previdenciária na Justiça do Trabalho* (Ana Maria Aparecida de Freitas, Magistrada do TRT6)
- *Treinamento em Mídia* (José Vieira Neto e Rosa Aguiar, Jornalistas da Assessoria de Comunicação Social do TRT13)
- *Elaboração de sentenças com o programa Jus-Redator* (Denilson Coelho, Magistrado do TRT10; e Gilberto Rios, servidor programador do TRT10)
- *Questões práticas sobre o Seguro Desemprego* (Álvaro Batista da Silva, Chefe da Agência de Atendimento ao Trabalhador do MTE)

Público-alvo: magistrados

Participantes: 27 - Carga Horária: 35h

• **Oficina: Despachos Judiciais**

Dia 16 de outubro

Instrutor: Agenor Martins Pereira (Magistrado do TRT6)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 37 - Carga Horária: 6h

Ano 2010

• **Curso: Formação de Calculistas**

Dias 12 a 14 de maio

Instrutor: Juarez Varallo Pont (Servidor do TRT9)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 51 - Carga Horária: 19,5 h

• **3º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados**

Dias 07 a 11 de junho

Programação:

- *Ações trabalhistas envolvendo acidentes de trabalho* (Luciano Martinez, Juiz TRT 5ª Região)
- *Questões de direito agrário e imobiliário na justiça do trabalho* (Rafael Val Nogueira, Juiz do TRT6, e Ivanildo Andrade de Oliveira Filho, Tabelião Público titular do 8º Ofício de Notas do Recife e professor da Faculdade de Direito do Recife)
- *Requisitos da Petição Inicial* (Sérgio Torres Teixeira, Juiz do TRT6)
- *Apresentação e Treinamento de JUS-REDATOR* (Denilson Coelho, juiz do TRT10)
- *GFIP relacionada ao processo trabalhista/IR relacionado ao processo trabalhista/ Contribuições Sociais com ênfase para contribuição previdenciária* (Paulo Lira, Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil)

- *Seguro-Desemprego* (Álvaro Batista da Silva, Chefe da Agência de Atendimento ao Trabalhador do MTE)
 - *Contribuições Previdenciárias: fato gerador de contribuição previdenciária e benefícios previdenciários relacionados ao processo trabalhista* (Reginaldo Araújo, Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil)
 - *Autonomia Negocial Coletiva* (Sayonara Grilo Coutinho, Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro)
- Público-alvo: magistrados e servidores
Participantes: 130 (78 juízes e 52 servidores) - Carga Horária: 35h

• **Palestra: Gestão de Processos e Gerenciamento de Rotina: como trabalhar menos e ganhar mais**

Dia 09 de setembro

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 18 (10 juízes e 8 servidores) - Carga Horária: 2h

* *Em parceria com a Assessoria de Gestão Estratégica do TRT6*

• **4º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados**

Dias 22 a 28 de outubro

Programação:

- *A defesa dos agentes públicos como prerrogativa institucional* (José Roberto Machado Farias, Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da União – 5ª Região)
- *As especificidades das perícias médicas nas reclamações trabalhistas* (Carlos Medeiros, Presidente da APEMOL)
- *Curso Estratégia e Gerenciamento por Processos: eficácia e eficiência aos resultados* (Sandra Camelo, Empresa Alcance Soluções)
- *Cumprimento da meta 5 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Proposta de Racionalização e Padronização de Processos; Análise das sugestões de melhorias das rotinas e procedimentos de trabalho* (Guilherme de Moraes Mendonça, Juiz do TRT6)
- *Administração Judiciária de Vara do Trabalho: o juiz como gestor da execução trabalhista* (José Aparecido dos Santos, magistrado do TRT9)
- *Gestão no Judiciário e o papel do juiz do trabalho* (Sérgio Torres, magistrado do TRT6)
- *Liquidação e citação do devedor* (Roberto Freire, magistrado do TRT6)
- *Execução previdenciária* (Rafael Nogueira e Edmilson Alves, magistrados do TRT6)
- *Penhora de bens* (Marcílio Florêncio, magistrado do TRT6)
- *Expropriação de bens* (Bartolomeu Alves, magistrado do TRT6)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 93 (76 juízes e 17 servidores) - Carga Horária: 30,5h

- **Curso: Processo Legislativo: matérias de interesse do Poder Judiciário**

Dias 25 e 26 de novembro

Instrutor: Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho (Advogado-Geral do Senado Federal)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 16 - Carga Horária: 8h

Ano 2011

• 1º Módulo Regional de Formação Inicial de Juizes do Trabalho

17 de janeiro a 18 de março

Público-alvo: juizes recém-empossados, demais magistrados e servidores

Participantes: 08 - Carga Horária: 250h

• Curso: Atualização Ortográfica da Língua Portuguesa

Dias 06, 14 e 20 de maio (3 turmas)

Instrutor: Álvaro Negromonte (Professor da UFPE)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 95 - Carga Horária: 3h/turma

• Curso: Créditos Trabalhistas: cálculo e recolhimento de imposto de renda

Dias 20 de maio e 1º de julho (2 turmas)

Instrutor: Alexandre Rego (Delegado Adjunto da Secretaria da Receita Federal)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 72

Carga Horária: 4h/turma

• 5º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados

Dias 06 a 10 de junho

Programação:

- *Efetividade na execução trabalhista: Cumprimento das obrigações de fazer, homologação de cálculos, audiência de conciliação em execução e atualização dos procedimentos* (Maria Inês Targa, Magistrada do TRT15)

- *Perícias Judiciais trabalhistas de segurança e saúde no trabalho* (Edwar Abreu Gonçalves, Magistrado do TRT21)

- *O nexó técnico epidemiológico previdenciário inverte o ônus da prova na indenização acidentária por danos morais e materiais?* (Edwar Abreu Gonçalves, Magistrado do TRT21)

- *A racionalidade nas decisões judiciais* (José Adelmy Acioli, magistrado do TRT6)

- *Perícia Judicial: Aspectos médicos e fisioterápicos* (Maria Eduarda Schulze, Fisioterapeuta do Trabalho/Perita e Ciro Varejão, Especialista em Medicina do Trabalho – Associação Nacional de Medicina do Trabalho)

- *Técnicas para Coleta da Prova Oral* (Oscar Marcelo Silveira Agente Especial da Polícia Federal do RS)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: 109 (88 magistrados e 21 servidores) - Carga Horária: 32h

• **Curso: Benefícios Previdenciários (parceria com a ESMATRA VI)**

Dias 26 a 28 de julho

Público-alvo: magistrados

Participantes: 03 - Carga horária: 14h

• **2º Módulo Regional de Formação Inicial de Magistrados**

08 de junho a 30 de setembro

Público-alvo: juízes recém-empossados

Participantes: 02 - Carga Horária: 250h

• **A Importância das Escolas Regionais dentro do SIFMT
Coordenado pela ENAMAT e**

Lançamento da Revista Eletrônica EJ-TRT6 nº 2

30 de agosto

Instrutor: Giovanni Olsson (Juiz do TRT12 e Assessor da ENAMAT)

Público-alvo: Desembargadores do TRT6 e juízes integrantes da EJ

Participantes: a definir - Carga Horária: 2h

• **Curso: Temas Controvertidos da Execução Trabalhista,
ministrado na plataforma facebook (EAD) – Turma I**

Dias 1º a 29 de agosto

Instrutor: Marcílio Mota (magistrado do TRT6)

Público-alvo: Servidores do TRT6, preferencialmente assistentes dos juízes

Participantes: 33 - Carga Horária: 30h

• **Curso: Avaliação de Bens Objeto de Penhora**

Dias 30/08 a 02/09

Instrutor: Rubens Dantas, da empresa Dantas Engenharia de Avaliações

Público-alvo: Oficiais de Justiça

Participantes: 40 - Carga Horária: 20h

- Curso: Temas Controvertidos da Execução Trabalhista, ministrado na plataforma facebook (EAD) – Turma 2

Dias 1º a 29 de setembro

Instrutor: Marcílio Mota (magistrado do TRT6)

Público-alvo: Servidores do TRT6, preferencialmente assistentes dos juizes

Participantes: 30 - Carga Horária: 30h

- Curso: Português Contemporâneo Aplicado – Módulo 1

Dia 16 de setembro

Conteúdo:

- *Concordância verbal e nominal*

- *Regência verbal e nominal*

- *Colocação pronominal*

Instrutor: Álvaro Negromonte (Professor da UFPE)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: até 45 - Carga Horária: 3h

• Curso: Formação de Formadores em Educação à Distância, ministrado na plataforma moodle (EAD)

Dias 19 a 30 de setembro

Instrutor: Marcílio Mota (magistrado do TRT6)

Público-alvo: magistrados convidados pela EJ-TRT6

Participantes: 22 - Carga Horária: 15h (11h em EAD e 4h presenciais)

• Curso: Português Contemporâneo Aplicado – Módulo 2

Dia 23 de setembro

Conteúdo:

- *Emprego dos pronomes (lhe, o, me, mim, cujo, onde, etc.)*

- *Tempos e modos verbais (emprego do subjuntivo/indicativo, infinitivo flexionado e não flexionado, gerúndio)*

Instrutor: Álvaro Negromonte (Professor da UFPE)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: até 45 - Carga Horária: 3h

• Curso: Português Contemporâneo Aplicado – Módulo 3

Dia 30 de setembro

Conteúdo:

- *Pontuação*

- *Crase*

- *Emprego de maiúsculas*

- *Hifen*

Instrutor: Álvaro Negromonte (Professor da UFPE)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: até 45 - Carga Horária: 3h

- Curso: Português Contemporâneo Aplicado – Módulo 4

Dia 07 de outubro

Conteúdo:

- *Ortografia*

- *Emprego de palavras parecidas e/ou idênticas (por que, acerca, afim, senão, etc.)*

Instrutor: Álvaro Negromonte (Professor da UFPE)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: até 45 - Carga Horária: 3h

• 6º Módulo Concentrado de Aperfeiçoamento de Magistrados

Dias 17 a 21 de outubro de 2011

Programação:

- *Execução Trabalhista e As conseqüências da recuperação judicial e da falência no Processo do Trabalho* - Marcelo Papaléo de Souza (Juiz TRT4- RS)

- *Alguns aspectos da Conciliação Judicial, O Segundo Processo, A Psicologia do Testemunho* - Márcio Túlio Viana (Juiz TRT3 – MG)

- *A Psicanálise como Instrumento para o Juiz: Estudo de casos e debate - Por que tanto dano moral? Tanta depressão? Por que tantos sintomas?* - Judith Eucharés Ricardo de Albuquerque (Psicóloga e psicanalista responsável pelo Centro de Direito e Psicanálise da Escola Judicial do TRT3 – MG)

- *Responsabilidade Civil do Empregador (estudo de casos) e Desconsideração da personalidade jurídica e responsabilidade dos sócios e administradores (estudo de casos)* - Thereza Christina Nahas (Juíza TRT2 - SP)

- *Uso do sistema de bilhetagem eletrônico como possibilidade de prova da jornada de trabalho de motoristas e cobradores* - Germano de Freitas Guimarães (Diretor de TI do Consórcio Grande Recife) e Eduardo Henrique Spencer (Coordenador de TI do Consórcio Grande Recife)

- *Implantação da escalação eletrônica para trabalhadores portuários avulsos dos Portos de Recife e SUAPE* - Neranda Gleyce da Silva (Gerente de Operações do OGMO – Recife), Gilberto de Melo Nascimento (Gerente de Operações do OGMO – Suape), Alcides Libório (Programador de Sistemas do OGMO - Suape)

- *Gestão de Pessoas: Formação de equipe, motivação, comunicação* - Vidal Machado Santana (Diretor da 1ª VT de Diadema – TRT2 - SP)

Público-alvo: magistrados e servidores

Participantes: até 130 - Carga Horária: 32,5h

• **Curso: Práticas Inovadoras para a
Modernização do Poder Judiciário (FGV Direito Rio)**

Dia 11 de novembro

Instrutor: Maria Elisa Bastos Macieira (FGV Direito Rio)

Público-alvo: magistrados

Participantes: 45 - Carga Horária: 8h

Esta revista foi impressa em papel alta alvura 24kg,
com capa em cartão supremo 60 kg, acabamento plastificado fosco,
na cidade de Olinda, PE, em novembro de 2011