

***Revista do
Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região***

Goiânia - Goiás

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região

Juíza Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque
Presidenta

Juíza Dora Maria da Costa
Vice-Presidenta

Juiz Saulo Emídio dos Santos
Juiz Radson Rangel Ferreira Duarte
Juiz Ari Pedro Lorenzetti
Comissão de Revista

Colaboradores

Amauri Mascaro Nascimento
Edson Braz da Silva
José Augusto Rodrigues Pinto
Julpiano Chaves Cortez
Luiz Carlos Amorim Robortella
Luiz Fernando Amorim Robortella
Octávio José de M. D. Maldonado
Paulo Eduardo Vieira de Oliveira
Sandra Lia Simón
Sérgio Pinto Martins

Ano 7 - 2004

Elaboração da Revista
Diretoria de Serviço de Arquivo e Jurisprudência

Direção Geral
Juíza Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque
Presidenta do TRT 18ª Região

Supervisão
Dr. Flávio Costa Tomin
Diretor da Secretaria de Coordenação Judiciária

Coordenação
Dra. Nilma Alves de Oliveira Mota
Diretora de Serviço de Arquivo e Jurisprudência

Diagramação
Thomas Jefferson P. Nascimento

Revisão
Alcione Siqueira Amorim
Anderson Abreu de Macêdo
João da Silva Nery Filho
Maria Cristina Proença Maldonado
Mayra Christina Cabral e Santos

Colaboração
Aurélio Gomes de Oliveira
Fernando Costa Tormin
José Caldas da Cunha Junior
Márcia Cristina Ribeiro Simaan
Vânia Ivanyi de Lima Passerini

Capa
Márcia Divina Bueno Rosa

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região / Secretaria de Coordenação Judiciária, Diretoria de Serviço de Arquivo e Jurisprudência. — v. 1, (dez. 1998)- . — Goiânia, 2004.
v. . ; 23 cm.

Anual.

1. Direito do trabalho - doutrina - periódico. 2. Direito do trabalho - acórdão - periódico. 3. Direito do trabalho - sentença judicial - periódico.
I. Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região.

CDU: 347.998.72(05)
34:331(094.9)(05)

Os artigos doutrinários e acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais. É permitida a reprodução total ou parcial das matérias constantes desta Revista, desde que citada a fonte.

Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região
Rua T-29 nº 1.403 - Setor Bueno - Goiânia-GO - CEP 74.215-901
Fone (62) 3901-3300 - Fax (62) 3901-3221 - Correio eletrônico: presidencia@trt18.gov.br

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO



Juízes do Tribunal

Juíza Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque, *Presidenta*
Juíza Dora Maria da Costa, *Vice-Presidenta*
Juiz Luiz Francisco Guedes de Amorim
Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho
Juíza Ialba-Luza Guimarães de Mello
Juiz Saulo Emídio dos Santos
Juiz Elvecio Moura dos Santos
Juiz Gentil Pio de Oliveira

FOTOGRAFIA:

Da esquerda para a direita: Juiz Gentil Pio de Oliveira, Juiz Saulo Emídio dos Santos, Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho, Juíza Dora Maria da Costa, Juíza Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque, Juiz Luiz Francisco Guedes de Amorim, Juíza Ialba-Luza Guimarães de Mello, Juiz Elvecio Moura dos Santos.

JUÍZES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO

Juízes Titulares das Varas do Trabalho

Juiz Mário Sérgio Bottazzo
Juiz Aldon do Vale Alves Taglialegna
Juiz Paulo Sérgio Pimenta
Juiza Ruth Souza de Oliveira
Juiza Elza Cândida da Silveira
Juiz Breno Medeiros
Juiz Geraldo Rodrigues do Nascimento
Juiz Paulo Canagé de Freitas Andrade
Juiz Daniel Viana Júnior
Juiz Eugênio José Cesário Rosa
Juíza Silene Aparecida Coelho
Juiz Marcelo Nogueira Pedra
Juiz Aldivino Ada Silva
Juíza Antônia Helena Gomes Borges Taveira
Juíza Marilda Jungmann Gonçalves Daher
Juíza Rosa Nair da Silva Nogueira Reis
Juiz Mário José de Sá
Juíza Wanda Lúcia Ramos da Silva
Juiz Fernando da Costa Ferreira
Juiz Sebastião Alves Martins
Juiz César Silveira
Juiz Ataíde Vicente da Silva Filho
Juiz Luiz Antônio Ferreira Pacheco da Costa
Juíza Cleuza Gonçalves Lopes
Juiz Kleber de Souza Waki
Juíza Neide Terezinha Resende da Cunha
Juiz Celso Moredo Garcia
Juiz Israel Brasil Adourian
Juiz Luciano Santana Crispim
Juiz Ronie Carlos Bento de Sousa
Juiz João Rodrigues Pereira
Juiz Luiz Eduardo da Silva Paraguassu

Juízes do Trabalho Substitutos

Juiz Luciano Lopes Fortini
Juiz Helvan Domingos Prego
Juíza Fabíola Evangelista Martins e Garcia
Juiz Radson Rangel Ferreira Duarte
Juiz Renato Hiendlmayer
Juiz Cleidimar Castro de Almeida
Juiz Ari Pedro Lorenzetti
Juíza Ana Deusdedith Pereira
Juíza Eneida Martins Pereira de Souza
Juiz Édison Vaccari
Juíza Nara Borges Kaadi Pinto de Passos Craveiro
Juíza Maria Aparecida Prado Fleury Bariani
Juiz Antônio Gonçalves Pereira Júnior
Juíza Narayana Teixeira Hannas
Juíza Alciane Margarida de Carvalho
Juíza Célia Martins Ferro
Juiz Fabiano Coelho de Souza
Juíza Nara Cinda Alvarez Borges
Juíza Adriana Zveiter
Juíza Eunice Fernandes de Castro
Juíza Ana Lúcia Ciccone de Faria
Juiz Denilson Lima de Souza
Juíza Divina Oliveira Jardim
Juíza Maria das Graças Gonçalves Oliveira
Juíza Virgílica Severino dos Santos
Juíza Jeovana Cunha de Faria
Juíza Rosana Rabello Padovani
Juiz Armando Benedito Bianki
Juiz Whatmann Barbosa Iglesias
Juiz Rodrigo Dias da Fonseca
Juiz Quésio César Rabelo
Juiz Rogério Princivalli da Costa Campos

SUMÁRIO

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

1. Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol Sergio Pinto Martins	11
2. Greve Julpiano Chaves Cortez	21
3. A ilegalidade do sistema de compensação de jornada de trabalho 12x36 Edson Braz da Silva	34
4. O exercício abusivo de direitos processuais Paulo Eduardo Vieira de Oliveira	46
5. Empregabilidade: quebra de alguns paradigmas Israel Brasil Adourian	63
6. A litigância de má-fé: honorários advocatícios e assistência judiciária Radson Rangel Ferreira Duarte	72
7. Investidas contra a pessoa do trabalhador ou notas sobre o trabalho escravo Ari Pedro Lorenzetti	78
8. Contribuição previdenciária e relação de emprego Luiz Eduardo Gunther Cristina Maria Navarro Zornig	88
9. Do crime de redução à condição análoga à de escravo, na redação da Lei nº 10.803/2003 Guilherme Guimarães Feliciano	96
10. As verbas trabalhistas incontroversas e seu caráter de urgência e de emergência Manoel Hermes de Lima	106
11. Novas regras civilistas sobre emancipação do menor e seus reflexos no direito material e processual do trabalho Alexandre Chedid Rossi	119
12. O papel da assistência judiciária para a eficácia dos direitos sociais Luiz Alberto de Vargas Ricardo Carvalho Fraga	129
13. Redução da jornada de trabalho como fator de combate ao desemprego Antônio Mazzuca	139
14. O deficiente sob a luz da lei Genaura Tormin	142
15. O regime jurídico dos bens públicos Leonardo Ayres Santiago	147

ACÓRDÃOS

1. Ação rescisória. Sentença homologatória de acordo. Dolo da parte vencedora Juiz Octávio José de Magalhães Drummond Maldonado	155
2. Contrato de trabalho. Prejuízo na fase pré-contratual. Indenização Juiz Luiz Francisco Guedes de Amorim	158
3. Espólio. Representação. Viúva habilitada no INSS e administradora provisória de bens Juiz Luiz Francisco Guedes de Amorim	163
4. Responsabilidade subsidiária. Administração pública. Termo de parceria Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho	165
5. Vínculo empregatício. Vigilante de veículos. Estacionamento de restaurante. Inexistência Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho	168
6. Penhora sobre os rendimentos da empresa. Limite de 30% Juiz Saulo Emídio dos Santos	171
7. Mandado de Segurança. Penhora de parte dos proventos. Autorização Juiz Saulo Emídio dos Santos	174
8. Notificação recebida por menor de idade. Validade Juiz Elvecio Moura dos Santos	177
9. Legitimação extraordinária. Legitimação ordinária. Litispendência Juiz Elvecio Moura dos Santos	181
10. Execução provisória. Limites dos atos executórios Juiz Breno Medeiros	185
11. Penhora em conta corrente de dirigente de entidade desportiva Juiz Breno Medeiros	188
12. Exigência de carta de fiança. Admissão. Manutenção no emprego. Ilegalidade Juiz Breno Medeiros	192
13. Diferenças salariais. Empregado de posto de combustíveis - supermercado/ hipermercado Juiz Geraldo Rodrigues do Nascimento	207
14. Vigilante. Troca de uniforme e armamento. Tempo à disposição da empresa. Horas extras Juiz Marcelo Nogueira Pedra	209
15. Mandado de Segurança. Penhora de 30% na conta-salário do executado Juíza Ana Maria de Vasconcelos	213
16. Ilegalidade. Descontos e retenção salarial. Princípio da Alteridade Juiz Lairto José Veloso	216
17. Adicional de insalubridade. Exposição ao sol Juíza Ana Maria de Vasconcelos	220
18. Ação civil pública. Trabalho da criança e do adolescente Juíza Luciane Storel da Silva	234
19. Chamamento ao processo do devedor solidário. Processo do trabalho Juíza Dalila Andrade	241
20. Penhora de bens de diretor de sociedade anônima. Possibilidade Juíza Dalila Andrade	244

SENTENÇAS

1. Causa madura. Repetição de indébito. Compensação do valor pago a título de incentivo à indenização
Juiz Radson Rangel Ferreira Duarte 247
2. Embargos de declaração. Solicitação de esclarecimentos. Hipótese não prevista legalmente
Juiz Radson Rangel Ferreira Duarte 260
3. Ajuda de custo. Transferência. Demissão. Restituição
Juiz Ari Pedro Loranzetti 262
4. Prescrição. Contratos sucessivos. Contagem
Juiz Ari Pedro Loranzetti 266
5. Inquérito judicial para apuração de falta grave. Empregado público. Competência. Desnecessidade de inquérito
Juiz Guilherme Guimarães Feliciano 271

ARTIGOS DOUTRINÁRIOS

DIREITOS TRABALHISTAS DO ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL

Sergio Pinto Martins*

1. HISTÓRICO

Há notícias no sentido de que na China havia prática militar parecida com o futebol. Pinturas de aproximadamente 2.500 a. C. no Egito antigo e na Grécia mostram jogos semelhantes ao futebol.

Para a maioria dos autores o futebol surgiu no Brasil em 1884, quando Charles Miller, ao retornar da Inglaterra, onde estudou, trouxe bolas, uniformes de futebol, bomba de encher a bola e a agulha.

Em 1899 já havia alguns clubes que praticavam o futebol, como o São Paulo Athletic, o Mackenzie e o S. C. Internacional.

Em 1901 é formada a liga paulista de futebol. Em 1902 foi organizado o primeiro campeonato.

O Flamengo foi fundado em 1895, o Vasco em 1898, o Fluminense em 1902, o Botafogo em 1904, o Corinthians em 1910, o Santos em 1912, o Palmeiras em 1914, o São Paulo em 1935.

A legislação sobre o desporto foi criada no período em que Getúlio Vargas esteve no poder.

O Decreto-lei n.º 1.056/39 criou a Comissão Nacional de Desportos.

Instituiu o Decreto-lei n.º 3.199/41 o Conselho Nacional de Desportos, de âmbito nacional, e os Conselhos Regionais de Desporto, de âmbito estadual. Essa norma era cópia do modelo fascista italiano.

A Lei n.º 6.251/75 revogou o Decreto-lei n.º 3.199/41 e instituiu a Justiça Desportiva (art. 42, III).

A Lei n.º 6.354, de 2 de setembro de 1976, dispõe sobre as relações de trabalho do atleta profissional de futebol. O anteprojeto da referida norma foi elaborado pelo professor Evaristo de Moraes Filho.

Determina a Lei n.º 8.672, de 6 de julho de 1993, regras gerais sobre desportos. É chamada de Lei Zico. O Decreto n.º 981, de 11 de novembro de 1993, regulamentou a Lei n.º 8.672.

A Lei n.º 9.615, de 24 de março de 1998, instituiu normas gerais sobre desporto. É também denominada Lei Pelé. A referida norma revoga a Lei n.º 8.672/93 e a Lei n.º 8.946/94.

O Decreto n.º 2.574, de 29 de abril de 1998, regulamenta a Lei n.º 9.615.

* Juiz titular da 33ª Vara do Trabalho de São Paulo e Professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

2. CONTRATO

Determina o artigo 28 da Lei n.º 6.423, de 1977, a aplicação ao atleta profissional de futebol das normas gerais da legislação do trabalho e da previdência social, exceto naquilo que forem incompatíveis com a referida norma legal.

O contrato do atleta profissional de futebol firmado com o clube é um contrato de trabalho. É celebrado o pacto por escrito.

Empregador é a pessoa jurídica de direito privado (art. 28 da Lei n.º 9.615).

O contrato deverá conter os nomes das partes contratantes devidamente individualizadas e caracterizadas, o modo e a forma de remuneração, especificados o salário, os prêmios, as gratificações e, quando houver, as bonificações, bem como o valor das luvas, se previamente convencionadas. Serão determinados os direitos e obrigações dos contratantes e as condições para a dissolução do contrato. Será indicado o número da CTPS do empregado, assim como será feita a anotação na CTPS do contrato de trabalho.

Terá vigência por tempo determinado o contrato do atleta. O prazo não poderia ser inferior a três meses ou superior a dois anos (art. 3.º, II, da Lei n.º 6.354). Essa regra teve vigência até 25 de março de 2001 (art. 96 da Lei n.º 9.615). A Lei n.º 9.615 estabelece o prazo mínimo do contrato, que não poderá ser inferior a três meses (art. 30). Entendia-se que o prazo máximo seria de dois anos, dos contratos de prazo determinado, conforme artigo 445 da CLT.

A Lei n.º 9.981, de 14 de julho de 2000, alterou a redação do artigo 30 da Lei n.º 9.615 para estabelecer o prazo máximo de cinco anos. A primeira lei acrescentou o parágrafo único ao artigo 30 da Lei n.º 9.615, afirmando que não se aplica ao atleta o artigo 445 da CLT. O prazo de cinco anos é justificado para efeito de o clube poder ter o retorno do investimento feito no atleta, que às vezes demora para apresentar resultados.

O contrato do atleta profissional de futebol pode ser prorrogado mais de uma vez e sua renovação não precisa observar o interstício de seis meses entre um contrato e outro. Logo, não são aplicáveis os artigos 451 e 452 da CLT.

Na Lei n.º 6.354, o vínculo empregatício era acessório do vínculo desportivo. Este era o principal. O parágrafo único do artigo 28 da Lei n.º 9.615 estabeleceu o contrário: o vínculo desportivo do atleta com a entidade contratante tem natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício, dissolvendo-se, para todos os fins, com o término da vigência do contrato de trabalho (§ único do art. 28 da Lei n.º 9.615). Principal é o vínculo de emprego, o que me parece mais correto, pois não existindo contrato de trabalho, não há que se falar em vínculo desportivo, em razão de que existe trabalho subordinado do prestador de serviços.

A entidade de prática desportiva formadora do atleta terá direito de assinar o primeiro contrato profissional com o atleta, cujo prazo não poderá exceder de dois anos (art. 29 da Lei n.º 9.615).

3. CAPACIDADE

Não permite o inciso XXXIII do artigo 7.º da Constituição o trabalho antes dos 16 anos, salvo na condição de aprendiz.

Ao menor de 16 anos é vedada a celebração de contrato, sendo permitido ao maior de 16 anos e menor de 21 anos, somente com o prévio e expresso assentimento de seu representante legal (art. 5.º da Lei n.º 6.354). Após os 18 anos de idade, na falta ou negativa do assentimento do responsável legal, o contrato poderá ser celebrado mediante suprimento judicial (parágrafo único do art. 5.º da Lei n.º 6.354). Essa regra fica derogada pelo artigo 5.º do Código Civil, que considera o maior de 18 anos plenamente capaz.

Passou a prever o artigo 29 da Lei n.º 9.615 que o clube pode assinar com o atleta de 16 anos o primeiro contrato de trabalho profissional, que não pode ter prazo superior a cinco anos.

O desporto pode ser realizado de forma profissional e não profissional. O desporto realizado de modo não profissional compreende o semiprofissional e o amador. O semiprofissional é realizado entre atletas de 14 a 18 anos. O atleta completando 18 anos deve ser profissionalizado, sob pena de voltar à condição de amador.

É proibida a participação de atletas amadores de qualquer idade, em competições desportivas (art. 43 da Lei n.º 9.615/98) e de semiprofissionais com idade superior a 20 anos.

4. ATLETA ESTRANGEIRO

O atleta estrangeiro necessita de visto temporário de trabalho para poder desempenhar sua atividade (§1.º do art. 46 da Lei n.º 9.615/98 c/c inciso V, do art. 13 da Lei n.º 6.815/80).

5. PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR

O poder de direção do clube é diferenciado do empregador comum, em razão da natureza da sua atividade, pois determina punição, dias de treinos, jogos, concentrações, etc.

O empregador poderá aplicar ao atleta as seguintes penalidades: advertência, censura escrita, multa, suspensão, desfiliação ou desvinculação (art. 48 da Lei n.º 9.615).

A multa aplicada pelo clube fica limitada a 40% do salário do atleta (§1.º do artigo 15 da Lei n.º 6.354). Reverte a multa ao fundo de assistência do atleta profissional.

6. SALÁRIO

É vedado à associação empregadora pagar, como incentivo em cada partida, prêmios ou gratificações superiores à remuneração mensal do atleta (art. 24 da Lei n.º 6.354/76).

Luvas são a importância paga pelo empregador ao atleta, na forma do que foi convencionado, pela assinatura do contrato (art. 12 da Lei n.º 6.354). São as luvas pagas antecipadamente ou em parcelas, como normalmente acontece. Podem as luvas tanto ser pagas em dinheiro, como em utilidades, como até em automóveis. As luvas têm natureza salarial, pois são inclusas no contrato de trabalho (§1.º do art. 31 da Lei n.º 9.615), compondo as férias e a gratificação de Natal, além de haver incidência do FGTS sobre a referida verba.

Bicho é a importância paga pelo clube ao jogador por vitórias ou empates. Normalmente, é pago aos atletas que participaram da partida, mas pode ser pago a todos os atletas. Visa estimular os atletas pelo resultado positivo na partida. Pode representar salário-condição, pois depende do atingimento do objetivo determinado pelo clube. Pode representar gratificação, por ser liberalidade do empregador ou espécie de prêmio pelo desempenho coletivo da equipe. É uma espécie de gratificação ajustada.

Se o bicho é pago com habitualidade, tem natureza salarial, devendo compor a remuneração do empregado e sofrer a incidência do FGTS.

A jurisprudência indica que as luvas e o bicho têm natureza salarial:

Atleta profissional. Natureza das parcelas: luvas, 'bichos' e participação no passe. 1. Luvas- A teor do disposto no art. 12 da Lei n.º 6.354/76, consubstanciam importância paga pelo empregador do atleta, na forma do convencionado, pela assinatura do contrato. Resulta do fato de o atleta obrigar-se à prestação dos serviços, revelando-se contraprestação. O pagamento antecipado ou em prestações sucessivas não descaracteriza a parcela salarial. (Precedentes: TST-RR- 1973/84, Ac. 1ª T, 3.046/85, Rel. Min. João Wagner, Publ. DJ 30.8.85, TST-RR-4495/84, Ac. 3ª T. 2686/85, Rel. Min. Orlando Teixeira da Costa, publ. DJ de 23.8.85 e TST-RR-1957/81, Ac. 1ª T-1927/82, Rel. Min. Marco Aurélio, publ. DJ de 2.7.82). 2. 'Bichos'- Vocábulo consagrado e que compõe

o jargão futebolístico. A origem em si - vitórias ou empates – bem revela tratar-se de gratificação, possuindo, assim, nítida natureza salarial. (TST RR 4970/86, Ac. 1. T 1764/87, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 28.8.87, p. 17.671).

As luvas são pagas antecipadamente ou divididas em parcelas, o que caracteriza pagamentos por conta do trabalho a ser realizado pelo atleta durante o tempo fixado no seu contrato. Em virtude de seu caráter eminentemente salarial, deverão ser integradas nas férias e gratificações natalinas (TST, 3ª T., RR 266807/1996, Rel. Min. José Zito Calazans, DJ 21.12.1997).

O atleta poderá recusar-se a competir quando seus salários estiverem, no todo ou em parte, atrasados, por dois ou mais meses (art. 32 da Lei n.º 9.615).

A participação do atleta em seleção dependerá do que for acordado entre a entidade que o convocar e a entidade de prática desportiva a que pertencer o atleta (art. 41 da Lei n.º 9.615). O clube será indenizado pela entidade que fizer a convocação em relação aos encargos previstos no contrato, enquanto durar a convocação, sem prejuízo de eventuais ajustes celebrados entre o atleta e a entidade convocadora (§ 1.º do art. 41 da Lei n.º 9.615).

O salário será pago pelo empregador, pois caberá à entidade convocadora indenizar o clube.

O pagamento feito pela entidade convocadora ao atleta não poderá ser abatido do valor do salário pago pelo empregador ao atleta.

7. DIREITO DE ARENA

Atualmente o parágrafo 1.º do artigo 42 da Lei n.º 9.615 dispõe que 20% do preço da autorização do espetáculo serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo.

O direito de arena tem natureza de remuneração, pois decorre da prestação de serviços no contrato de trabalho. Equipara-se à gorjeta paga pelo cliente ao trabalhador. Compõe a remuneração, repercutindo na gratificação de Natal, férias e terá a incidência do FGTS. Não integra o aviso prévio, o repouso semanal remunerado, as horas extras e o adicional noturno, que são calculados sobre o salário (En. 354 do TST).

8. IMAGEM

A denominação correta é contrato de licença do uso de imagem e não contrato de imagem. Não se pode falar em contrato de imagem, pois não vai ser vendida a imagem da pessoa, mas cedida a licença para seu uso.

Os pagamentos feitos ao atleta a título de uso da imagem têm natureza de remuneração, pois decorrem da existência do contrato de trabalho.

O pagamento feito a título de direito de imagem não representa participação nos lucros, pois o clube não visa lucro, nem diz respeito a qualquer lucro obtido.

Os clubes têm tentado mascarar o pagamento feito a título de direito de imagem, determinando que o atleta constitua empresa, sendo o pagamento feito a esta, justamente para descaracterizar a natureza salarial do pagamento. Incide na hipótese o artigo 9.º da CLT, pois está havendo fraude em relação ao direito à remuneração do atleta.

Como o pagamento é feito por terceiro, alheio ao contrato de trabalho, pode-se dizer que é uma espécie de gorjeta, mas decorre do contrato de trabalho. Inexistindo esse, não haveria o respectivo pagamento.

O TRT da 3ª Região entendeu que o pagamento tem natureza salarial:

Atleta profissional de futebol – Direito de imagem – Integração do valor ao salário. O valor fixo e mensal pago ao autor, pelo reclamado, através da empresa constituída, exclusivamente, para esse fim, não pode ser considerado como retribuição pelo 'direito de imagem' ou 'participação nos lucros', de forma a não integrar a remuneração do autor, para todos os fins de direito. Incide, no caso, o artigo 9.º da CLT, haja vista que a manobra a que recorreu o reclamado, ardilosamente, não passa de 'fachada', para reduzir os encargos sociais e o valor dos impostos devidos – impedindo, desvirtuando ou fraudando, portanto, os direitos consolidados (TRT 3ª R, 1ª T., RO .289/02, j. 1.-7-02, Rel. Juiz Manoel Cândido Rodrigues, DJ MG 12-7-02).

O pagamento irá integrar a remuneração para efeito do cálculo da gratificação de Natal, férias e terá a incidência do FGTS. Não repercute no aviso prévio, no repouso semanal remunerado, nas horas extras e no adicional noturno, que são calculados sobre o salário (En. 354 do TST).

9. PASSE

Passe ou atestado liberatório era a importância devida por um empregador a outro, pela cessão do atleta durante a vigência do contrato ou depois de seu término (art. 11 da Lei n.º 6.354). Representava o pagamento feito por um clube a outro pela desvinculação do atleta da associação desportiva para quem prestava serviços.

Empregador é a associação desportiva que, mediante qualquer modalidade de remuneração, se utilize dos serviços de atletas profissionais de futebol (art. 1.º da Lei n.º 6.354).

Atleta é o empregado que pratica o futebol, sob a subordinação de empregador, mediante remuneração e contrato (art. 2.º da Lei n.º 6.354).

O atleta ficava vinculado ao clube pelo passe. O jogador acabava representando uma mercadoria, que é vendida e comprada, mas também é emprestada. Assim, poderia ser considerado uma espécie de escravidão.

Para os clubes, o passe era uma grande fonte de renda. Se o clube fez um investimento no atleta, deve ter algum retorno sobre a venda do atleta para o estrangeiro, evitando que ele fique mudando para outro clube em decorrência de uma proposta melhor. O clube, porém, não tinha um direito sobre a pessoa do atleta.

O atleta ficava com 15% do valor do passe.

Adquiria passe livre o atleta que, ao fim do contrato, estivesse com 32 anos e tivesse prestado 10 anos de serviço efetivo ao seu último empregador (art. 26 da Lei n.º 6.354).

O passe não poderia ser considerado inconstitucional, pois o inciso XIII do artigo 5.º da Constituição exige que a lei estabeleça as qualificações profissionais para o desempenho da profissão. O atleta poderia deixar de exercer a profissão, se o seu contrato terminasse. Os critérios de pagamento do passe eram fixados no contrato, pressupondo a discussão das partes envolvidas. Um trabalhador pode acordar com o empregador de não trabalhar para outra empresa da mesma área para fazer concorrência ao primeiro durante certo tempo. Essa cláusula é considerada lícita.

Determina o parágrafo 2.º do artigo 28 da Lei n.º 9.615 a extinção do passe a partir de 25 março de 2001.

A partir de 26 de março de 2001 não há mais necessidade de o contrato conter direitos e obrigações das partes, critérios para fixação do preço do passe ou atestado liberatório. A partir da mesma data não existe necessidade de o atleta comprovar que é alfabetizado, possuir Carteira de Trabalho, ter a sua situação militar regularizada.

O passe tem natureza indenizatória e não salarial, pois não decorre da prestação do trabalho, mas da rescisão do contrato de trabalho. O TST já decidiu da mesma forma:

“..... 3. Participação no valor do passe- Quando da cessão do passe do atleta, é dado ao clube cedente exigir do cessionário o pagamento do valor do passe estipulado de acordo com as normas desportivas – art. 13 da lei supra. Tratando-se de mera participação, o direito mostra-se acessório, seguindo a sorte do principal – art. 58 e 59 do Código Civil. Impossível é emprestar-lhe natureza salarial, sob pena de caminhar-se para a esdrúxula assertiva segundo a qual o clube cedente recebe do cessionário parcela possuidora de feição também salarial” (TST- RR- 4970/86, Ac. 1ª T. 1674/87, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 28.8.87, p. 17.671).

A cessão ou transferência de atleta profissional, na vigência do contrato de trabalho, depende de sua aquiescência formal e expressa (art. 38 da Lei n.º 9.615), isto é, escrita.

A cláusula penal estabelecida pelo descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral de certa forma objetiva compensar o fim do passe.

Prevê o artigo 93 da Lei n.º 9.615/98 que o passe terminou em 26 de março de 2001, mas devem ser respeitados os direitos adquiridos decorrentes dos contratos de trabalho e vínculos desportivos de atletas profissionais pactuados com base na legislação anterior. Isso significa que os contratos de trabalho vigentes até 25 de março de 2001 ainda podem contemplar a regra do passe. Somente os contratos de trabalho firmados a partir de 26 de março de 2001 seguem as novas regras da Lei n.º 9.615.

10. JORNADA

O horário normal de trabalho era organizado de maneira a bem servir ao adestramento e à exibição do atleta, não excedendo, porém, de 48 horas semanais, tempo em que o empregador poderá exigir que fique o atleta à sua disposição (art. 6.º da Lei n.º 6.354). O referido artigo 6.º teve vigência até 26 de março de 2001.

O atleta profissional é empregado, devendo também observar o inciso XIII do artigo 7.º da Constituição, ou seja, trabalhar 8 horas diárias e 44 semanais. O que exceder esse período será considerado como hora extra, pois o artigo 28 da Lei n.º 6.354/76 manda aplicar ao atleta profissional de futebol as normas gerais da legislação trabalhista. O inciso XIII do artigo 7.º da Lei Maior não exclui o jogador de futebol de suas regras.

O atleta não poderá recusar-se a tomar parte em competições dentro ou fora do país, nem a permanecer em estação de repouso, por conta e risco do empregador, nos termos em que for convencionado no contrato, salvo por motivo de saúde ou de comprovada relevância familiar (art. 8.º da Lei n.º 6.354). Também deverá se concentrar antes das partidas. O prazo das excursões ao exterior não poderá, em hipótese alguma, ser superior a 70 dias.

11. ADICIONAL NOTURNO

É devido o adicional noturno ao atleta profissional. A Lei n.º 6.354 é omissa sobre o assunto, porém o artigo 28 da referida norma manda aplicar a CLT, no caso de omissão. Assim, é de se observar o artigo 73 da CLT, que trata do adicional noturno de 20% e da hora noturna reduzida de 52 minutos e 30 segundos.

No TST há acórdão entendendo que não deve ser pago o adicional noturno:

As condições peculiares do contrato do atleta profissional de futebol não toleram incursão no adicional noturno, em louvor dos critérios universalmente consagrados na exibição profissional do atleta. Esse tipo de prestação noturna participa visceralmente do contrato e há de tê-la como abrangida na remuneração estipulada (TST, 1ª T, RR 3.866/82, Ac. 3.854/83, j. 16.12.83, Rel. Min. Ildélio Martins).

Entretanto, não há previsão na lei dispondo que o adicional noturno está abrangido na remuneração estipulada.

12. CONCENTRAÇÃO

Dispõe o artigo 7.º da Lei n.º 6.354 que o atleta será obrigado a concentrar-se, se convier ao empregador, por prazo não superior a três dias por semana, desde que esteja programada qualquer competição amistosa ou oficial, e ficar à disposição do empregador quando da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede. Excepcionalmente, o prazo de concentração poderá ser ampliado quando o atleta estiver à disposição de Federação ou Confederação.

A concentração não pode ser considerada como período em que o empregado está aguardando ou executando ordens, de forma a ser considerada tempo à disposição do empregador, nos termos do artigo 4.º da CLT. No período de concentração o atleta não está participando de um jogo ou treinando. Não representa a concentração horas de prontidão ou de sobreaviso, como ocorre em relação ao ferroviário. Representa a concentração uma peculiaridade da atividade do atleta profissional, sendo que a lei não manda remunerá-la. Durante a concentração o empregador poderá exigir que o jogador se alimente adequadamente, repouse para ficar descansado e preparado para a partida desportiva e não venha a ingerir bebidas alcoólicas. Na concentração o empregado joga cartas, bilhar ou outros jogos, dorme, vê televisão, etc., mas não presta serviços. A concentração também tem um aspecto psicológico para a preparação do atleta.

O tempo de concentração não será considerado na jornada ou na duração semanal do trabalho.

O TST já entendeu que o tempo em que o atleta está na concentração não implica pagamento de horas extras:

A concentração do jogador de futebol é uma característica especial do contrato de trabalho do atleta profissional, não se admitindo o deferimento de horas extras neste período. Revista parcialmente conhecida e provida para excluir da condenação as horas extras e reflexos (TST, 1ª T, RR 7.782/84, Rel. Min. Fernando Franco, DJ 243/85).

Horas extras. Jogador de futebol. Período de concentração. A concentração é obrigação contratual e legalmente admitida, não integrando a jornada de trabalho, para efeito de pagamento de horas extras, desde que não exceda de 3 dias por semana. Recurso de revista a que se nega provimento (TST, 4ª T, RR 405.769.7-2ªR. Rel. Min. Barros Levenhagen, j. 29.3.00, DJU 1 05.05.00, p. 509).

13. FÉRIAS

O atleta terá direito a um período de férias anuais remuneradas de 30 dias, que coincidirá com o recesso obrigatório das atividades de futebol (art. 25 da Lei n.º 6.354/76), que normalmente é em janeiro de cada ano. Os dias de férias serão corridos, pois a lei não menciona que serão úteis. Não há previsão de divisão das férias em dois períodos. O atleta profissional poderá vender 10 dias de férias, aplicando-se o artigo 143 da CLT (art. 28 da Lei n.º 6.354).

Durante os 10 dias seguintes ao recesso é proibida a participação do atleta em qualquer competição com ingressos pagos. O período mencionado serve para que o empregado venha a readquirir sua forma física.

14. RESCISÃO INDIRETA

O atleta profissional também poderá se utilizar do artigo 483 da CLT para rescindir indiretamente seu contrato de trabalho.

Determina o artigo 31 da Lei n.º 9.615/98 que o atleta poderá postular a rescisão indireta do contrato de trabalho, ficando inclusive livre para se transferir para outra agremiação quando o empregador estiver em atraso com o pagamento de salário, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses. São considerados salários, para os referidos efeitos, o abono de férias, a gratificação de Natal, as gratificações, os prêmios e demais verbas decorrentes do contrato de trabalho. A mora contumaz também ocorrerá nas hipóteses de não recolhimento do FGTS e das contribuições previdenciárias (parágrafo 2.º do art. 31 da Lei n.º 9.615).

Sempre que a rescisão se operar pela aplicação do que foi dito no parágrafo anterior, a multa rescisória a favor da parte inocente será: a- se o empregador der causa à rescisão antecipada, de metade da remuneração a que teria direito até o termo do contrato (art. 479 da CLT); b- se o empregador der causa à rescisão antecipada, deverá indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem, porém a indenização não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições (art. 480 da CLT).

A multa rescisória não se confunde com a cláusula penal. Esta é representada pelo valor previsto no contrato pelo descumprimento de cláusula do contrato de trabalho ou rescisão unilateral. A primeira decorre da rescisão injusta do contrato de trabalho antes do tempo e é devida ao atleta. A cláusula penal tem natureza compensatória, pela extinção do contrato antes do tempo e pode ser devida tanto ao atleta quanto ao clube. A multa rescisória tem natureza moratória pelo descumprimento das obrigações do contrato.

15. JUSTA CAUSA

As hipóteses de justa causa do atleta profissional são previstas no artigo 20 da Lei n.º 6.354: improbidade (furto, roubo etc.), a grave incontinência de conduta, a condenação à pena de reclusão, superior a dois anos, transitada em julgado e a eliminação imposta pela entidade de direção máxima do futebol nacional ou internacional.

As hipóteses contidas no artigo 20 da Lei n.º 6.354 são exemplificativas, pois outras faltas podem ser cometidas pelo empregado para o rompimento justificado do contrato, como, por exemplo, as descritas no artigo 482 da CLT.

A desídia poderá ocorrer pela falta de empenho nos treinos e jogos, pela péssima forma física do atleta que vai constantemente a casas noturnas, ingerindo bebidas alcoólicas.

Em tese, pode ocorrer violação de segredo da empresa, como, por exemplo, na revelação de tática a ser empregada nas partidas, determinado lance ensaiado, etc.

16. CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal tem previsão no artigo 28 da Lei n.º 9.615. É utilizada para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral do contrato.

Em caso de transação a respeito da rescisão contratual, não seria aplicável a cláusula penal, por não se tratar de rescisão unilateral. As partes, porém, poderão estabelecer se a cláusula penal deve ser observada e o valor da multa.

O objetivo da cláusula penal é fazer com que ambas as partes cumpram o disposto no contrato. Serve de indenização por perdas e danos em caso de rescisão unilateral do contrato. A cláusula penal acaba sendo, agora, uma forma de compensar o investimento que o clube fez no jogador.

A natureza da multa prevista em cláusula penal é indenizatória e não salarial, pois é decorrente da rescisão do contrato de trabalho.

Não se aplica a regra do artigo 412 do Código Civil, no sentido de que a multa não pode exceder o valor da obrigação principal. Em princípio, a obrigação principal é o pagamento mensal dos salários. Entretanto, determina o parágrafo 3.º do artigo 28 da Lei n.º 9.615 que

o valor da cláusula penal será livremente estabelecido pelos contratantes até o limite máximo de 100 vezes o montante da remuneração anual pactuada.

O limite máximo para o valor da cláusula penal estabelecido na lei serve para evitar que o clube estabelecesse multa muito alta para o atleta não se transferir para outra agremiação.

É reduzido o valor da cláusula penal apurada, aplicando-se para cada ano integralizado do vigente contrato de trabalho desportivo os seguintes percentuais progressivos e não-cumulativos: a- 10% após o primeiro ano; b- 20% após o segundo ano; c- 40% após o terceiro ano; d- 80% após o quarto ano. É diminuída, portanto, a multa, proporcionalmente em relação a cada ano de contrato cumprido.

Quando se tratar de transferência internacional, a cláusula penal não será objeto de qualquer limitação, desde que esteja expresso no contrato de trabalho desportivo (§5.º do art. 28 da Lei n.º 9.615).

17. INDENIZAÇÃO

Apenas a entidade de prática desportiva formadora que, comprovadamente, firmar o primeiro contrato de trabalho com o atleta por ela profissionalizado, terá direito de exigir, do novo empregador, indenização de:

a- formação, quando da cessão do atleta durante a vigência do primeiro contrato, que não poderá exceder a 200 vezes o montante da remuneração anual, vedada a cobrança cumulativa de cláusula penal; b- promoção, quando da nova contratação do atleta, no prazo de seis meses após o término do primeiro contrato, que não poderá exceder a 150 vezes o montante da remuneração anual, desde que a entidade formadora permaneça pagando salários ao atleta quando não firmado o novo vínculo contratual.

Afirma Álvaro de Melo Filho que os dois tipos de indenização “implementam um novo sistema mais sólido, realista e eqüitativo em que se harmonizam os direitos compensatórios dos clubes formadores com a liberdade dos atletas, conferindo mais segurança e estabilidade às suas relações trabalhistas e desportivas”.

18. FGTS

O atleta tem direito a FGTS, que é um direito de qualquer trabalhador (art. 7.º, III, da Constituição).

Não tem o atleta estabilidade, nem indenização por tempo de serviço no clube.

Dispõe o artigo 28 da Lei n.º 6.354 que aplicam-se as normas gerais da legislação do trabalho, o que atrai a observância da Lei n.º 8.036, que trata do FGTS.

O parágrafo 2.º do artigo 31 da Lei n.º 9.615 faz referência ao fato de que o clube deve recolher o FGTS, sob pena de ser caracterizada mora contumaz para efeito de rescisão do contrato de trabalho do atleta.

Na jurisprudência há entendimento sobre a necessidade do recolhimento do FGTS pelo clube:

..... 2. O atleta profissional de futebol, que não tem direito à estabilidade, tem direito, por isso mesmo, ao regime do FGTS. Os jogadores profissionais de futebol, como classe de trabalhadores, não podem ficar à margem de qualquer sistema de garantia (TRF 4ª R, AR 90.04.02770-0/RS, j. 2.9.98, Rel. Juíza Tânia Escobar, DJU 2 7.10.98, p. 351).

19. PRESCRIÇÃO

O atleta profissional é um empregado urbano. Logo, a ele se aplica a regra contida na alínea a, do inciso XXIX do artigo 7.º da Constituição. O empregado deverá ajuizar a ação nos dois anos a contar do término do contrato de trabalho, podendo reclamar os últimos cinco anos a contar da propositura da ação. Caso ajuíze a ação no curso do contrato de trabalho, terá direito de reclamar os últimos cinco anos a contar da propositura da ação.

20. ACIDENTE DO TRABALHO

As entidades de prática desportiva serão obrigadas a contratar seguro de acidentes do trabalho para os atletas profissionais a elas vinculados, com o objetivo de cobrir os riscos a que estão sujeitos (art. 45 da Lei n.º 9.615).

Para os atletas profissionais, o prêmio mínimo deverá corresponder à importância total anual da remuneração ajustada.

A distensão muscular é considerada acidente do trabalho. É uma espécie de doença profissional.

Dos atletas profissionais de futebol há o desconto da contribuição previdenciária de seus salários. São eles segurados obrigatórios da Previdência Social, na condição de empregados.

O clube de futebol recolhe 5% da receita bruta dos espetáculos desportivos e sobre a renda de contratos de patrocínio em substituição à contribuição de 20% da empresa e à contribuição para financiamento das prestações de acidente do trabalho.

Logo, se o atleta sofrer acidente do trabalho, também terá direito às prestações acidentárias previstas na Lei n.º 8.213, limitadas a R\$ 1.561,56.

Durante os 15 primeiros dias de afastamento cabe ao empregador pagar o salário do atleta, como ocorre nos casos de contusões. Após o 15.º dia o benefício é pago pelo INSS.

21. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Reza o artigo 29 da Lei n.º 6.534/76 que “somente serão admitidas reclamações à Justiça do Trabalho depois de esgotadas as instâncias da Justiça Desportiva, a que se refere o item III do artigo 42, da Lei n.º 6.251/75, que proferirá decisão final no prazo máximo de 60 dias contados da instauração do processo”.

A previsão citada tinha fundamento no parágrafo 4.º do artigo 153 da Emenda Constitucional n.º 1/69, de acordo com a redação da Emenda Constitucional n.º 7/77, permitindo que a lei condicionasse o ingresso em juízo depois de esgotada a via administrativa.

O inciso XXXV, do artigo 5.º da Lei Maior de 1988 não tem disposição nem mesmo similar à anterior, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não mais dispõe que a lei poderia condicionar o ingresso em juízo somente depois de esgotada a instância administrativa.

Determina, porém, o parágrafo 1.º do artigo 217 da Lei Magna de 1988 que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada por lei”.

Não há dúvida de que a Justiça do Trabalho tem competência para examinar a relação entre o atleta profissional de futebol e o respectivo clube, pois decorre da previsão do artigo 114 da Constituição. Entretanto, o artigo 29 da Lei n.º 6.354/76 foi derogado pelo parágrafo 1.º do artigo 217 da Constituição. Somente nos casos de disciplina e de competições esportivas é que se deve esgotar a via administrativa. Nos demais casos, o atleta pode socorrer-se diretamente da Justiça do Trabalho para fazer sua postulação, como no caso de salários não pagos, FGTS etc.

Instaurado o procedimento administrativo e não sendo proferida decisão definitiva em 60 dias, o atleta poderá socorrer-se diretamente à Justiça do Trabalho (parágrafo único do art. 29 da Lei n.º 6.354/76).

GREVE

Julpiano Chaves Cortez*

1. HISTÓRICO - LEGISLAÇÃO

A greve, inicialmente, foi considerada como delito (conduta repelida pelo direito). Com a aceitação das associações profissionais, ela passou a ser tolerada, constituindo uma liberdade (*facultas agendi*). Nas sociedades democráticas, com o reconhecimento do direito de sindicalização, a greve passou a ser direito dos trabalhadores.

O Min. Arnaldo Süssekind lembra que a denominação “greve” surgiu após a Revolução Francesa, porque os operários que abandonavam coletivamente o trabalho, iam para a Praça da Prefeitura, em Paris, conhecida como “Place de grève”, porque comumente invadida por cascalhos (“greve”, em francês), advindos do rio Sena.¹

A seguir, são enumerados os principais diplomas legais brasileiros a respeito de greve:

a) Código Penal (Decreto n. 847, 11 de outubro de 1890), proibia a greve, considerando-a como ilícito penal;

b) Constituição Federal, de 1937, considera livre a associação profissional ou sindical (art. 138) e prevê que a greve e o lock-out são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho, ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional (parte final do art. 139);

c) Código Penal, de 1940, enquadrava a greve como crime, no caso de paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem ou interesse público (arts. 200 e 2001);

d) CLT (Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943), tratava na Seção I, Capítulo VII, do *lock-out* e da greve, prevendo que os empregados que, coletivamente e sem prévia autorização do tribunal abandonarem o serviço, ou desobedecerem a qualquer decisão proferida em dissídio, incorrerão nas penalidades de suspensão ou dispensa do emprego, perda ou suspensão do direito de serem eleitos para o cargo de representação profissional (art. 723);

e) Decreto-lei n. 9.070, de 15 de março de 1946, dispõe sobre a suspensão ou abandono coletivo do trabalho, sendo considerada a nossa primeira lei ordinária sobre greve, permitida nas atividades acessórias;

f) Constituição Federal, de 18 de setembro de 1946, admite o direito de greve, cujo exercício a lei regulará (art. 158). O Decreto-lei n. 9.070/46, não sendo incompatível com a CF/46, continuou em vigor, com o reconhecimento do STF;

g) Lei n. 4.330, de 1º de junho de 1964, regula o direito de greve previsto no art. 158 da CF/46. As exigências desta Lei, para a greve ser considerada legal, eram tantas, que passou a ser chamada de Lei antigreve;

h) Constituição Federal, de 24 de janeiro de 1967, assegurava aos trabalhadores o direito de greve (art. 158, XXI), salvo nos serviços públicos e atividades essenciais (art. 157, § 7º);

* Advogado e autor de várias obras jurídicas.

1. SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pág. 588.

i) Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, reprodução da CF/67, assegurava aos trabalhadores o direito de greve (art. 165, XXI), salvo nos serviços públicos e atividades essenciais (art. 162);

j) Lei n. 6.128/78, proibição de greve nas sociedades de economia mista;

k) Lei n. 6.158/78, proibição de greve nas autarquias e na administração direta;

l) Decreto-lei n. 1.632, de 4 de agosto de 1978, dispõe sobre a proibição de greve nos serviços públicos e em atividades essenciais de interesse da segurança nacional;

m) Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, assegura o direito de greve aos trabalhadores do setor privado, incluídos os empregados das empresas públicas e das economias mistas (art. 9º c/c 173, § 1º, II); na administração pública direta e indireta (autarquias e fundações públicas), o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica (art. 37, VII); ao militar são proibidas a sindicalização e a greve (art. 142, IV);

n) Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. A análise desse diploma legal, que regulamenta a CF/88, será feita a seguir.

2. CONCEITO

Nos termos do art. 2º, da Lei n. 7.783/89, greve é a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

Pela definição legal, conclui-se que o direito de greve é o direito de paralisação coletiva e temporária do trabalho, como instrumento legal de pressão usado pelos empregados, com a finalidade de agilizar a solução de um conflito coletivo.

O que caracteriza o movimento paredista é a suspensão pacífica do serviço, sob pena de ocorrer um ilícito trabalhista, pelo incorreto cumprimento do contrato de trabalho.

3. NATUREZA JURÍDICA

A CF/88 preceitua em seu art. 9º, *caput*, que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. Esse dispositivo foi reproduzido, integralmente, pelo artigo 1º da Lei n. 7.783/89, que regulamenta o exercício do direito de greve no setor privado da economia, incluídas as empresas públicas e as sociedades de economia mista. O direito de greve assegurado aos trabalhadores é um direito constitucional fundamental.

O Prof. Maurício Godinho Delgado ensina que “a natureza jurídica da greve, hoje, é de um direito fundamental de caráter coletivo, resultante da autonomia privada coletiva inerente às sociedades democráticas”.²

4. DIREITO - OBJETIVO - TITULARIDADE

O art. 1º da Lei n. 7.783/89 prevê que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

A lei, repetindo a Constituição Federal, assegura o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir o momento de exercê-lo.

Em que pese a amplitude do artigo em análise, o direito de greve deve ser exercido quando se tratar de interesse de natureza econômico-profissional. O objetivo da greve é de

2. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, pág. 1412.

caráter trabalhista e não aqueles alheios à categoria profissional, como, por exemplo, as greves de interesse político e de solidariedade.

Nesse sentido, a CF/88 assegura que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões jurídicas ou administrativas (art. 8º, inciso III).

A própria CLT preceitua como prerrogativas dos sindicatos a representação dos interesses gerais da categoria ou profissão relativos à atividade ou profissão exercida (art. 513).

A conclusão de que o direito de greve deve ser exercido quando se tratar de interesse de caráter trabalhista, resulta de uma interpretação sistemática. A análise do artigo em questão sob o ângulo puramente gramatical ou literal, leva à interpretação de que o direito de greve não está atrelado à existência de reivindicações trabalhistas.

A questão da titularidade do direito de greve é controvertida e a respeito existem três correntes: uma, que defende a titularidade dos trabalhadores; outra, entendendo que a titularidade é do sindicato e uma terceira, argumentando que a titularidade é dos trabalhadores com o exercício pelo sindicato.

O titular do direito de greve é o sindicato, entendimento que se extrai do preceito constitucional de que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, inclusive em questões jurídicas ou administrativas (art. 8º, III).

O Prof. Amauri Mascaro Nascimento argumenta “que a greve é um direito individual do trabalhador, de exercício coletivo declarado pelo sindicato”.³

Por sua vez, Sérgio Pinto Martins entende que “não há dúvida de que a titularidade do direito de greve é dos trabalhadores, pois a eles compete decidir sobre a oportunidade e os interesses a serem defendidos por meio da greve. A legitimidade, porém, para a instauração da greve pertence à organização sindical dos trabalhadores, visto que se trata de um direito coletivo”.⁴

5. NEGOCIAÇÃO PRÉVIA - PRESSUPOSTO - COMUNICAÇÃO

Antes de ser deflagrada a greve, as partes devem procurar solucionar o conflito coletivo por meio de negociação ou de arbitragem, alternativamente, sob pena de ser considerado o movimento abusivo, conforme prevê o art. 14 da Lei n. 7.783/89. Esse é o caminho indicado pelo art. 3º, da Lei de greve, ao assegurar que “frustrada a negociação ou verificada a impossibilidade de recurso via arbitral, é facultada a cessação coletiva do trabalho”. A Orientação Jurisprudencial n. 11 da SDC-TST estabelece: “Greve. Imprescindibilidade de tentativa direta e pacífica da solução do conflito. Etapa negocial prévia. É abusiva a greve levada a efeito sem que as partes hajam tentado, direta e pacificamente, solucionar o conflito que lhe constitui o objeto”.

A CF/88 preceitua no art. 114, que frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros e, recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho (§§ 1º e 2).

A negociação coletiva instrumentaliza-se por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, conforme previsão da CLT. A arbitragem, forma voluntária e facultativa de por fim a um conflito, é disciplinada pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

3. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Comentários à Lei de Greve. São Paulo: LTr, 1989, pág. 37.

4. MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, pág. 700.

Em caso de deflagração de greve, o empregador deverá ser notificado, com antecedência mínima de 48 horas, da paralisação. É o que prevê o parágrafo único do art. 3º da Lei de greve.

Quando se tratar de greve em serviços ou atividades essenciais, os empregadores e os usuários devem ser comunicados, em 72 horas, da decisão de paralisar o trabalho (art. 13).

A greve será considerada ilegal ou abusiva, quando não realizada a etapa negocial prévia, não forem atendidos os pressupostos legais e na falta de comunicação antecipada do empregador e da comunidade (atividades essenciais), da intenção do movimento paretista.

6. FORMALIDADES - ASSEMBLÉIA GERAL - QUORUM - COMISSÃO DE NEGOCIAÇÃO

O art. 4º, *caput*, da Lei n. 7.783/89 disciplina que “caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia-geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços”.

Süssekind (2002, p. 595) observa que a expressão, “entidade sindical”, abrange os sindicatos, as federações e as confederações. Assim, tratando-se de categoria ou profissão inorganizada em sindicato, o sujeito ativo da greve será a federação do respectivo grupo; e, à sua falta, a legitimidade ativa desloca-se para a confederação do correspondente ramo profissional.

A realização da assembleia-geral, com as reivindicações e deliberações da categoria, constitui pressuposto legal e meio de prova da paralisação coletiva dos trabalhadores.

O § 1º, do art. 4º, da Lei n. 7.783/89, prevê que “o estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o *quorum* para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve.”

O estatuto da entidade sindical deverá estabelecer o *quorum* da assembleia que deliberará sobre o movimento paretista. Por sua vez, o art. 612 da CLT, que não foi revogado pela lei de greve, estabelece o *quorum* para a assembleia sindical que deliberará sobre negociação coletiva. Para efeito de dissídio coletivo, existe *quorum* específico e mais flexível, conforme estabelece o art. 859 da CLT. Com o advento da lei de greve, surgiu a divergência interpretativa: para uns, o *quorum* foi unificado, prevalecendo o que for estabelecido no estatuto profissional; para outros, especialmente quando o estatuto da entidade sindical for omissivo, o *quorum* deverá ser o previsto no art. 612 da CLT. A redação do *caput* do art. 4º da lei de greve e o bom senso (princípio da razoabilidade) apontam pela prevalência do *quorum* estatutário e no caso de sua omissão, aplica-se o contido no art. 859 da CLT. Nesse sentido é a ementa: “*Dissídio coletivo - Assembleia Geral de trabalhadores - Quorum legal - A teor do art. 8º, CF/88, e art. 859, CLT, o quorum de representação destinado à instauração da instância é aquele fixado nos estatutos sindicais ou, não o havendo, o previsto no art. 859. A previsão do art. 612 da CLT encontra-se em título diverso da Consolidação (de número VI), que rege norma autônoma, sem vinculação ao processo judicial previsto no art. 114 da Carta Magna e Título X da Consolidação.*” (TRT-DC-47/99 e TRT-DC-310/00 - In FREITAS, Manoel Mendes de. Comentários aos Precedentes Normativos e à Orientação Jurisprudencial da SDC do TST. São Paulo: LTr, 2001, pág. 111)

O § 2º do art. 4º, da mencionada lei, preceitua que “na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no *caput*, constituindo comissão de negociação”.

A comissão de negociação representará os trabalhadores, com os mesmos poderes e atribuições do sindicato. É o que se extrai do art. 5º da lei de greve ao preceituar que a entidade sindical ou comissão especialmente eleita representará os interesses dos trabalhadores nas negociações ou na Justiça do Trabalho.

O Juiz do Trabalho Sérgio Pinto Martins (1988, p. 704) entende “que é possível também afirmar que se o sindicato ou a entidade de grau superior não se interessarem pelas reivindicações ou sobre a paralisação, os interessados também poderão constituir a comissão de negociação, pois caso contrário ficariam aliados de qualquer poder para a solução do conflito coletivo. Essa comissão não terá personalidade jurídica ou sindical, apenas irá participar da negociação”.

A inobservância dos requisitos legais, como a falta de realização de assembléia-geral e a inexistência de quorum mínimo para a deliberação do movimento, torna a greve ilegal ou abusiva.

7. DIREITOS E DEVERES

Em um movimento paredista, há uma malha de interesses da sociedade e das partes envolvidas. Com o objetivo de manter a paz e o equilíbrio social, a lei de greve assegura direitos e deveres aos empregados e empregadores. Nesse sentido, a Lei n. 7.783/89 estabelece:

“Art. 6º. São assegurados aos grevistas, dentre outros direitos:

I - o emprego de meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores a aderirem à greve;

II - a arrecadação de fundos e a livre divulgação do movimento.

§ 1º Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem.

§ 2º É vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento.

§ 3º As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa.”

Dentre os meios pacíficos tendentes a persuadir ou aliciar os trabalhadores para aderirem à greve, destaca-se o piquete, como aliciamento não violento. O uso de piquete violento caracteriza o abuso do direito de greve.

A lei de greve assegura aos grevistas, o direito de arrecadação de fundos para fazer face às despesas e aos gastos resultantes do movimento paredista.

Em nenhuma hipótese, os meios adotados por empregados e empregadores poderão violar ou constranger os direitos e garantias fundamentais de outrem. A CF/88, no Título II, que cuida dos direitos e garantias fundamentais, trata no Capítulo I, dos direitos e deveres individuais e coletivos, enumerando, no *caput* do art. 5º: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É vedado às empresas, adotar meios para constranger o empregado a comparecer ao trabalho, bem como aqueles capazes de frustrar a divulgação do movimento. A norma em apreço assegura a garantia constitucional dos direitos à liberdade individual e ao trabalho, proibindo o empregador de adotar meios para frustrar a greve ou a sua divulgação.

O direito de divulgação da greve é uma garantia constitucional e que poderá ser exercido pelos mais diversos meios, como a divulgação oral, por meio de panfletos, jornais, uso de megafone, rádio, televisão etc.

As manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa. A lei de greve não admite o uso de violência causadora de dano ao patrimônio da empresa, agressão física, violação ou constrangimento a direitos e garantias fundamentais de outrem, sob pena de se considerar a greve abusiva e de se apurar as responsabilidades pelos danos produzidos.

Jurisprudência

“Da justa causa participação em greve. A participação em greve é direito assegurado ao trabalhador, porém dentro dos limites estabelecidos pela Lei n. 7.783/89, segundo a qual as manifestações e atos de persuasão utilizados pelos grevistas não poderão impedir o acesso ao trabalho nem causar ameaça ou dano à propriedade ou à pessoa. No caso dos autos, a prova testemunhal demonstrou que o reclamante, juntamente com outros funcionários, dirigiu palavras de baixo calão aos colegas que pretendiam trabalhar durante a greve, o que acarreta dano moral em face do constrangimento causado por essa atitude. Ademais, também ficou demonstrado que alguns grevistas, dentre eles o reclamante, bateram com as mãos nos vidros do carro da empresa e, embora o veículo não tenha sofrido avarias, está configurada a ameaça de que fala a lei.” (TST - RR - 695400/2000.4 - 5ª T. - Rel. Min. Rider Nogueira de Brito - DJU 06.02.2004 - apud Revista do TST, vol. 70, n. 1, p. 399)

“Greve de ocupação. Serviços ou atividades essenciais. Abusividade. Multa diária. 1. Configura greve de ocupação o comparecimento de empregados ao local de prestação de serviços essenciais com o intuito de evitar que trabalhem aqueles que assim o desejam ou para obstar eventual substituição temporária por novos empregados e, pois, impedir que se garanta o atendimento às necessidades inadiáveis da população. Tal modalidade de paralisação coletiva de trabalho é duplamente abusiva. A uma, porque inibe a liberdade de trabalho assegurada tanto pela Carta da República, nos arts. 5º, inciso XIII, e 6º, quanto pela Lei n. 7.783/89, em seu art. 6º, inciso I e §§ 1º e 3º. A duas, porquanto atenta contra a propriedade privada da empregadora, protegida pelo art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal. 2. Verificada a ocupação abusiva do local da prestação de serviços durante a greve, bem assim a interrupção da negociação coletiva e o completo descumprimento da ordem judicial que fixou parâmetros para que se atendessem as necessidades inadiáveis da população, respondem solidariamente os sindicatos profissionais pela multa diária reduzida, todavia, de modo a não impor gravame excessivo às organizações profissionais. 3. Recurso ordinário a que se dá parcial provimento, mantendo-se a declaração de abusividade do movimento e reduzindo-se a multa diária à metade de seu valor original.” (TST - RODC - 816858/2001.0 - Seção Especializada em Dissídios Coletivos - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 02.04.2004 - apud Revista do TST, vol. 70, n. 1, p. 407)

8. SUSPENSÃO CONTRATUAL

A Lei n. 7.783/89 preceitua:

“Art. 7º. Observadas as condições previstas nesta Lei, a participação em greve suspende o contrato de trabalho, devendo as relações obrigacionais durante o período ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.

Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14”.

O empregado em greve tem o seu contrato de trabalho suspenso, significando que as cláusulas do mesmo deixam de vigorar enquanto perdurar o movimento grevista. Portanto, durante a greve, o empregado não trabalha, não recebe salários e não é contado o tempo de duração da greve para os fins legais, como férias, 13 salário, FGTS etc. Através de negociação coletiva (convenção ou acordo coletivo), laudo arbitral ou decisão judicial, a suspensão poderá transformar-se em interrupção contratual; nesse caso, o empregado apesar de não trabalhar receberá pelos dias de paralisação e o tempo de interrupção será contado para todos os efeitos legais. Como o contrato fica suspenso ou interrompido

durante a greve, nesse período, ele não poderá ser rescindido pelo fato do empregado ter participado do movimento grevista, salvo nos casos de excessos caracterizadores de justa causa.

“Greve - Suspensão do Contrato - Reintegração - Nula e ineficaz a despedida operada no curso de greve não abusiva, enquanto suspenso o contrato de emprego, na forma da lei. Reconhecimento do escopo legal de conferir imunidade aos grevistas e de impedir o esvaziamento da pressão exercida pelo movimento paredista junto ao Empregador. Acolhimento do pedido de reintegração dos empregados.” [TRT-PR-RO-7251/90 - (Ac. 1ª T-8052/92) - Rel. Juiz João Oreste Dalazen. DJPR, 30.10.92, pág. 54 - In FERRARI, Irany & MARTINS, Melchíades Rodrigues. Julgados Trabalhistas Selecionados. São Paulo: LTr, 1995, vol. III, pág. 391, ementa 1228]

A lei de greve proíbe a contratação de trabalhadores substitutos, salvo na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 11 (serviços necessários para manutenção de máquinas e equipamentos durante o movimento paredista e nos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade). O parágrafo único da Lei n. 7.783/89, certamente por engano, referiu-se ao art. 14, em vez do 11 (serviços indispensáveis).

9. DISSÍDIO COLETIVO

Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, ... (CF/88, art. 114, *caput*). Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho (§ 2).

A Lei de greve preceitua que a Justiça do Trabalho, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, decidirá sobre a procedência, total ou parcial, ou improcedência das reivindicações, cumprindo ao Tribunal publicar, de imediato, o competente acórdão (art. 8º).

A negociação coletiva entre as partes (empregador e empregados), quando não se efetiva, dá margem ao dissídio coletivo, que será solucionado pela Justiça do Trabalho, pondo fim ao movimento paredista. O dissídio coletivo poderá ser instaurado pela entidade sindical dos empregados, pela comissão de negociação, pelo sindicato patronal, pela empresa e/ou pelo Ministério Público do Trabalho (havendo interesse público, no mesmo sentido a LC n. 75/93, art. 83, VIII).

A Justiça do Trabalho é competente para declarar a abusividade, ou não, da greve. (Enunciado n. 189 do TST)

A Lei n. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001 (DOU 16.2.01), que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e a respeito de negociação coletiva e dissídio coletivo, preceitua que “a sentença normativa deverá ser publicada no prazo de quinze dias da decisão do Tribunal” (art. 12, § 2º), ficando derogado o art. 8º da Lei n. 7.783/89, que preceitua que o acórdão deveria ser publicado de imediato.

10. EQUIPES DE MANUTENÇÃO - NOVOS EMPREGADOS

A CF/88 assegura o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devem por meio dele defender (art. 9º, *caput*).

A Lei n. 7.783/99 regulamenta:

“Art. 9º. Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resulta em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.”

O direito de greve deve ser exercido pelos trabalhadores, com responsabilidade, de modo a evitar os danos irreparáveis, procurando conservar os bens, as máquinas, os equipamentos essenciais à retomada das atividades empresariais e os próprios postos de trabalho. Para tanto, durante a greve, por acordo entre as partes (empregador e empregados), devem ser mantidas em atividade equipes de empregados; caso contrário, enquanto perdurar o movimento, o empregador poderá contratar novos trabalhadores ou contratar empresas prestadoras de serviços (Lei n. 6.019/74), visando a substituição dos grevistas. A contratação de novos empregados deverá ocorrer por prazo determinado, nos termos do § 1º do art. 443 da CLT (contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada).

Dissídio coletivo - Greve - Abusividade - Atividades não essenciais - Serviços indispensáveis - Art. 9º da Lei de greve - Salários - Dias de paralisação - 1. Em caso de greve em atividades não-essenciais, somente mediante acordo com o sindicato patronal, ou diretamente com o empregador, o sindicato da categoria profissional será obrigado a manter os serviços inadiáveis cuja paralisação resulte em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como aqueles indispensáveis à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento. A falta de consenso a respeito autoriza o empregador a contratar diretamente os serviços necessários à preservação de seu patrimônio, enquanto perdurar a greve. Inteligência do art. 9º e parágrafo único da Lei nº 7.783/89. 2. Incomprovado o acordo em tela e tampouco o acenado prejuízo decorrente de suposta paralisação de um forno de queima contínua, inviável tomar-se tal fato como determinante de declaração de abusividade de greve. 3. Provocando a suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/89), a participação em greve não autoriza o pagamento dos salários no período correspondente, segundo a jurisprudência da Seção de Dissídios Coletivos do TST, salvo na hipótese em que o Empregador, mediante conduta recriminável ou inerte, haja concorrido decisivamente para que houvesse a paralisação, como, por exemplo, no caso de atraso no pagamento de salário [(Precedentes: TST RODC 764.581/01.7, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJU: 19.02.2002; TST EDRODC 82.277/93.5, Rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto, DJU: 25.11.1994, pág. 32389). 4. Recurso ordinário interposto pela Empresa Suscitada a que se dá parcial provimento para autorizar o desconto do salário referente aos dias de paralisação. (TST - RODC 449 - SDC - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 19.09.2003) - *apud* *Júris Síntese Millennium*, n. 47, Maio-Jun/2004]

11. SERVIÇOS OU ATIVIDADES ESSENCIAIS

Ao contrário de outros países, o Brasil não proíbe, apenas disciplina a greve em empresas que desenvolvem serviços ou atividades consideradas essenciais, por não considerar o direito de greve um direito absoluto dos trabalhadores. Em nenhum

ordenamento jurídico deve existir direito absoluto, de uso livre, por colocar em risco a segurança, a liberdade e a estabilidade das pessoas e as necessidades da comunidade de preservação do interesse público. O exercício do direito de greve exige a observância dos parâmetros legais de sua regência.

A CF/88 determina que a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (§ 1º do art. 9º).

Por sua vez, a Lei n. 7.783/89 estabelece:

“Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI - compensação bancária.

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Parágrafo único. São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Art. 12. No caso da inobservância do disposto no artigo anterior, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis.

Art. 13. Na greve em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.”

A Orientação Jurisprudencial n. 38 da SDC-TST disciplina:

“Greve. Serviços essenciais. Garantias das necessidades inadiáveis da população usuária. Fator determinante da qualificação jurídica do movimento. É abusiva a greve que se realiza em setores que a lei define como sendo essenciais à comunidade, se não é assegurado o atendimento básico das necessidades inadiáveis dos usuários do serviço, na forma prevista na lei n. 7.783/89”.

12. ABUSO DO DIREITO DE GREVE

A CF/88 assegura que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei (§ 2º do art. 9º).

A Lei n. 7.783/99 disciplina:

“Art. 14. Constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho.

Parágrafo único. Na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que:

I - tenha por objetivo o cumprimento de cláusula ou condição;

II - seja motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho”.

O abuso do direito de greve se configura pelo desrespeito aos preceitos da Lei n. 7.783/89. O artigo acima não define ou conceitua o abuso do direito de greve. O Min. Orlando Teixeira da Costa adverte que deveria ser o abuso do direito na greve, e não, especificamente, o abuso de direito de greve. E a respeito, Teixeira da Costa observa que

“o abuso de direito na greve consiste, pois, no exercício imoderado, indevido, irregular ou anormal de qualquer direito, que importe no ultrapassamento dos limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do mesmo ou na geração de danos injustos ou despropositados”.⁵

O abuso poderá ser praticado pelo empregado, pela entidade sindical ou pela comissão de negociação. Nos termos do artigo em análise, a esses sujeitos são atribuídas várias obrigações (materiais e/ou formais), sendo que as suas inobservâncias ou desrespeitos importarão na ilegalidade da greve ou como quer a atual legislação, em abuso do direito de greve. Exemplos de atos abusivos: falta de prévia negociação, uso de violência causadora de dano ao patrimônio da empresa, agressão física, violar ou constranger direitos e garantias fundamentais de outrem, desrespeito às formalidades legais (inexistência de assembléia, falta de comunicação etc.), desvirtuamento do objeto da greve, ocupação do estabelecimento da empresa, sabotagem (destruição ou inutilização de bens), boicote (falta de colaboração), piquete obstativo do livre acesso ao trabalho, continuidade de greve após a decisão judicial etc.

A lei de greve prevê duas excludentes de abuso do exercício do direito de greve na vigência de acordo, convenção ou sentença normativa.

A primeira excludente refere-se à paralisação que tem por objetivo o cumprimento de cláusula ou condição (art. 14, § único, I). Em que pese a clareza do dispositivo, a OJ n. 01 da SDC-TST entendeu: “Acordo coletivo. Descumprimento. Existência de ação própria. Abusividade da greve deflagrada para substituí-la. O ordenamento legal vigente assegura a via da ação de cumprimento para as hipóteses de inobservância de norma coletiva em vigor, razão pela qual é abusivo o movimento grevista deflagrado em substituição ao meio pacífico próprio para a solução do conflito”. Esse posicionamento da SDC atropelava a Lei n. 7.783/93. Em 19 de maio de 2004, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos do Tribunal Superior do Trabalho cancelou a OJ n. 01.

A segunda excludente ocorre quando a paralisação for motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho (art. 14, § único, II). Nessa situação, impera o princípio da imprevisão dos contratos ou da cláusula *rebus sic stantibus*.⁶

Jurisprudência Uniformizada

Greve - Competência da Justiça do Trabalho - Abusividade. “A Justiça do Trabalho é competente para declarar a abusividade, ou não, da greve.” (Enunciado n. 189 do TST)

Greve - Competência dos tribunais para declará-la abusiva (positivo). “Compete aos Tribunais do Trabalho decidir sobre o abuso do direito de greve. PN-TST n. 029.” (Ex-PN 41)

Orientações Jurisprudenciais da SDC-TST:

10. Greve abusiva não gera efeitos. É incompatível com a declaração de abusividade de movimento prevista o estabelecimento de quaisquer vantagens ou garantias a seus partícipes, que assumiram os riscos inerentes à utilização do instrumento de pressão máximo.

11. Greve. Imprescindibilidade de tentativa direta e pacífica da solução do conflito. Etapa negociada prévia. É abusiva a greve levada a efeito sem que as partes hajam tentado, direta e pacificamente, solucionar o conflito que lhe constitui o objeto.

12. Greve. Qualificação jurídica. Ilegitimidade ativa ad causam do sindicato profissional que deflagra o movimento. Não se legitima o sindicato profissional a requerer judicialmente a qualificação legal de movimento paredista que ele próprio fomentou.

5. COSTA, Orlando Teixeira da. Do abuso do direito de greve. São Paulo: Revista LTr, vol. 54, n. 4, abril de 1990, pág. 393.

6. Teoria da Imprevisão: CLT, art. 873 e CC/03, arts. 317, 478 e 480.

13. RESPONSABILIDADE - ATOS ILÍCITOS OU CRIMES

A Lei de greve prescreve:

“Art. 15. A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal. Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito.”

Nos termos do artigo em questão, as responsabilidades individuais e do sindicato devem ser apuradas para efeitos trabalhistas, civis e criminais.

A greve é um direito constitucional do trabalhador; a simples participação pacífica em greve não tipifica ato ilícito de nenhuma natureza. No campo trabalhista, a Súmula n. 316 do STF preceitua que a simples adesão à greve não constitui falta grave. O Min. Orlando Teixeira da Costa ponderou que “a greve, pois, mesmo abusiva, não autoriza a dispensa de quem quer que seja, durante a sua realização”.⁷ Por sua vez, o Juiz do Trabalho Dr. José Fernando Ehlers de Moura concluiu, “se a sentença normativa declara a greve abusiva, tal, por si só, não é hábil nem suficiente para configurar justa causa para dispensa dos grevistas”.⁸ Entretanto, os excessos praticados pelo empregado, no curso do movimento, poderão configurar abuso de direito, podendo acarretar a sua dispensa por justa causa, nos termos do art. 482 da CLT.

“Direito de Greve - Anulação de pena disciplinar - Se tão logo declarada abusiva a greve retornarem os empregados ao trabalho, como ‘in casu’, nenhuma punição poderia ser-lhes aplicada, dado que a greve é um direito constitucionalmente assegurado ao trabalhador, competindo a ele decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que por meio dele deva defender (CF/88, art. 9º). O exercício do direito de greve não pode, por si só, ser passível de punição, o que, aliás, é um princípio fundamental do cidadão. Correta a r. decisão de 1º grau, que determinou a anulação das penalidades de suspensão aplicadas aos empregados grevistas.” [TRT 8ª Reg. RO-3957/92, de 17.11.92 - (Ac. 1ª T-686/93) - Rel. Juiz Haroldo Alves. Revista do TRT da 8ª Região, V. 26, n. 51, jul/dez/1993 - In FERRARI, Irany & MARTINS, Melchiades Rodrigues. Julgados Trabalhistas Seleccionados. São Paulo: LTr, 1995, vol. III, pág. 390, ementa 1224]

“Justa causa. Participação. Comete falta grave, passível de demissão o empregado que, além de participar ativamente da greve, ofende os membros da cúpula da empresa e se nega a voltar ao trabalho, mesmo depois daquela ter sido julgada ilegal, ensejando, inclusive nulidade de produção, com evidentes prejuízos à empresa.” [TRT/SP 02890182953 (Ac. 2ª T. 6.765/91) Rel. Maria Aparecida Duenhas. DJ 9.5.91. Bol. 12/91 - In FERRARI, Irany & MARTINS, Melchiades Rodrigues. Julgados Trabalhistas Seleccionados. São Paulo: LTr, 1992, vol. I, pág. 292, ementa 998]

O art. 14 da Lei n. 7.783/89 preceitua que “constitui abuso do direito de greve a inobservância das normas contidas na presente Lei, bem como a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção ou decisão da Justiça do Trabalho” (grifamos). Portanto, em caso de greve, se houver continuidade da paralisação, como disciplinado na parte final do artigo e o empregado deixar de comparecer ao trabalho, ele poderá sofrer a sanção de advertência ou de suspensão e até ser dispensado por justa causa, com base na CLT, art. 482, letras “h” (insubordinação) e/ou “i” (abandono de emprego).

7. COSTA, Orlando Teixeira da. Responsabilidade do sindicato e do trabalhador na greve declarada abusiva. Revista do Ministério Público do Trabalho, n. 1, março de 1991, pág. 57.

8. MOURA, José Fernando Ehlers de. Efeitos da declaração da greve abusiva nos contratos individuais de trabalho. Limitações da greve pela sentença normativa. São Paulo: Revista LTr, vol. 54, n. 12, dezembro de 1990, pág. 1454.

O atual Código Civil, ao tratar dos atos ilícitos (Título III) e da responsabilidade civil (Título IX) preceitua:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

A responsabilidade civil, pela prática de atos ilícitos, poderá recair sobre o empregado grevista e/ou sobre a entidade sindical, dependendo de quem for o causador do dano.

No caso de responsabilidade penal, o Min. Arnaldo Süssekind (2002, pp. 607/608) escreveu:

“O Título do Código Penal brasileiro, alusivo aos ‘Crimes contra a organização do trabalho’, prevê alguns delitos que, em geral, se relacionam com a greve:

a) art. 197 - atentado contra a liberdade de trabalho;

b) art. 200 - paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem;

c) art. 202 - invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola ou sabotagem.

Por seu turno, o art. 330 comina pena de detenção, independente de multa, a quem ‘desobedecer a ordem de funcionário público’, o que pode ser aplicada em caso de ordem judicial para pôr termo à greve ilícita ou abusiva”.

14. GREVE NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A CF/88 no art. 37, *caput*, assegura aos servidores da administração pública direta e indireta (autarquias e fundações públicas) de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que (VII) o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

A Carta Magna, de 1988, preceitua no art. 142, IV “ao militar são proibidas a sindicalização e a greve”.

A Lei n. 7.783/89 prescreve que “para os fins previstos no art. 37, VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido” (art. 16).

A Lei n. 7.783/89 não se aplica aos servidores públicos (estatutários ou celetistas); o âmbito de sua aplicação restringe-se ao setor privado, incluídos os empregados das empresas públicas, sociedades de economia mista e das entidades estatais, que explorem atividade econômica, sujeitas ao regime trabalhista, próprio das empresas privadas (CF/88, art. 173, § 1º, II).

Jurisprudência

Greve - Serviço público - Ilegalidade - Ausência de lei específica - 1. O art. 37, inciso VII, da Constituição da República de 1988 é norma de eficácia limitada, ou seja, sua aplicabilidade depende de Lei específica. 2. Diante da ausência de regulação da matéria pelo Congresso Nacional, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acompanha o entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a greve no serviço público é ilegal. Precedentes: STF MI 20/DF, DJ 22.11.1996, p. 45690, Rel. Min. Celso de Mello; STF MI 585-9/TO, DJ 02.08.2002, p. 59, Rel. Min. Ilmar Galvão; e STF MI 485-4/MT, DJ 23.08.2002, p. 59, Rel. Min. Maurício Corrêa; TST RXOFRODC 720236/2000, DJ 04.10.2002, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira; TST RODC 614621/1999, DJ 24.05.2001, p. 81, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula; TST RXOFRODC 645045/2000, DJ 01.12.2000, P. 564, Rel. Min. José Luciano de Castilho

Pereira. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. [(TST - RODC 788991 - SDC - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 19.09.2003 - JCF.37 JCF.37.VII) - *apud* Júris Síntese Millennium, n. 47, Maio-Jun/2004]

Servidor público - Direito de greve - O servidor público, mesmo aquele regido pela legislação trabalhista, não pode exercer o direito de greve, pois ainda não existe a Lei específica referida no art. 37, VII, da Constituição Federal. Greve declarada ilegal. (TST - RXOFRODC 720236 - SDC - Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira - DJU 04.10.2002) JCF.37 JCF.37.VII) - *apud* Júris Síntese Millennium, n. 47, Maio-Jun/2004

15. LOUCAUTE

A respeito do *lock-out* ou fechamento do estabelecimento da empresa, a Lei de Greve disciplina:

“Art. 17. Fica vedada a paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados (*lock-out*).

Parágrafo único. A prática referida no ‘caput’ assegura aos trabalhadores o direito à percepção dos salários durante o período de paralisação.”

É proibida a greve dos empregadores (*lock-out*), com a finalidade de frustrar a negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos seus empregados.

Em caso de loucaute, por se tratar de interrupção da execução dos contratos de trabalho, os empregados fazem jus à percepção dos salários durante o período de paralisação e esse tempo será contado para todos os efeitos legais, como férias, 13º salário, FGTS etc.

A ILEGALIDADE DO SISTEMA DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO 12X36

Edson Braz da Silva*

“O homem fatigado, destruído pelo trabalho excessivo, é um ser abúlico, destituído de vontade, incapaz para o exercício concreto da cidadania.” (Luiz Carlos Amorim Robortella)¹

INTRODUÇÃO

Nos estudos do Direito do Trabalho, aprende-se que a lei trabalhista deve proteger o trabalhador inclusive contra ele mesmo, pois, premido por suas necessidades vitais e básicas ou estimulado pela própria ganância, esquece a sua condição humana finita e aceita as imposições do empregador para trabalhar em condições extremamente prejudiciais a sua saúde ou que levem perigo a sua vida. Como exemplo vivo dessa situação podemos citar o artigo 59, § 2º da CLT, proibindo jornada de trabalho que ultrapasse o limite máximo de (10) horas diárias, mesmo resultante de acordo de compensação de jornada e com a chancela do sindicato profissional respectivo.

Todavia, por muito tempo a doutrina e a jurisprudência majoritárias vêm conferindo validade ao sistema de jornada de trabalho 12x36, onde o empregado trabalha ininterruptamente 12 (doze) horas e descansa 36 (trinta e seis) horas ininterruptas. O argumento básico dos defensores desse sistema de trabalho é que ele não traria prejuízos à saúde do trabalhador, além de permitir-lhe outras atividades que aumentariam seus ganhos.

Não concordando com essa linha de pensamento, buscamos neste artigo refutar os seus argumentos e demonstrar que a jornada de trabalho acima de 10 (dez) horas diárias não tem respaldo legal, mesmo quando chancelada pelo sindicato profissional, por ser nociva à saúde física e mental do trabalhador e fomentar o desemprego.

1. DURAÇÃO DO TRABALHO

1.1. Evolução Histórica da Jornada de Trabalho

O trabalho humano é um importantíssimo componente da produção de bens e serviços, tendo significativa influência no custo da produção e, conseqüentemente, no preço final desses produtos. Portanto, quanto menos pagar pelo maior tempo possível de uso da energia humana empregada no seu sistema de produção, maior será lucro da empresa. A idéia central do capitalismo consiste em produzir a baixo custo e vender pelo melhor preço possível para ter maior lucro.

* Subprocurador-Geral do Trabalho. Professor de Direito do Trabalho da Universidade Católica de Goiás e da Escola Superior do Ministério Público da União. Membro do Instituto Goiano de Direito do Trabalho – IGT e da Academia Goiana de Direito – ACD

1. ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim - Curso de Direito Constitucional do Trabalho, vol. 1 / Coordenação Arion Sayão Romita – São Paulo : Ltr, 1991. P. 181-197.

Na busca pelo lucro, o capital ignorou a condição humana do trabalhador, submetendo-o a uma extenuante jornada de trabalho e pagando-lhe salários irrisórios, situação incompatível com a dignidade humana.

O mestre Robortella lembra que as raízes filosóficas do Direito do Trabalho encontram-se fundamentalmente ligadas à duração do trabalho e quão penosas eram as jornadas de trabalhos cumpridas por homens, mulheres e crianças no século XIX, em verdadeira afronta à dignidade humana.² Em um cenário de um liberalismo extremado, onde se preconizava o predomínio da autonomia da vontade, o Estado era complacente com períodos de trabalho intermináveis. A literatura registra casos de crianças de 4, 5, 6, 7 e 8 anos de idade trabalhando seguidamente 12, 13, 14, 15, 16 e 17 horas por dia.³

Por sua vez, o juslaboralista Segadas Vianna⁴ retrata de forma soberba o pensamento social e jurídico vigorante na época e as conseqüências dele na vida dos trabalhadores:

"A igualdade e a liberdade, como conceitos abstratos, importavam na aceitação do conceito de Fouillé – 'quem diz contratual diz justo' – e permitiam que se instituisse uma nova forma de escravidão, com o crescimento das forças dos privilegiados da fortuna e a servidão e a opressão dos mais débeis.

Entregue à sua fraqueza, abandonado pelo Estado, que o largava à sua própria sorte, apenas lhe afirmando que era livre, o operário não passava de um simples meio de produção. O trabalhador, na sua dignidade fundamental de pessoa humana, não interessava ou não preocupava aos chefes industriais daquele período. Era a duração do trabalho levada além do máximo da resistência normal do indivíduo. Os salários, que não tinham, como hoje, a barreira dos mínimos vitais, baixavam até onde a concorrência do mercado de braços permitia que eles se aviltassem. Embolsando o trabalhador regularmente as prestações devidas pelo seu trabalho, julgavam os patrões que, assim procedendo, estavam cumprindo integralmente os seus deveres para com esse colaborador principal de sua fortuna crescente – descreve Oliveira Vinna."⁵

O Direito do Trabalho tem a sua gênese exatamente na luta do trabalhador por melhores salários e menor jornada de trabalho. Pelo seu direito a uma vida digna, e compatível com a sua condição humana. Para o movimento operário internacional da época, a redução do tempo de trabalho passou a ser um dos seus objetivos históricos maiores, a luta era por uma jornada de trabalho diária de 08 (oito) horas e 48 (quarenta e oito) horas semanais.⁶

O problema da jornada de trabalho revelava-se tão grave que mereceu a atenção do Papa Leão III na Encíclica *Rerum Novarum*: *"não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer, pelo excesso de fadiga, embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem é limitada como a sua natureza. O exercício e o uso a aperfeiçoam, mas é preciso que de quando em quando se suspenda para dar lugar ao repouso. Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem."*

A literatura registra que as primeiras leis sobre direito individual do trabalho tiveram por objetivo impor limites à jornada de Trabalho: Inglaterra, jornada diária de 10 horas de trabalho, em 1847; França, jornada diária de 10 horas de trabalho em Paris e 11 no resto do país.⁷

2. ROBORELLA, ob.cit.

3. Apud Sússekind, Arnaldo, "Duração do Trabalho e Repouso Remunerados", Rio, Freitas Bastos, 1950, pág. 23.

4. VIANNA Segadas – Instituições de direito do trabalho / Arnaldo Sússekind...[et. al.] – 19. ed. Atual. / por Arnaldo Sússekind e João de Lima Teixeira Filho – São Paulo : Ltr 2000. p. 34.

5. "As Novas Diretrizes da Política Social", 1939

6. "L'Assouplissement du Temps du Travail", comunicação ao Congresso Europeu de Direito do Trabalho, Paris, setembro de 1989, texto em xerocópia, pág. 6.

7. VIANNA, Segadas, ob. cit. , p. 43

O **Dia Internacional da Mulher** é comemorado no dia 08 de março porque *“nesse dia, do ano de 1857, as operárias têxteis de uma fábrica de Nova Iorque entraram em greve, ocupando a fábrica, para reivindicarem a redução de um horário de mais de 16 horas por dia para 10 horas. Estas operárias que, nas suas 16 horas, recebiam menos de um terço do salário dos homens, foram fechadas na fábrica onde, entretanto, se declarou um incêndio, e cerca de 130 mulheres morreram queimadas. Em 1910, numa conferência internacional de mulheres realizada na Dinamarca, foi decidido, em homenagem àquelas mulheres, comemorar o 8 de Março como ‘Dia Internacional da Mulher’.”*⁸

Posteriormente, em um estágio mais evoluído da relação de trabalho, o Tratado de Versailes adotou a jornada trabalho de oito horas e quarenta e oito semanais, proclamando não ser o trabalho humano mercadoria ou artigo de comércio.⁹

Hoje a luta é por uma jornada de quarenta horas semanais ou até mesmo de seis horas diárias, perfazendo trinta e cinco horas semanais.

1.2. Sistema de atividade e repouso

Na sua condição humana, além de garantir o sustento material seu e de sua família, o trabalhador precisa de lazer, cultura, esportes, religiosidade, convívio social e familiar para uma vida plena. Precisa, também, de tempo para estudos voltados para o aprimoramento profissional, de modo a garantir a sua empregabilidade futura, sob pena de ficar ultrapassado pela evolução dos novos sistemas de produção, marcados pelo elevado emprego de novas e sofisticadas tecnologias.

Para adequação dessas necessidades, elaborou-se um sistema universal de duração das atividades laborais e de repouso, onde *“As normas que regulam a duração do trabalho visam a assegurar ao empregado um equilíbrio racional entre o tempo de atividade para a empresa e o tempo de repouso pessoal, ou seja, entre o desgaste e a restauração da fonte orgânica de energia.”*¹⁰

Nesse sistema, são fixados os intervalos ou descansos concedidos durante a jornada, as possibilidades jurídicas da prorrogação de jornada, a jornada noturna, o intervalo entre duas jornadas e outros assuntos ligados à duração diária do trabalho. No concernente à duração semanal do trabalho, são regulamentados o descanso semanal remunerado e a jornada semanal. No tocante à duração anual do trabalho, cuida-se do instituto das férias remuneradas.

O sistema de atividades e repouso tem por finalidade encontrar um ponto de equilíbrio destinado a prevenir a fadiga do empregado e beneficiar economicamente o empregador com o aumento de produtividade. Quando se fala em fadiga, isto vai além da fadiga muscular. Há também a fadiga mental e cerebral que aniquila e embrutece o ser humano.

1.2.1 Tríplice finalidade dos repouso

O primeiro e mais importante objetivo do repouso no direito do Trabalho diz respeito à recuperação do organismo do trabalhador. Para combater a cansaço resultante da jornada diária, concedem-se intervalos curtos dentro da própria jornada (intervalos intrajornada) e entre uma jornada diária e outra (intervalos interjornadas). Para o enfrentamento do cansaço acumulado durante a semana, prevê-se o repouso semanal remunerado de 24 horas ininterruptas. Por essa razão, o repouso é de curta duração e esgota-se na recuperação do organismo.

8. http://www.eselx.ipl.pt/ciencias-sociais/Temas/direitos_mulher/ (acessado em 07/12/2004)

9. ROBORTELLA, ob. cit.

10. PINTO, José Augusto Rodrigues, ob. cit

Além do aspecto da recuperação física, os repousos têm importante papel social e econômico, possibilitando o conforto do trabalhador junto à sua família e à comunidade, bem como garantindo a manutenção da capacidade produtiva do trabalhador, de modo a que seja disponibilizada uma mão-de-obra renovada ao empregador, com o máximo de energia e operosidade.

1.3. Padrões de mensuração da jornada de trabalho

A jornada de trabalho pode ser medida levando-se em consideração: o tempo que o empregado efetivamente trabalha para o empregador, *Teoria do tempo de trabalho efetivo*; o tempo que o empregado permanece à disposição do empregador aguardando ou executando ordens, *Teoria do tempo à disposição do empregador*; o tempo que o empregado consome de seu domicílio até o local de trabalho e vice-versa, somado ao tempo à disposição do empregador, *Teoria da jornada "in itinere."*¹¹

1.3.2. A posição do Direito do Trabalho brasileiro

O Direito do Trabalho no Brasil adotou uma teoria mista ou eclética, fixando-se na teoria do tempo de efetivo trabalho e na teoria do tempo do empregado à disposição do empregador - (art. 4º e art. 58, § 2º da CLT), sem descartar a incidência da teoria da jornada *in itinere* em algumas situações, mesmo como uma exceção. Encontramos a orientação desta teoria nos artigos 58, § 2º,¹² 238 § 3º da CLT (ferroviários) e art. 294 (mineiros), todas da CLT; bem como nos Enunciados 90, 324 e 325, todos do TST.

A teoria do tempo à disposição do empregador está consagrada nos artigos 244, § 2º (sobreaviso) e 244, § 3º (prontidão), ambos da CLT, e da mesma forma no Enunciado 229 do TST.

1.4. Conceito e espécies de jornada de trabalho¹³

a) Jornada de trabalho - é a limitação, em função do tempo, da quantidade de trabalho que o empregado se obriga a prestar ao seu empregador. Não se confunde com horário de trabalho, que é o espaço de tempo entre o termo inicial e o final da jornada de trabalho.

O empregador tem grande liberdade na fixação do horário de trabalho de seus empregados, devendo observar as regras gerais estabelecidas pelo poder público relativamente a algumas atividades empresárias, como, por exemplo, bancária, comércio e etc, ou a de empregados menores de dezoito anos. Porém, no que concerne à determinação da duração da jornada de trabalho, o empregador deve total submissão à lei, ao contrato ou convenção coletiva de trabalho, não podendo exigir do empregado mais tempo de trabalho que o legalmente permitido, mesmo que não haja oposição ou resistência do trabalhador.

b) Jornada normal - é aquela que se enquadra nos limites máximos de jornada fixados pela lei, acordo ou convenção coletivos ou contrato individual de emprego.

c) Jornada extraordinária *lato sensu* - são as horas excedentes aos limites da jornada normal. Jornada extraordinária *lato sensu* corresponde ao gênero, tendo como espécie as horas suplementares e as horas extraordinárias.

Horas suplementares seriam aquelas combinadas entre o patrão e o empregado, no limite máximo de duas horas diárias, não justificadas por uma necessidade imperiosa. São eminentemente contratuais (art. 59, CLT).

11. OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de, ob. cit.

12. "Art. 58....."

§ 2º. 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." (NR)

LEI Nº 10.243, DE 19 DE JUNHO DE 2001.

13. OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de, ob cit.

Horas extraordinárias (*stricto sensu*) não têm fundamento contratual. São justificadas por uma necessidade imperiosa da empresa, podendo ter limites ou não (art. 61, da CLT), compreendendo as imediatamente seguintes à jornada ordinária ou, em havendo contratação de horas suplementares, às imediatamente seguintes a estas.

d) Jornada de trabalho noturna urbana - considera-se noturna a jornada cumprida pelo empregado entre 22:00h de um dia e 5:00h da manhã seguinte. As prorrogações de horário acompanham a classificação. Assim, a jornada noturna poderá ir além das 5:00h da manhã, devido a possíveis prorrogações (art. 73, § 5º da CLT).

A duração da hora noturna é menor do que da hora diurna, tem duração de 52'30". Assim, oito horas de jornada noturna correspondem a sete horas do relógio (art. 73, § 1º da CLT).

e) Jornada de trabalho noturna rural - na Lavoura, noturno é o trabalho compreendido entre 21:00h de um dia e 5:00h da manhã seguinte; na pecuária é noturno o trabalho compreendido entre 20:00 h. de um dia e 4:00h da manhã seguinte (art. 7º da Lei nº 5.889/73).

A jornada de trabalho noturna rural não é reduzida, sendo a hora contada como de 60 minutos.

f) Jornada de trabalho mista - é aquela que se inicia no período diurno e termina no noturno ou vice-versa. Porém, se cumprida a jornada normal noturna e o trabalho for prorrogado com término no período diurno, a jornada é considerada integralmente noturna, art. 73, § 5º, da CLT, fazendo incidir a hora reduzida de 52' e 30" e o adicional de 20%, mesmo após às 5 horas da manhã (OJ nº 6 SDI/TST).

2. DURAÇÃO MÁXIMA DA JORNADA DE TRABALHO

Antes da Constituição Federal de 1988, o art. 58 da CLT fixava a jornada diária máxima em 8 horas diárias ou 48 horas semanais. Hoje, o art. 7º inciso XIII estabelece a jornada diária máxima em 8 horas e a semanal em 44 horas, facultando a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A duração horária se articula de modo direto com a diária e com a semanal. Normalmente, o empregado tem a sua atividade limitada em 8 horas em cada dia, totalizando ao final de cada semana 44 horas. Se a duração diária for menor, acompanhará a mesma redução proporcional na duração da semana. Ex. bancários: 6 horas diárias ou 30 horas semanais; médicos: 4 horas diárias ou 24 horas semanais.

Constituindo garantias mínimas os direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, a lei ou o contrato, podem prever jornadas menores.

2.1. Prorrogação da jornada de trabalho sem compensação

Nessa modalidade, o horário é prorrogado até o limite de duas horas diárias, mediante acordo individual escrito entre patrão e empregado, com um adicional mínimo de 50% (art. 7º, XVI C.F. c/c art. 59 CLT). Eis as chamadas horas suplementares.

2.2 Prorrogação de jornada de trabalho com compensação

O horário é prorrogado em alguns dias da semana e reduzido em outros, de modo a não ultrapassar o limite da jornada semanal. Quando a compensação for semanal, o respectivo acordo poderá ser entabulado diretamente entre o patrão e o empregado. Todavia, quando a empresa pretender um maior prazo para compensação das horas trabalhadas a mais, deverá utilizar-se do banco de horas, mediante acordo coletivo negociado com o sindicato profissional representante de seus empregados, prevendo a compensação de jornada no prazo de até doze meses.

Comumente, a prorrogação de jornada de trabalho com compensação dá-se por meio de acordo escrito entre patrão e empregado, salvo se houver instrumento coletivo proibindo tal prática. Quando houver prorrogação de horas, o limite será de duas horas extras diárias. Mulheres e menores podem trabalhar sob este regime de compensação. Não há adicional em razão da compensação. (art. 59 § 2º)

A jurisprudência firmou-se no sentido de ser viável o acordo individual de compensação de jornada de trabalho, desde que seja expresso (OJ/SDI-1 223) e não proibido por convenção ou acordo coletivo de trabalho (OJ/SDI-1 182 TST). A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação e as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal devem ser pagas como horas extras e, quanto àquelas destinadas à compensação, deve ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário (OJ/SDI-1 220 TST).

2.3 Atendimento de serviços inadiáveis ou cuja inexecução acarrete manifestos prejuízos

Nesses casos, o empregador pode exigir o trabalho extraordinário, unilateralmente, até o limite de 4 horas por dia. Haverá um adicional mínimo de hora extra de 50% sobre a hora normal (art. 7º, XVI c/c art. 61, § 1º e 2º, da CLT).

2.4 Atendimento de força maior

O empregador pode exigir o trabalho extraordinário, unilateralmente, sem limite para homens e mulheres. Não haverá adicional de horas extras. Menores poderão trabalhar com o limite de até 12 horas, desde que os seus serviços revelem-se essenciais (art. 61 § 2º, c/c 413 e 501, todos da CLT).

Lembramos que as mulheres têm, nesse particular, os mesmos direitos e obrigações dos homens, por força da Constituição Federal. Logo, as restrições ao trabalho da mulher contidas no artigo 61 da CLT não foram recepcionadas.

2.5 Recuperação de horas

Aplicável nas situações fortuitas ou de força maior, que impedem a realização do trabalho em razão da paralisação das atividades da empresa, total ou parcialmente. Cessada a causa da paralisação, no retorno ao trabalho normal, o empregador poderá exigir unilateralmente do empregado que trabalhe até o limite de 2 horas extras por dia, não ultrapassando o limite de 45 dias, totalizando 90 horas por ano. Mulheres e crianças podem trabalhar. Não haverá adicional. Exige a CLT prévia autorização do MTE (art. 61, § 3º, da CLT)

2.6 Proibição para prorrogação em Atividade Insalubre ou Local Insalubre

Apesar da literalidade do art. 60 da CLT em sentido contrário, o Enunciado 349 do TST é categórico: "A validade do acordo coletivo ou convenção coletiva de compensação de jornada de trabalho em atividade insalubre prescinde da inspeção prévia da autoridade competente em matéria de higiene do trabalho (art. 7º, XIII, da Constituição da República; art. 60 da CLT)."

2.7 Redução de jornada sem prejuízo de salário

Não encontra obstáculo legal. Porém, quando a redução não encerrar a expressa orientação de provisoriedade, o empregador não poderá exigir no futuro o retorno compulsório à jornada antiga. Entretanto, se o empregador manifestou expressamente que a redução seria provisória, apenas para atender uma necessidade passageira da empresa, o empregado deve retornar à antiga jornada, sem que esse retorno configure jornada extraordinária.

2.8 Redução de jornada com redução de salário

a) Pode haver contratação inicial de jornada inferior a 8 horas diárias, com redução proporcional do salário mínimo ou piso salarial, desde que respeitado o salário mínimo ou piso hora mínimo.

b) Na hipótese de crise econômica, pode haver redução provisória de jornada, mediante acordo com o sindicato, art. 2º a 4º da Lei nº 4.923, de 23/12/65.

2.9 Jornada de trabalho de atividades e profissões com características especiais

Algumas atividades e profissões têm jornadas de trabalho máximas inferiores à jornada máxima geral de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, como, por exemplo: bancários, telefonistas, telegrafistas, radiotelefonistas e radiotelegrafistas, radiologistas, médicos e etc.

2.10 Jornada de trabalho de turnos ininterruptos de revezamento

A Constituição Federal determina que, havendo turnos ininterruptos de trabalho com revezamento, a jornada diária normal será de 6 horas.

Trata-se de sistema contínuo de trabalho em turnos, isto é, um regime habitual de trabalho em que a empresa mantém suas atividades dia e noite. Se houver paralisação noturna ou diurna, com o fechamento da empresa, a jornada será a normal de 8 horas por dia. O mesmo ocorrerá se inexistir revezamento.

Portanto, para que incida a norma do art. 7º, XIV, da CF, torna-se necessária a presença concomitante de três requisitos: atividade ininterrupta da empresa, trabalho por turnos e revezamento.

Segundo a jurisprudência majoritária, a interrupção dentro de cada turno ou semanalmente não afasta a aplicação do artigo 7º, XIV da C.F. (Enunciado TST 360)

2.11 Exclusões do Regime de horas extraordinárias

Nos termos do art. 62 da CLT, estão excluídos do sistema de horas extraordinárias os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, os gerentes, os diretores e chefes de departamento ou filial que exerçam cargo de gestão.

Para alguns autores, o art. 62 da CLT não estaria recepcionado pelo art. 7º, XVI da C.F., pois, ao prever o serviço extraordinário com remuneração superior ao normal, não admitiria a possibilidade de exceção, ainda mais que, ao fixar a jornada diária máxima em oito horas, o inciso XIII do mesmo art. 7º da C.F. excepcionou apenas os empregados domésticos do benefício do adicional de horas extras – art. 7º, Parágrafo Único.

2.12 Trabalho em tempo parcial

Nos termos do art. 58-A da CLT, considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais.

Os empregados sob o regime de tempo parcial não podem prestar horas extras.

3 – ILEGALIDADE DAS JORNADAS DE TRABALHO SUPERIORES A DEZ HORAS DIÁRIAS, MESMO SOB REGIME DE COMPENSAÇÃO SEMANAL

Apesar de respeitar as opiniões em contrário, insistimos no combate aos acordos de compensação de jornada com extrapolação do limite de dez horas diárias, mesmo quando resultante de negociação coletiva.

O fato de a autorização para a prestação de trabalho além do limite máximo de dez horas diárias resultar de negociação coletiva não tem o condão de lhe conferir legalidade, a matéria é de ordem pública e situa-se fora do poder negocial dos sindicatos. A negociação coletiva não pode flexibilizar para pior as normas de medicina e segurança do trabalho. A limitação da jornada de trabalho a um máximo razoável constitui um importante instrumento de prevenção à fadiga do trabalhador.

Sensível ao problema e numa clara demonstração de que o limite máximo de duração da jornada de trabalho está fora do poder negocial dos sindicatos, o legislador foi textual ao admitir pelo art. 59, § 2º, da CLT, a contratação de horas suplementares ou o acordo de compensação de jornada, desde que não seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias de trabalho, mesmo quando a permissão para a compensação esteja veiculada em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Repisando, fato de a *jornada de trabalho 12X36* ser prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho não deve impressionar ou sensibilizar o interprete. A uma, porque, ao viabilizar possível o acordo de compensação de jornada, o § 2º do artigo 59 da CLT estabelece o limite máximo de 10 (dez) horas diárias. A duas, porque dessa limitação não excluiu os acordos formalizados mediante negociação coletiva,¹⁴ ao contrário, expressamente estendeu a vedação às hipóteses de acordo ou convenção coletiva. A três, porque o limite máximo de 10 (dez) horas de trabalho diárias é medida de medicina e segurança do trabalho, tendo por objetivo prevenir a fadiga física e mental do trabalhador e, portanto, fora da esfera do poder negocial dos sindicatos.

Aqui podemos invocar, por analogia, as Orientações Jurisprudenciais 30 e 31 da Colenda SDC/TST, não admitindo que o sindicato profissional flexibilize para pior as normas de ordem pública e em prejuízo aos trabalhadores. Note-se também que os precedentes da SDI-1/TST consubstanciam firme orientação nesse mesmo sentido.

Por último, ressalta-se que a simples previsão de acordo de compensação de jornada de trabalho contida no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, não autoriza seja extrapolado o limite imposto pelo artigo 59, § 2º, da CLT, pois o inciso XXII, do mesmo artigo 7º da Constituição Federal, garante aos trabalhadores a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança* e, à toda evidência, o preceito do artigo 59, e seus parágrafos, da CLT, contém normas de medicina e segurança no trabalho.

Não é porque contratual e aceita pelo sindicato que a prorrogação da jornada de trabalho acima de 10 (dez) horas diárias seria justa e deveria ser acatada pela Justiça do Trabalho.

A da ilegalidade das jornadas de trabalho acima de dez horas diárias, que sustentamos há algum tempo no Colendo Tribunal Superior do Trabalho, tanto em pareceres¹⁵ como em sustentações orais, hoje já encontra eco naquela Corte Superior. Na sessão de 27/10/2004, a Egrégia 2ª Turma, julgando o processo nº TST/RR-625.376/2000-1, relatado pelo eminente Ministro José Simpliciano, conheceu do Recurso de Revista, por violação do art. 59, § 2º da CLT, e deu-lhe provimento parcial para condenar a Reclamada ao pagamento do adicional sobre as horas que excederem à décima hora diária, com a seguinte ementa:

“ACORDO DE COMPENSAÇÃO. JORNADA 12X36. Reconhece-se a validade do regime de jornada 12X36, desde que obedecidos os limites previstos no artigo 59, § 2º, da CLT. Recurso provido parcialmente, para deferir o adicional sobre as horas excedentes à 10ª diária.”¹⁶

Apenas por um liberalismo jurídico e um gesto de extrema boa-vontade com a flexibilização de direitos e garantias mínimos dos trabalhadores, até se admitiria a jornada 12X36, desde que limitada aos serviços de funções contemplativas, que são aquelas que não exigem do trabalhador esforços físicos ou mentais, como por exemplo: vigia, vigilante, porteiro, recepcionista e similares. Portanto, não deve ser admitida a jornada 12X36 nas atividades que exijam esforço físico e mental do trabalhador, principalmente em atividades insalubres ou com jornada reduzida por força de lei, como por exemplo: médicos, telefonistas, bancários, radiologistas e outros.

José Augusto Rodrigues Pinto entende que a compensação de jornada somente é possível quando a jornada diária não ultrapassar a 2 horas, o que impediria a escala 12x36.¹⁷

14. *Art. 59 ...omissis..

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, **nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.** (grifei)

15. RR-735900/2001-3 (em 20/06/2001); RODC-159/2000-000-03.9 (em 19/12/2003); RODC-816859/2001-3 (em 20/12/2002); RR-26446/2002-902-02-00.0 (em 31/08/2004)

16. O acórdão ainda não foi publicado, tive ciência porque estava presente à Sessão.

17. Curso de Direito Individual do Trabalho. Ltr

3.1 Da impertinência das jornadas 12X36 e 24X72 adotadas nos serviços de saúde

Os defensores do regime de trabalho 12x36 ou 24x72 costumam dar como um bom exemplo de sua utilização o caso do pessoal do serviço de saúde. Argumentam que a jornada 12x36 vem sendo adotada de forma usual e rotineira nos estabelecimentos hospitalares brasileiros, viabilizando, de um lado, a presteza e ininterruptão no atendimento aos pacientes e, de outro, a manutenção da higidez física e mental do empregado, porquanto ele descansa sucessiva e ininterruptamente por trinta e seis ou setenta e duas horas. Todavia, esquecem que os serviços de saúde são penosos e extenuantes, não devendo, sob o ponto de vista biológicos, ser prolongados por mais de dez horas diárias, sob pena de levar os trabalhadores à exaustão física e mental.

O argumento segundo o qual, ao descansar 36 ou 72 horas consecutivas, o trabalhador não sofreria desgaste sucumbe ante a triste realidade do País, onde se verifica que os profissionais da saúde deixam um posto de trabalho e, logo em seguida, vão se matar em outro, conforme notícia a reportagem abaixo transcrita:

PROFISSÃO: Médicos estão sobrecarregados

Rio – Uma pesquisa do Conselho Federal de Medicina (CFM) feita com 14.405 profissionais em todo o País revela que 55,4% dos médicos têm mais de três atividades e 62,2% tiveram de aumentar a carga horária. O excesso de trabalho não se refletiu nos ganhos. Na última pesquisa do gênero, 44,5% recebiam até US\$ 2 mil e 18,6% mais de US\$ 4 mil. Hoje, 51,5% e 8,5% dos profissionais estão nessas faixas salariais, respectivamente. “Para 90% dos médicos, a profissão é desgastante. Isso sinaliza que todo esse estresse se reflete sobre o trabalho deles”, afirma o coordenador da pesquisa e conselheiro do CFM, Mauro Brandão.

A Pesquisa sobre Qualificação, Trabalho e Qualidade de Vida do Médico foi divulgada ontem no Rio. Os profissionais foram ouvidos em 2002, quando havia 234.554 médicos no País. O levantamento revelou ainda que a categoria está insatisfeita com seu principal empregador: o serviço público. (**Agência Estado**)¹⁸

.....

Percentual de licenças por problemas mentais é maior entre profissionais da saúde

As licenças médicas por problemas relacionados à profissão chegam a 30% nas maiores categorias de trabalhadores, como metalúrgicos, bancários, químicos e siderúrgicos. Mas, entre os profissionais de saúde, a situação é diferente. Apenas 5% das licenças estão relacionadas a doenças provocadas pela profissão. Desse percentual de licenças decorrentes do trabalho, mais da metade é por problemas mentais e depressivos, como stress, alcoolismo e uso de produtos químicos que provocam dependência. É o que comprova um estudo inédito realizado pela Universidade de Brasília (UnB), em convênio com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para saber os motivos das licenças médicas com prazos acima de 15 dias, concedidas no ano passado. Para a coordenadora da pesquisa, Anadergh Barbosa Branco, PhD em medicina e professora adjunta do Departamento de Saúde Coletiva da UnB, os médicos não se sentem à vontade concedendo atestados aos trabalhadores da área de saúde, como enfermeiros e técnicos de laboratório, de enfermagem e padoleiros, entre outros. Eles acreditam que declarar a doença profissional pode prejudica-los no emprego. “Eu acho que é porque, como é uma atividade muito pulverizada, bastante variada, os próprios profissionais de saúde têm dificuldade em fazer essa associação”, disse Anadergh. Uma doença como o “stress”,

18. Jornal O Popular – Goiânia – Goiás – de 28/03/2004

por exemplo, é atestada como gastrite ou úlcera, enquanto o problema alcoólico, outra doença mental, muitas vezes é atestado como cirrose hepática, um diagnóstico bem mais brando. A pesquisa realizada pela UnB mostra que, das doenças decorrentes do próprio trabalho nas cinco maiores categorias, os profissionais de saúde têm o maior percentual de licenças por transtornos mentais, 56%. Os bancários representam a segunda maior categoria com afastamentos por problemas mentais, 51,5%. Os siderúrgicos ficaram em terceiro lugar no registro de problemas mentais, com 34,7 das licenças médicas.¹⁹

Portanto, se as jornadas de trabalho acima de dez horas diárias já são ilegais para todas as categorias profissionais, na medida em que se extrapola o limite máximo de trabalho diário previsto nos artigos 58 e 59 da CLT, muito mais serão nos serviços de saúde. As jornadas 12X36 e 24X72 são por demais perniciosas, tanto para os profissionais da saúde quanto para os pacientes por eles atendidos. Os maiores e mais freqüentes erros na área médica estão ligados a profissionais de saúde plantonistas. Os médicos, enfermeiros e auxiliares de enfermagem submetidos a plantões de 12x36 ou 24x72 trabalham estressados, ansiosos e, conseqüentemente, desatentos, com enorme prejuízo para a qualidade de serviço que prestam a seus pacientes.

A melhoria dos serviços de saúde no Brasil passa pela extinção dos plantões, devendo ser observadas com rigor as leis que impõem jornada diária reduzidas para os profissionais de saúde. Entendo que essas normas são de ordem pública e não podem ser flexibilizadas pelas partes, pois resultam em prejuízo para a sociedade. É direito inalienável da população ser atendida por um profissional de saúde descansado e concentrado em seus afazeres.

3.2 Supressão dos intervalos para alimentação e repouso nas jornadas 12X36

Os artigos costumam dizer que o mal nunca anda só. Além de exceder ao limite máximo do trabalho diário permitido, geralmente os acordos instituidores das jornadas 12x36 e 24x72 contêm cláusula autorizando a supressão dos intervalos intrajornada, a isenção do pagamento do adicional noturno e não redução das horas trabalhadas no período noturno, sem que o trabalhador tenha qualquer benefício em contrapartida, caracterizando verdadeira renúncia de direitos.

Por sorte "ainda há juizes em Berlim" e o Colendo Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado pela invalidade dessas cláusulas.

PROC: RR/468585/1998 4ª Turma - Região - 03

Fonte: DJ DATA: 20-04-2001 PG: 561

Relator: MINISTRO ANTÔNIO JOSÉ DE BARROS LEVENHAGEN

EMENTA : RECURSO DE REVISTA. FIXAÇÃO DA JORNADA DE **12X36** EM INSTRUMENTO COLETIVO - SUPRESSÃO DO **INTERVALO** PARA DESCANSO E ALIMENTAÇÃO. A higidez física e mental do empregado, ou seja, a preservação da saúde no local de trabalho, é princípio constitucional que se impõe à liberdade de negociação coletiva, por resguardar direito indisponível do trabalhador. Recurso conhecido e desprovido.

A atual e iterativa jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada na OJ nº 342 da SBDI-I, considera "inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva contemplando a supressão ou redução de intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da C.F/1988), infenso à negociação coletiva."

19. Notícia veiculada na internet - Portal www.terra.com.br

Apesar de o mencionado verbete fazer alusão somente aos intervalos intrajornada, penso que ele também estaria abrangendo a hipótese de supressão ou redução de intervalo interjornadas, porque ele igualmente constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública art. 66 da CLT.

TRIBUNAL: TST - DECISÃO: 11 09 2003

NUMERAÇÃO ÚNICA PROC: ROAA – 2122-2002-000-21-00

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA

ÓRGÃO JULGADOR - SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS COLETIVOS

FONTE : DJ DATA: 17-10-2003

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO.

RECORRIDOS: SINDICATO DOS TRABALHADORES NOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS DO RIO GRANDE DO NORTE E OUTROS E SINDICATO DOS OPERADORES PORTUÁRIOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE - SINDOPERN.

RELATOR : MINISTRO JOÃO ORESTE **DALAZEN**

EMENTA AÇÃO ANULATÓRIA. INTERVALO INTERJORNADA. PORTUÁRIOS. REDUÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.

1. **Ação Anulatória** ajuizada pelo Ministério Público impugnando cláusula de convenção coletiva de trabalho que estipula seis horas de **intervalo interjornada** para trabalhadores portuários. 2. O **intervalo interjornada** constitui medida de higiene, saúde - visando a recompor o organismo humano para suportar a continuidade seguinte do esforço - e segurança do empregado, matéria que ostenta dignidade constitucional (art. 7º, inciso XXII, da CF). 3. Por isso, o art. 8º da Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998, garante aos trabalhadores portuários avulsos o mesmo **intervalo interjornada** de 11 horas estabelecido para os empregados em geral (art. 66 da CLT), assentando, como regra, a indisponibilidade desse direito. Tal dispositivo admite eventual flexibilização, mediante negociação coletiva, somente em "situações excepcionais", o que descarta a idéia de redução ordinária do **intervalo interjornada**. 4. Inválida a cláusula coletiva que reduz, de modo genérico e sistemático, o descanso entre duas jornadas dos trabalhadores portuários que laboram continuamente até seis horas, por extrapolar a condição permissiva precisamente delineada na norma heterônoma, derruindo a proteção outorgada por norma legal ao hipossuficiente. 5. Recurso ordinário interposto pelo Ministério Público a que se dá provimento.

4. ASPECTO ANTI-SOCIAL DAS JORNADAS 12X36

Ao contrário do alardeado pelos defensores das jornadas 12x36 e 24x72, os trabalhadores submetidos a esse regime não gozam as folgas previstas após o cumprimento da jornada de trabalho. Por necessidade ou ganância, não descansam nos períodos de folga, passam a exercer uma outra atividade remunerada, com ou sem registro formal do trabalho, concentrando em si outro posto de trabalho que poderia ser ocupado por uma pessoa sem qualquer ocupação remunerada. E pior, como essa segunda ocupação funciona como uma mera complementação de renda, ela é exercida em condições inferiores àquela tida por ele como principal, alimentado, assim, um círculo vicioso de vilipêndio das condições regulares de trabalho, recriando a necessidade de ter uma complementação de renda.

O ideal seria que não tivéssemos poucos trabalhando tanto. Em um cenário de enorme desemprego, o prioritário é que todos trabalhem um pouco. Desse modo, o bom senso recomenda a adoção de medidas que coíbam a submissão de um empregado a uma jornada de doze horas diárias de trabalho e que instituem mecanismos jurídicos incentivando as empresas a optar por contratar dois empregados para uma jornada diária de seis horas, a fim de gerar novos postos de trabalho. Interessante também seria proibir a prestação de horas suplementares (art. 59 da CLT), permitindo-se somente a prestação de horas extraordinárias para atendimento de necessidades imperiosas da empresa (art. 61 da CLT).

Lutamos contra o trabalho em regime de sobrejornada porque maléfico para o trabalhador, prejudicando sua saúde, seu convívio familiar e social, bem como inviabilizando o seu crescimento pessoal, impedindo-o de fazer cursos de aperfeiçoamento profissional ou cultural. E o mais grave, o regime de horas extraordinárias não estimula a abertura de novos postos de trabalho, tão necessários nesta época de intenso desemprego.

Com essas medidas simples e justas socialmente, o Brasil criaria, de imediato, inúmeros postos de trabalho, tão necessários ao país.

5. DA ILEGALIDADE DA JORNADA 24X72

A jornada de trabalho 24X72 é análoga à jornada 12x36 na sua concepção, porém infinitamente superior a esta no tocante aos malefícios que acarreta à saúde do trabalhador. Se trabalhar doze horas por dia já causa tantos problemas para o bem estar físico e mental do trabalhador, como visto em linhas transatas, muito pior é trabalhar vinte quatro horas, exatamente o dobro, quatorze horas além do limite máximo legalmente permitido.

CONCLUSÃO

O sistema de jornada compensação de jornada 12X36 é ilegal por violar literal disposição do art. 59, § 2º, da CLT, proibindo que acordo de compensação de jornada, mesmo com a chancela da entidade sindical profissional respectiva, fixe jornada diária de trabalho ultrapassando o limite máximo de 10 (dez) horas diárias.

O preceito do art. 59, § 2º, da CLT, é norma de medicina do trabalho e tem por fito a prevenção à fadiga no trabalho, situando-se, portanto, fora do poder negocial do sindicato, que não pode flexibilizá-lo para pior.

Goiânia, dezembro de 2004

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- OLIVEIRA, Fábio Leopoldo de – Curso Expositivo de Direito do Trabalho – São Paulo : Ltr, 1991.
- PINTO, José Augusto Rodrigues – Curso de direito individual do trabalho: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e Institutos do direito individual - 2. ed. – São Paulo: LTr, 1995.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim - Curso de Direito Constitucional do Trabalho, vol. 1 / Coordenação Arion Syaão Romita – São Paulo : Ltr, 1991.
- VIANNA Segadas – Instituições de direito do trabalho / Arnaldo Sússekind...[et. al.] – 19. ed. Atual. / por Arnaldo Sússekind e João de Lima Teixeira Filho – São Paulo : Ltr 2000.

O EXERCÍCIO ABUSIVO DE DIREITOS PROCESSUAIS

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira*

No dia a dia do exercício da magistratura tenho me deparado, infelizmente, cada dia mais, com o exercício abusivo de direitos processuais.

Início, assim, com o alerta de Eduardo Couture: “o processo é realização da justiça e nenhuma justiça se pode apoiar na mentira”.

É que alguns profissionais do Direito, na busca de um resultado a qualquer preço, passaram a usar de expedientes pouco ortodoxos visando retardar e, se possível, eternizar o andamento do processo, quando não têm razoável grau de certeza quanto ao seu sucesso na demanda.¹

Acresça-se a isso o fato de que nosso sistema processual, mesmo na Justiça do Trabalho, onde por sua natureza, deveria ser célere, se mostra cada dia mais lento.

Por outro lado, o sistema recursal brasileiro e os recursos que enseja são quase infinitos, favorecendo e permitindo esses expedientes protelatórios.

As manifestações de má-fé, a litigância sem freios e sem obediência aos preceitos da probidade e o abuso do direito de demandar vêm preocupando autoridades e o legislador.²

No Direito Processual do Trabalho, então, os problemas se agravam.

Os princípios de celeridade e concentração que aprendemos nas faculdades parecem ter sido esquecidos pelos legisladores quando elaboram leis trabalhistas. Recursos e mais recursos, inclusive na fase de execução, fazem com que seja motivo de comemoração a expedição de um alvará para levantamento de quantia objeto da condenação....

Conforme afirmou o Magistrado e Professor Francisco Rezek, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e Juiz da Corte Internacional de Haia, ao se referir ao processo civil e ao processo penal, “Nosso sistema processual é bastante perverso, parece concebido para que o processo não chegue ao fim...”.³

O que me parece claro é que o processo não pode ser utilizado como instrumento de pressão para que a outra parte ceda aos interesses da primeira.

O processo é, sim, “um instrumento ético da jurisdição para efetivação dos direitos da cidadania”, no dizer do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em julgado recente. (STJ, 4a T. - REsp. 65.906 - Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira - j. 25.11.1997 - DJU 02.03.1998, p.93).

O Colendo Supremo Tribunal Federal, em julgamento proferido pelo Ministro Celso de Mello, acentuou:

“O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé - trate-se de parte pública ou de parte privada - deve ter sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo”. (STF - 2a T. - ED 246.564-0 - Rel. Min. Celso de Mello - j. 19.10.1999 - RTJ 270/72).

* Juiz titular da 49ª Vara do Trabalho de São Paulo.

1. Stoco, Rui. “Abuso do Direito e Má-fé Processual”. São Paulo, 2002. Editora RT, p.12.

2. Stoco, Rui. Ob. Cit. p.12.

3. Rezek, Francisco. Informativo dos Juizes Federais do Brasil, Julho/2001, p.6.

1. O Princípio da Boa-Fé

Se é certo que toda demanda é o resultado de duas pessoas terem entendido coisas diferentes ao ler a mesma norma, não é menos correto que essa leitura há que ser feita segundo critérios éticos, informada pela boa-fé, enquanto padrão de comportamento exigido de todos quantos aceitaram viver em sociedade, onde a igualdade e o respeito ao próximo constituem garantias constitucionais asseguradas ao cidadão.

O homem, porque dotado de inteligência e por viver socialmente entre seus pares e ter o poder do discernimento entre o bem e o mal, deve ser essencialmente ético, razão pela qual deve disciplinar sua vida em qualquer setor de atividade social, guiando-se pelos ditames da ética e da moral estabelecidos pelo estrato social em que vive.

As disputas físicas, ao longo do tempo, foram sendo substituídas pela arbitragem, a conciliação e a intermediação e a solução dos conflitos pelo Estado-Juiz.⁴

Para tanto, colocou-se como premissa fundamental o exercício da jurisdição com honestidade, ética, boa-fé e igualdade.

Nas palavras de Rui Stoco, "estar de boa-fé e agir de boa-fé constituem estados inerentes ao ser humano. Ele nasce puro, ingênuo e absolutamente isento de maldade ou perversidade. Em sua gênese, vai se transformando segundo influência dele sobre si próprio e da sociedade em que vive sobre ele, podendo manter sua condição original ou assumir comportamentos decorrentes da influência e da sua conversão. Portanto, a boa-fé constitui atributo natural do ser humano, sendo a má-fé o resultado de um desvio de personalidade."⁵

Quando se diz que um indivíduo está de boa fé, não se faz outra coisa senão valorar moralmente sua conduta social.

Essa mesma boa-fé deve existir na conduta das partes e dos advogados quando procuram o poder judiciário buscando solução para um conflito de interesses.

Dessa forma, empregado e empregador devem pautar-se pelo princípio da boa fé nas demandas judiciais que promovem perante a Justiça do Trabalho.

Há um princípio aplicável em todos os campos do direito, bem explicitado no artigo 422 do Novo Código Civil, segundo o qual, todos os contraentes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Conforme preleciona Plá Rodrigues,

"...a boa fé não é uma norma - nem se reduz a uma ou mais obrigações - mas é um princípio jurídico fundamental, isto é, algo que devemos admitir como premissa de todo o ordenamento jurídico. Informa sua totalidade e aflora de maneira expressa em múltiplas e diferentes normas, ainda que nem sempre se mencione de forma explícita."⁶

O princípio da boa-fé tem, no direito processual do trabalho, um sentido muito especial, em virtude do componente pessoal nele existente.

A doutrina costuma dividir o princípio da boa fé em duas diferentes acepções: A *boa-fé - crença*, que é a posição de quem ignora determinados fatos e pensa, portanto, que sua conduta é legítima e não causa prejuízos a ninguém, e a *boa-fé - lealdade*, que se refere à conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever.

A boa-fé-lealdade, que deve figurar como princípio de direito do trabalho e de direito processual, pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto, contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapanças, sem abusos, nem desvirtuamentos.⁷

4. Stoco, Rui. Ob. Cit. ps.33-34.

5. Stoco, Rui. Ob. Cit. p.37.

6. Américo PLÁ RODRIGUES, Princípios de direito do trabalho, p. 269.

7. Américo PLÁ RODRIGUES, op. cit., p. 273.

As relações de trabalho não se consistem em um simples intercâmbio de prestações patrimoniais. Elas fazem o trabalhador entrar em uma comunidade de trabalho e obriga o empregador a conceder-lhe a necessária confiança. Impõe ao trabalhador uma obrigação de boa-fé particular, podendo-se, falar de uma obrigação de fidelidade do trabalhador relativamente ao empregador.

Paul Durand, manifestando-se sobre a importância do princípio, assim exprime:

“Este dever de uma particular boa-fé impõe ao trabalhador a obrigação de se abster de todo ato que possa prejudicar o empregador e de efetuar aqueles que tendam à proteção dos interesses deste. Esta obrigação está amiúde determinada em seu conteúdo de trabalho. Ela será tanto mais imperiosa quanto mais estreitas sejam as relações pessoais entre as partes: menos estritas para os operários que para os empregados (mais intimamente associados aos serviços do empresário) e o pessoal do serviço doméstico que participa da vida familiar.”⁸

Qualquer das partes inseridas no contrato de trabalho e posteriormente envolvidas em litígio processual, que pratique ato que cause ou que possa causar lesão à outra, seja patrimonial, seja pessoal, deverá indenizá-la pelos danos cometidos.

2. A Má-Fé

A má-fé é, para a terminologia jurídica, tudo que se faz com entendimento de maldade ou do mal que nele se contém. Decorre do conhecimento do mal, que se encerra no ato executado, ou do vício contido na coisa, que se quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não o é.

Se, pelas circunstâncias que cercam o fato ou a coisa, se verifica que a pessoa tinha conhecimento do mal, ou seja, estava ciente do engano ou da fraude, contido no ato, e ainda assim, praticou ato ou recebeu a coisa, agiu de má-fé, o que importa dizer que agiu com fraude ou dolo.⁹

Para os léxicos, a má-fé é definida como intenção dolosa, perfídia.

Conforme ensina Reis Friede, a expressão má-fé se contrapõe à boa-fé, ambas constituindo uma avaliação ética do comportamento humano. Mas, enquanto esta se presume, aquela deve ser caracterizada, senão provada.

O dever de dizer a verdade e de não mentir remonta aos primórdios da civilização. As ordenações do Reino, desde as Afonsinas de 1446, passando pelas Manuelinas, de 1521 e culminando com as Filipinas, de 1603, assentaram que em qualquer feito, logo que a lide seja contestada, o juiz, de ofício e sem outro requerimento, dará juramento de calúnia, assim ao autor como ao réu. O autor jurará que não move a ação com intenção maliciosa e o réu que não alegará no processo coisa alguma por malícia ou engano (...).

Estes antecedentes históricos demonstram a preocupação do legislador português, ao longo dos séculos, de exigir que as partes digam a verdade no processo judicial, afastando, pois, a mentira, o dolo e a fraude.¹⁰

O que vemos, nos dias de hoje, na prática da atuação profissional, é que cada vez mais os profissionais da advocacia deixam de lado a ética e a boa-fé processuais.

Resgatar a ética no processo é obrigação de todos os operadores do direito.

Ressuscitar a confiança dos operadores do direito, uns com os outros e esperar dos mesmos um comportamento ético será a única saída para a crise do processo e convertê-lo em instrumento e meio para a solução dos conflitos de forma rápida, eficiente e absolutamente satisfatória.

Para que isso aconteça, devemos nos preocupar com a moral, a ética e com os deveres de lealdade e veracidade.

8. Paul DURAND, *Traité de droit du travail*, p. 586.

9. Silva, De Plácido e. *Dicionário Jurídico*. 1982, São Paulo, p. 123.

10. Stoco, Rui. *Ob. cit.* p.45.

A moral como regra de conduta

De um modo geral, os autores conceituam moral como o conjunto de normas de procedimento estabelecidas e aceitas segundo o consenso individual e coletivo.

A **moral** exige que sejamos fiéis a nós mesmos, considerando os atos humanos em relação ao sujeito mesmo que os cumpre, ou seja, a fidelidade aos seus próprios pensamentos e convicções íntimas, nas quais o Direito não deve imiscuir-se. Já o **direito** coloca em questão as ações de uma pessoa para com a outra, estabelecendo uma coordenação objetiva, bilateral de agir, de modo que a possibilidade de um ato praticado por alguém, suponha a faculdade de impedir todos os demais atos incompatíveis com ele.¹¹

A moral, assim, tem âmbito bem mais amplo que o Direito, posto que inúmeras de suas regras, estabelecidas apenas como deveres, escapam do âmbito normativo do Direito.

Falar de moral, no sentido filosófico é, pois, falar do antecedente ético do comportamento e da maneira de ser de uma pessoa.

Assim, podemos concluir que nem tudo que for moral é permitido e, ainda, nem tudo que se afastar da moral e, portanto, for imoral, será ilegal ou ilegítimo perante a lei.

A ética

Ética é a parte da filosofia que se ocupa em conhecer o homem, com respeito à moral e costumes; que trata de sua natureza como ente livre, espiritual (...).

A ética, assim, estuda os deveres e os direitos do homem. Pressupõe uma reflexão sobre a moral, obrigando-se a pensar na moralidade dos nossos atos, razão pela qual condena a moral dos resultados, impondo a moral dos princípios.

Em todos os campos da vida, em todos os ramos da atividade humana, há o dever de respeito à honra, à decência, à probidade, expressões que se resumem na ética, substrato e componente imprescindíveis do comportamento do cidadão como individualidade, e do exercício da cidadania como atividade pública.¹²

Concluindo, a ética enfeixa em si mesma o Direito e a Moral, servindo-lhes de esteio e sustentação.

Ética profissional

A ética profissional pode ser conceituada como a soma de deveres que estabelece a norma de conduta do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações com o cliente e todas as demais pessoas com que possa ter trato (...).¹³

O comportamento ético e a ética profissional são exigidos de todos os atores que compõe o relacionamento em juízo, tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo da relação processual.

Pela falta de comportamento ético em juízo esses mesmos atores poderão sofrer sanções de natureza administrativa, previstos em outros instrumentos legais, fora, portanto, da lei processual codificada. Os advogados, por exemplo, responderão segundo as disposições do seu Código de Ética e Disciplina do Estatuto da Advocacia (Lei no 8.906/94).

Os juízes e membros do Ministério Público, não se tratando de matéria de natureza jurisdicional, responderão segundo as disposições das respectivas Leis Orgânicas, cujo poder de censura, no plano administrativo-disciplinar, será exercido pelas respectivas Corregedorias e as penas impostas pelas autoridades apontadas na Lei ou nos respectivos

11. Grubber, 1998, p.15, apud Stoco, Rui, Ob. Cit. p.46.

12. Lins e Silva, 1996, p.393. Apud Stoco, Rui, Ob. cit. p.48.

13. Plácido e Silva, 1982, p.223. Apud, Stoco, Rui. Ob. cit. p.50.

Regimentos Internos, enquanto os demais representantes do Poder Público, quando ligados por vínculo de subordinação que os convertem em servidores, responderão segundo os respectivos estatutos.

Ética e Direito

Nos dias de hoje, em vários ramos de atividade em nosso país como a política, o direito e a economia, cresce o clamor pela ética.

Já se afirmou que a verdadeira crise do Poder Judiciário é a crise da confiança.

Os advogados não confiam integralmente na possibilidade de uma decisão justa por parte dos julgadores, enquanto estes não confiam que os defensores possam ter um comportamento ético e de absoluta lisura no processo, com lealdade.

Causa temor a pergunta deixada no ar por SALDANHA, em conferência que proferiu, quando indagou: "Seria a ética uma utopia e a justiça uma ilusão?"¹⁴

Certamente que não.

A ética não é uma fantasia, uma ilusão, mas sim um elemento necessário até para sobrevivência do Poder Judiciário.

Dessa forma, a aproximação dos operadores do direito no sentido de se alcançar relações processuais mais éticas é fundamental e sem ela o ideal de justiça não será alcançado.

O dever de lealdade processual

No plano das relações em juízo, o comportamento ético é condição primeira, estabelecida no artigo 14 do CPC, ao enunciar que "compete às partes e aos seus procuradores: I- expor os fatos em juízo conforme a **verdade**; II - proceder com **lealdade e boa-fé**."

Isso porque a lealdade é o nome da boa-fé. É a transparência e a sinceridade. Não se exterioriza apenas no princípio da lealdade processual, mas na lealdade com o dever de realizar o justo, com a pacificação social, com a harmonização, mesmo que isso, às vezes, possa não lhe trazer vantagens profissionais ou materiais.¹⁵

Perceba-se que o dever de lealdade e de conduzir-se com boa-fé é exigido não só das partes em juízo, mas, também, dos seus procuradores, terceiros, Ministério Público e até os juízes.

Para Ovídio Baptista da Silva, "o preceito contido no artigo 14 do CPC é uma manifestação do princípio geral de boa-fé objetiva, de que já se disse constituir mais do que um princípio, o verdadeiro oxigênio sem o qual a vida do direito seria impossível".¹⁶

Para alguns processualistas, somente as hipóteses previstas no artigo 17 do CPC seriam passíveis de sanção, entendendo tais doutrinadores que as disposições do artigo 14 do CPC teriam apenas natureza programática.

Esse, porém, não é o meu entendimento. Agindo a parte com evidente ofensa ao dever genérico de lealdade estabelecido no artigo 14 do CPC pode o juiz puni-la com a condenação em pagamento de indenização pela litigância de má-fé.

14. Apud,Stoco, Rui. Ob. Cit. p.52.

15. Nalini, 1997, p.16.

16. da Silva, Ovídio Baptista. 2000, p.13.

3. O Abuso do Direito

Quando o agente atua dentro dos limites da lei, não há obrigação de reparar, se da ação decorrer dano.

Todavia, pode ocorrer que o agente pratique irregularmente um ato no exercício do direito, cometendo ato ilícito. Assim agindo incorre-se no que a doutrina denomina “abuso de direito”. Embora se atue dentro das prerrogativas que o direito concede, não se considera a finalidade social do direito subjetivo e, assim agindo, causa dano a outrem.

A doutrina do abuso de direito, data do século passado, embora, suas origens sejam bem mais antigas, oriundas do direito romano.

O primeiro texto legislativo moderno que procurou coibir o abuso de direito foi o Código Civil da Prússia de 1794, que assim dispunha:

“O que exerce o seu direito, dentro dos limites próprios, não é obrigado a reparar o dano que causa a outrem, mas deve repará-lo, quando resulta claramente das circunstâncias, que entre algumas maneiras possíveis de exercício de seu direito foi escolhida a que é prejudicial a outrem, com intenção de lhe acarretar dano (parágrafos 36 e 37)”.¹⁷

Somente a partir do Código Civil alemão de 1900 alguns outros códigos passaram a admitir a inclusão da doutrina do abuso de direito, embora haja ainda grande diversidade de fórmulas adotadas.

Não havia, no direito positivo brasileiro, norma que aceitasse ou repudiasse expressamente a teoria do abuso de direito, mas existiam normas que eram contrárias ao exercício anormal de certos direitos como ocorria, por exemplo, com o artigo 160 do Código Civil de 1916 que, ao arrolar as causas excludentes da ilicitude, dispunha, dentre outros, que “não constituem atos ilícitos... os praticados... no exercício regular de um direito reconhecido”, de forma que, a *contrario sensu*, seriam atos ilícitos os praticados no exercício irregular de qualquer direito.

A melhor definição para o tema em estudo é aquela constante do recém promulgado Código Civil de 2002 que, em seu artigo 187 se refere expressamente ao abuso de direito, condenando o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo ao estabelecer:

“Art.187 - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

Alvino Lima, assim analisa, a questão em estudo:

“Mesmo no exercício daquelas prerrogativas, que a lei nos confere, a nossa ação pode ferir interesses, lesar terceiros, produzir o desequilíbrio social. Esta lesão do direito de terceiro pode gerar a nossa responsabilidade, quando exercemos o nosso direito sem obedecer a certos ditames fundamentais da polícia jurídica, ordenados pela própria natureza das instituições jurídicas”.¹⁸

O cerne da questão é que, mesmo que o indivíduo esteja exercendo seu direito legítimo, ainda assim pode causar dano à outra pessoa se o fizer abusivamente.

Conforme bem expõem, Chironi e Abello, a respeito do tema:

“Aquele, que age obedecendo apenas aos limites objetivos da lei, mas que no exercício do direito que lhe confere o preceito legal, viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, da sua destinação, produzindo o desequilíbrio entre os interesses individuais e da coletividade, abusa de seu direito.”¹⁹

17. Id., *Ibidem*, p. 210.

18. Id., *Ibidem*, p. 204-205.

19. CHIRONI e ABELLO, *Tratado de diritto civile italiano*, vol. I, p. 520.

O problema ligado ao limite do exercício do direito, além do qual poderá ser abusivo, constitui a essência da teoria do abuso de direito.

Caio Mário da Silva Pereira, comentando o tema em exame, afirma:

“(...) os direitos existem em razão de uma certa finalidade social e devem ser exercidos na conformidade deste objetivo. Todo direito se faz acompanhar de um dever, que é o de se exercer perseguindo a harmonia das atividades. A contravenção a esse poder constitui abuso do direito. Abusa, pois, de seu direito, o titular que dele se utiliza levando um malefício a outrem, inspirado na intenção de fazer mal, e sem proveito próprio. O fundamento ético da teoria pode, pois, assentar em que a lei não deve permitir que alguém sirva de seu direito exclusivamente para causar dano a outrem.”²⁰

A consciência jurídica inclina-se no sentido de que isso deve efetivamente ocorrer, pois o ofensor poderia, sem prejuízo para ele, não fazer uso do direito, ou fazê-lo de forma a não prejudicar terceiro.

Martinho Garcez Neto, a respeito do assunto em análise, assim expõe:

“Os partidários da teoria do abuso de direito sustentam que a reparação é devida (1º) porque o direito não é um fim, e sim um meio, e, como tal, sob nenhum pretexto pode ser empregado de forma a causar prejuízo a outrem; (2º) porque a pessoa que tenha usado de uma prerrogativa legal, para prejudicar consciente ou inconscientemente aos outros, não usou dessa prerrogativa como se impunha que o fizesse. Ao destinar o exercício de um direito a um fim que não era o legítimo fim que o direito previa, terá abusado desse direito.”²¹

Quando alguém se utiliza de um direito, dentro das prerrogativas que lhe são conferidas, estará *usando* o seu direito. Comete, porém, *abuso*, quem exceder tais prerrogativas.

Dessa forma, verifica-se, que mesmo no exercício do seu direito, uma pessoa, pode causar dano a outrem, situação em que fica obrigada a efetuar a reparação devida.

Há que distinguir-se, porém, para uma melhor delimitação do tema, o ato ilícito e o ato abusivo:

“Distinguem-se as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo há obediência apenas dos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição.”²²

Tanto em uma situação, como em outra, ainda assim, haverá a responsabilidade de indenizar o prejudicado, respeitando a função social do direito.

Como norma de convivência social, a ordem jurídica assegura ao indivíduo exercer o seu direito subjetivo, sem que tal exercício possa causar a alguém um mal desnecessário. O problema existe, quando se procura estabelecer o limite da regularidade ou a linha demarcatória, entre o uso do direito e o abuso do direito.

Alvino Lima, expondo seu pensamento a respeito do abuso de direito e, citando, De Page, esclarece:

“A teoria do abuso de direito veio alargar o âmbito das nossas responsabilidades, cerceando o exercício dos nossos direitos subjetivos, no desejo de satisfazer melhor o equilíbrio social e delimitar, tanto quanto possível, a ação nefasta e deletéria do egoísmo humano. Como corretivo indispensável ao exercício do

20. Caio Mário da Silva PEREIRA, Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988, p. 251.

21. Martinho GARCEZ NETO, Responsabilidade civil no direito comparado, p. 161.

22. Jossierand LOUIS, De l' esprit des droits et de leur relatifé, 1927. Tradução livre.

direito, ela veio limitar o poder dos indivíduos, mesmo investidos de direitos reconhecidos pela lei, conciliando estes direitos com os da coletividade.”²³

Comentando os critérios identificadores dos atos abusivos, Maria Helena Diniz, afirma:

“Para assinalar os atos abusivos que possam acarretar responsabilidade civil, os autores concentram sua atenção em três critérios: a) intenção de lesar outrem, ou seja, no exercício de um direito com o intuito exclusivo de prejudicar, que deverá ser provado por quem alega; b) ausência de interesse sério e legítimo; c) exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social. (...)”²⁴

Quem age com abuso de direito responde pelos atos que praticar. Citando os casos de responsabilidade resultantes do exercício abusivo de direito, esclarece ainda Maria Helena Diniz:

“Caem na órbita do abuso de direito, ensejando, obviamente a responsabilidade civil:

a) Os atos *emulativos* ou “*ad emulotionen*”, que são os praticados dolosamente pelo agente, no exercício formal de um direito, em regra, o de propriedade, com a firme intenção de causar dano a outrem e não de satisfazer uma necessidade ou interesse de seu titular;

b) Os *atos ofensivos aos bons costumes ou contrários à boa fé*, apesar de praticados no exercício formal de um direito, constituem abuso de direito. (...)

c) Os *atos praticados em desacordo com o fim social ou econômico do direito subjetivo*. Como o direito deve ser usado de forma que atenda ao interesse coletivo, logo haverá ato abusivo, revestido de ilicitude de seu titular, se ele o utilizar em desacordo com a finalidade social. Assim, se alguém exercer direito, praticando-o com uma finalidade contrária a seu objetivo econômico ou social, estará agindo abusivamente (...).”²⁵

O abuso do direito não se circunscreve no âmbito do direito material.

A lei processual não dá condição de ação a quem não tem interesse processual. Se este consiste em ir a juízo quando há necessidade e utilidade que o provimento jurisdicional propicia, comete abuso de direito quem, sob o pretexto de ter em seu favor o direito constitucional de pleitear em juízo, o faz sem interesse, mas, apenas, por espírito de emulação ou vingança.

O indivíduo, para exercer o direito que lhe foi outorgado ou posto à disposição, deve conter-se dentro de uma limitação ética, além da qual desborda do lícito para o ilícito e do exercício regular para o exercício abusivo.²⁶

A matéria tem relevância no âmbito do direito do trabalho, em que escritórios de advocacia são contratados apenas para “segurar” o processo ou advogados ajuízam ações absolutamente temerárias, pedindo muito mais que o devido, às vezes contando com uma revelia.

Contudo, há uma forte timidez dos julgadores em reconhecer a atuação de má-fé e aplicar esse instrumento legal inibidor.

Essa forte inibição está permitindo a proliferação de ações temerárias, de recursos infundados ou repetitivos e a inviabilização do Poder Judiciário, que já não mais consegue distribuir justiça no tempo certo e desejável, não obstante os mecanismos de controles postos à disposição.

23. Alvino LIMA, op. cit., p. 205-206.

24. Maria Helena DINIZ, Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil, vol. 7, p. 398.

25. Idem, *Ibidem*, p. 398.

26. Stoco, Rui. Ob. Cit. P.59.

A Experiência Prática

Nas últimas semanas, coincidentemente, tenho me deparado com situações típicas de exercício abusivo de direito processual, as quais passo a relatar. São as famosas “casadinhas”, ou seja, lides simuladas através das quais a empresa “simula” um processo para efetuar o pagamento de verbas rescisórias, inexoravelmente a menor ao empregado, sob o pretexto de conseguir uma **quitação total** de seus direitos, com força de coisa julgada.

Tenho consciência de que nosso sistema de quitação de verbas trabalhistas não oferece muita segurança ao empregador de sorte que, mesmo aquele que se propõe pagar corretamente as verbas rescisórias ao empregado, perdendo tempo e dinheiro nas longas filas da Delegacia Regional do Trabalho ou do Sindicato, pode sofrer, posteriormente, ação trabalhista pleiteando pagamento de eventuais diferenças.

Enquanto isso, de outro lado, o mau empregador, aquele que simplesmente diz ao empregado na extinção do contrato de trabalho “vá procurar seus direitos”, não perde tempo se dirigindo à DRT, não é maltratado no Sindicato, e pode sofrer a mesma reclamação trabalhista do caso anterior, pleiteando o pagamento das verbas rescisórias devidas.

Em ambas as situações, o acordo efetuado na ação trabalhista outorga ao empregador quitação total das verbas objeto daquela demanda e do contrato de trabalho extinto, para mais nada reclamar, seja a que título for.

O terrível, porém, é que, inexoravelmente, o acordo efetuado na ação trabalhista envolve o pagamento das verbas rescisórias de forma parcelada, o que geralmente não é admitido na DRT ou no Sindicato, ou ainda pior, prevê o pagamento de valor menor que o das verbas rescisórias. E há juízes do trabalho que homologam tais “acordos”.

Toda essa sorte de situações faz com que alguns empregadores, julgando-se “espertos” e contando com a ignorância do empregado que quer apenas receber suas poucas verbas rescisórias e com a “pressa incontida”, ainda que implícita, de alguns juízes que querem apenas homologar acordos para se “livrar” de mais um processo, promovam **ações trabalhistas simuladas, para pagar apenas parte das verbas rescisórias ao empregado, com a “chancela” do Poder Judiciário e obtendo a certeza de quitação total do extinto contrato de trabalho.**

Infelizmente, o número de lides nesses termos em São Paulo cresce a cada dia, tornando o Poder Judiciário Trabalhista em órgão de homologação de rescisões contratuais.

Mas é esse o nosso papel?

Procurando coibir tal prática e penalizar os maus empregadores e também os advogados que se sujeitam a tais práticas, tenho procurado sempre colher o interrogatório do autor da demanda quando o acordo é efetuado antes da audiência inicial designada (cuja demora, a contar da data da distribuição da ação, no meu caso específico, está em 16 dias para as demandas que correm pelo rito sumaríssimo e 37 dias para as demandas que correm pelo rito ordinário e em ambos os casos com audiências unas e julgamento na hora).

Em duas situações ocorridas nos últimos 10 (dez) dias, o autor confessou que não sabia o que estava fazendo ali: que jamais pretendeu mover processo contra a empresa; que não contratou advogado nenhum; que o advogado que o acompanhava havia sido fornecido pela empresa e, em um dos casos, que a procuração para o advogado que o acompanhava tinha sido assinada no escritório do advogado da reclamada!!!!!!

Ao me deparar com tais situações, passado o espanto inicial, tomei as atitudes que me pareceram mais corretas:

1. Condenei a reclamada a pagar ao reclamante uma indenização pela litigância de má-fé em valor igual ao do pedido (R\$ 10.000,00 em ambos os casos, por coincidência), concedendo a tutela antecipada prevista no artigo 273 do CPC para determinar o

pagamento no prazo de 48 horas da audiência, sob pena de pagamento de multa pecuniária diária de R\$ 1.500,00 por dia, em caso de descumprimento da obrigação de fazer;

2. Determinei a expedição de ofícios para o Ministério Público do Trabalho para verificação da prática do crime de patrocínio simultâneo por parte dos advogados e para a OAB, e ainda entreguei cópias das atas a um Conselheiro do Conselho de Ética da OAB que, por coincidência, assistia à segunda audiência e,

3. Por fim, julguei o processo extinto, sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, VI do CPC por falta de interesse de agir por parte do autor.

Precisamos urgentemente todos nós, Juízes, membros do Ministério Público do Trabalho e Advogados, lutar contra tais práticas, com o sentido único de tornar o processo o mais ético possível.

Caso contrário, “corremos o risco de banalizar e inviabilizar o processo, e ver o Judiciário desacreditado, enquanto instituição e poder moderador, controlador e pacificador das tensões sociais”.²⁷

Tais atitudes, se tomadas por todos os juízes terminariam rapidamente com tais práticas e tornariam, inexoravelmente menores as pautas de audiências.

A lição de Ada Pellegrini Grinover nesse ponto é exemplar:

“Mais do que nunca, o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como um instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça. Nessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter a vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade, sempre entendida como verdade processual (...). É por isso que os Códigos Processuais adotam normas que visam a inibir e a sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irreparável às partes e a seus procuradores.”

4. Conseqüências do abuso do direito

Ante o repúdio do Direito à prática do ato abusivo, sua prática conduz à ilicitude.

Sendo o abuso do direito um ato antijurídico ou contrário ao direito, suas conseqüências normativas serão as mesmas de todo e qualquer ato antijurídico em geral.

Tratando-se de tendência ainda incipiente, cabe indagar quais as conseqüências podem advir do abuso do direito, além da obrigação de indenizar.

Caso o ato abusivo, praticado intencionalmente ou através de comportamento culposos invada a esfera de direitos de outra pessoa, cabe indagar se esta suportou prejuízos de ordem material ou moral, hipótese em que se adentra no campo da responsabilidade civil e nasce a obrigação de reparar, seja indenizando o que se perdeu (dano emergente), ou se deixou de ganhar (lucro cessante), seja compensando a ofensa aos valores morais da pessoa com um *quantum* em dinheiro mais ou menos aleatório e que se paga de uma só vez.²⁸

Antes de ofender o particular, o ato abusivo ofende a sociedade.

No campo do Direito Processual, seja Civil, seja do Trabalho, o ato abusivo assume várias formas, vez que expressa e retrata a má-fé processual, o dolo e a fraude processual e o abuso de estar em juízo ou de utilizar os remédios jurídicos postos à disposição das partes.

27. Stoco, Rui, Ob. Cit. p.13.

28. Stoco, Rui, Ob. Cit. p.67.

Traz como conseqüência não só o dever de indenizar, em espécie, a parte contrária, mas também, em alguns casos, outros impedimentos ou restrições de direito, como a proibição de falar nos autos ou de apresentar novo recurso.

Poderá, ainda, implicar em nulidade do ato processual, como se verifica em inúmeras hipóteses, como na citação por edital requerida com dolo processual, sabendo a parte o endereço e localização da outra, quando, além da multa estabelecida no art.23 do CPC, impõe-se a desconsideração da revelia decretada e a anulação do processo, a partir do ato viciado, pois a citação é o ato formal mais importante no procedimento, não podendo ser dispensada quando a lei a exige.

Portanto, aquele que transborda os limites aceitáveis de um direito, ocasionando prejuízo, deve indenizar.

No campo da culpabilidade se o ato for praticado com intenção deliberada de prejudicar, de causar dano ou de obter vantagem ilícita, sobrevirá obrigação de indenizar.

O valor da indenização deverá variar segundo a maior ou menor intenção do agente em causar o dano.

A qualidade da conduta do agente ou a intensidade do querer e a maior ou menor possibilidade de prever o dano surgem como relevantes, assim, não só para a determinação da responsabilidade, como do estabelecimento do *quantum* indenizatório.

O parágrafo único do artigo 944 do Novo Código Civil já dispõe que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

Segundo expõe Rui Stoco, cabe então concluir que, “(...) em sede de abuso de direito, a culpa levíssima mostra-se irrelevante para efeito de responsabilização, ou seja, não é suficiente para induzir responsabilidade induzir, sabido que, no conceito de culpa, em sentido amplo, o erro que ganha relevo será apenas aquele inescusável, que não pode ser relevado.”²⁹

Também a simples imperícia, ou seja, a falta de domínio da técnica processual, não caracteriza a lide temerária.

Mas a imprudência grave, a imperícia fruto de erro grave, crasso e, portanto, indesculpável, não pode permitir hesitação do magistrado em considerar ter havido má-fé. Esse, aliás o entendimento de Mortara (1923, p. 143).³⁰

Devemos nos recordar, ainda, que o Novo Código Civil situou o abuso de direito no campo dos atos ilícitos, ao dispor, em seu artigo 187, in verbis:

Art. 187. “Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Dessa forma, o ato originalmente lícito invade o campo da ilicitude quando cometido com excesso ou abuso. A partir desse momento torna-se anti-jurídico, convertendo-se em ato ilícito, passível de reparação.

5. O Abuso do Direito e a Má-Fé Processual

O processo não é meio de enriquecimento ilícito de ninguém e tem, como objetivo primordial, dar a cada um o que é seu, na medida do que é seu.

E, como instrumento de paz social e distribuição de justiça, visando não só dar a cada um o que é seu, mas, ainda, dar a cada um o que deve ser seu e, também, tendo como

29. Stoco, Rui. Ob. Cit p.73.

30. Stoco, Rui. Ob. Cit. p.74.

objetivo precípua solucionar as pretensões resistidas em juízo, a teoria do abuso de direito faz-se presente no procedimento, posto que exige das partes em juízo que atuem de boa-fé, procedendo com lisura e lealdade.³¹

Assim, na medida em que uma parte pede mais do que lhe é devido, tendo plena consciência do exagero que está cometendo, pratica abuso do direito de demandar, devendo responder pelo seu ato.

Conforme já advertia Mendonça Lima, citado por Rui Stoco,

“A infração mais grave ao princípio da probidade processual é, sem dúvida, a que caracteriza o “abuso do direito de demandar”. Tal direito não diz respeito apenas à atividade do autor ao propor a ação, mas, também, abrange o do réu em defender-se ou, na linguagem de nosso Código de Processo Civil, em responder (excepcionar, contestar ou reconvir).”

Lembrava, ainda, referido professor, outro aspecto importante, ao afirmar:

“Mesmo uma ação bem proposta ou em uma defesa lisa podem originar, contudo, atos de improbidade em vários atos no decorrer da causa. Mas, se a origem já é pecaminosa, todo o processo ficará maculado, ainda que nenhum ato mais se apresente infringente ao princípio de lealdade. São, portanto, situações diferentes: o abuso do direito de demandar e os atos de má-fé no curso do processo. Esses podem existir - ainda que um só - independentemente daquela atitude inicial; mas aquela contaminará todo o processo, mesmo que, depois, venha a correr sem nenhum vício em qualquer dos atos”.³²

Resta claro, portanto, que existe grande diferença entre abuso do direito de demandar e a prática de atos de má-fé no curso do processo.

A má-fé no curso do processo pode constituir fato isolado que, em alguns casos, não contamina o processo como um todo, embora em algumas hipóteses isso possa, concretamente, ocorrer.

Contudo, o abuso do direito de demandar significa que a própria ação intentada é temerária, sem origem ou com suporte em fatos inexistentes ou diversos daqueles expostos.

Concluindo, o abuso do direito de demandar contamina a ação como um todo, enquanto o ato de má-fé praticado no processo, como acontecimento episódico ou isolado, pode, no máximo, conduzir à anulação do ato ou apenas ao reconhecimento do comportamento repudiado pela lei, com a conseqüente imposição de sanção pecuniária.

Também assume contornos de excesso a interposição de várias ações com o mesmo objeto ou a renovação de causa idêntica já decidida e com trânsito em julgado.

Posso citar como exemplo o caso de um advogado de São Paulo, onde na Capital existem 79 Varas do trabalho, que distribuiu, ao mesmo tempo, 79 ações trabalhistas idênticas, objetivando claramente “escolher” uma delas após a distribuição, vez que naquele universo, a diferença de tempo entre uma e outra Vara do trabalho pode chegar a dois anos.

É evidente que a solução encontrada por aquele profissional não logrou êxito, vez que, após o terceiro arquivamento, houve a perda do direito do exercício de ação pela preempção. Ainda assim, caberia condenação como litigante de má-fé em todas as demandas por ele distribuídas.

No mesmo sentido a utilização de um recurso para reiterá-lo indevidamente com o objetivo só de procrastinar, de não cumprir ou de não pagar.³³

31. Stoco, Rui. Ob. Cit. p.76.

32. Ob. Cit. p.76.

33. Stoco, Rui. Ob. Cit. p.77.

6. A Má-Fé Processual

O homem é um ser essencialmente ético. Porque dotado de inteligência, tem o poder de discernimento entre o bem e o mal, razão pela qual deve disciplinar sua vida em qualquer setor da atividade social, guiando-se pelos ditames da ética e da moral estabelecida pelo estrato social em que vive.

O ideal de justiça se traduz como maior anseio do ordenamento jurídico e nada mais é do que a revelação e expressão de um valor moral.

Portanto, no Estado Social e Democrático de Direito as garantias constitucionais asseguradas ao cidadão, como individualidade protegida, e à sociedade, impõem a edição de regras de comportamento, regras de relacionamento e regras de contenção, prevenção, repressão e punição.

O implemento, obtenção e a satisfação de uma pretensão que seu titular entende legítima, mas resistida por outrem, se conseguem através do processo.

Nosso Código de Processo Civil dá especial ênfase ao comportamento das partes em juízo, exigindo honestidade na condução da demanda, chegando a consagrar o princípio de que o litigante de má-fé deve indenizar os danos que a outra parte vier a suportar em razão do abuso do direito de estar em juízo.³⁴

Ada Pellegrini Grinover, em manifestação sobre o tema também ressaltou:

“Mais do que nunca, o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e por normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça. Nessa ótica, a atividade das partes, embora empenhadas em obter a vitória, convencendo o juiz de suas razões, assume uma dimensão de cooperação com o órgão judiciário, de modo que de sua posição dialética no processo possa emanar um provimento jurisdicional o mais aderente possível à verdade, sempre entendida como verdade processual e não ontológica, ou seja, como algo que se aproxime ao máximo da certeza, adquirindo um alto grau de probabilidade. É por isso que os Códigos Processuais adotam normas que visam a inibir e a sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e a seus procuradores.”³⁵

Há que se atender, também, ao princípio da lealdade processual. Escrevendo sobre o dever de lealdade, Milhomens assim explanou:

“Todos os sujeitos do processo - partes, juizes, serventuários, auxiliares - devem agir no sentido da consecução de um fim estrito: a realização do direito, ou como diz Pontes de Miranda, o “prevalhecimento da verdade sobre a situação de direito deduzida em juízo”. O processo é meio, posto a serviço do homem, para esse fim social. O estado, que promete a prestação jurisdicional, dá o instrumento, mas exige que se lhe dê precípua destinação. Pratiquem-se de boa-fé todos os atos processuais. Ajam as partes lealmente; colaborem todos com o órgão estatal, honestamente, sem abusos. Da relação processual surgem poderes e deveres. Para o juiz e para as partes, entre si, e deveres de uma para com outra parte. Os Códigos não são sistemas perfeitos. O direito não se contém todo nos textos legais. Os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, nos quais o jurista descobre nas máximas gerais, os princípios fundamentais. (...)”³⁶

Nosso Código de Processo Civil atual repudia a má-fé com a sanção de multa pecuniária, sem prejuízo da obrigação de indenizar os danos causados à parte contrária.

34. Stoco, Rui. Ob. Cit. p.79.

35. Grinover, Ada Pellegrini, Código de Direito Processual Civil, 2000, p.63.

36. Milhomens, J. “Da Presunção da Boa-Fé no Processo Civil”. Rio de Janeiro. Forense, 1961, p.33-34.

7. Conceito de Litigante de má-fé

O litigante de má-fé é, no conceito de Nelson Nery Júnior e Rosa Nery a parte que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É aquele que se utiliza de procedimentos escusos, com objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito.³⁷

8. Critérios para caracterização da má-fé

A ocorrência de má-fé pode ser verificada de diversas formas.

Age de má-fé, inequivocamente, aquele que age com intenção deliberada de causar prejuízo a terceiros.

Também o faz, porém, aquele que tem como intenção retardar o andamento do processo, sendo que para alguns, essa protelação do julgamento, da execução ou pagamento do quantum devido surge como verdadeira vitória.

As condutas que comprometem a atuação da parte em juízo e que induzem má-fé estão contidas, de forma taxativa, no artigo 17 do CPC, mas os critérios para verificação da má-fé impõe e obrigam que se faça um juízo de valor para verificar se o agente ingressou no campo da culpabilidade.

Dessa forma, verificado o agir doloso ou culposo do agente ou a vontade dirigida ao objetivo de protelar ou de prejudicar a parte contrária, haverá litigância de má-fé.

9. Quem Pode Sofrer Sanções por Má-Fé Processual

O artigo 16 do CPC afirma responder por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Destarte, tanto aquele que se posta no pólo ativo, como aquele que se coloca no pólo passivo, como, de resto, aqueles que se aderem às partes ou as substituem, como os litisconsortes, assistentes, oponentes, denunciados, ou nomeados à lide, são considerados para os efeitos do artigo 16 do CPC.

Segundo entende a maioria da doutrina e da jurisprudência civil e trabalhista, o advogado das partes em juízo não responde pessoalmente por má-fé processual.

Particularmente, contudo, não concordo com tal pensamento.

A questão é que todos que atuam no processo, seja na condição de partes, seja como procuradores, terceiros e até o juiz, podem ser responsabilizados pelos atos que cometerem.

A própria Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) prevê, em seu artigo 32, parágrafo único, a responsabilização do advogado ao dispor:

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

O artigo 6o do Código de Ética e Disciplina da OAB, publicado no DJU de 01.03.1995, dispõe "É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé".

37. Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 4a edição. Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol.21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Na Justiça do Trabalho, onde as lides envolvem, na maioria das vezes pessoas simples, sem conhecimentos técnico-jurídicos, é inquestionável a possibilidade de responsabilização solidária do advogado diretamente.

Nesse sentido, concordo com o entendimento do Juiz e Professor Jorge Luiz Souto Maior, no sentido de que o advogado pode ser condenado solidariamente com a parte em processo trabalhista quando restar configurada a ocorrência de litigância de má-fé, e os elementos constantes dos autos demonstrarem, de forma, cabal, que a parte jamais teria condição técnica de elaborar pedido inidôneo, por exemplo.

10. Reconhecimento de ofício da má-fé processual

Conforme bem expõe Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery, em seus comentários ao CPC, “O destinatário primeiro da norma é o juiz ou tribunal, de sorte que lhe é imposto um comando de condenar o litigante de má-fé a pagar multa e indenizar os danos processuais que causar à parte contrária. Isto porque o interesse público indica ao magistrado que deve prevenir e reprimir os abusos cometidos pelos litigantes, por prática de atos que sejam contrários à dignidade da justiça. Deve assim proceder de ofício, independentemente de requerimento da parte”.³⁸

Dessa forma, tem hoje o julgador, com a nova redação do artigo 18 do CPC, elementos mais que suficientes para coibir os abusos e a fraude processual, impondo desde logo a reprimenda necessária para que o processo volte aos trilhos, na consideração de que a litigância de má-fé ofende mais ao Estado-Juiz e a dignidade da justiça do que a outra parte litigante.

Há, contudo, evidente desarmonia do caput do artigo 18 do CPC com a limitação estabelecida em seu parágrafo segundo no tocante à limitação do valor da indenização. Ao afirmar o dever de “indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu” consagrou, portanto, o entendimento universal do dever de reparar.

E reparar é compor, em toda sua extensão, o prejuízo suportado pela vítima.

Contudo, no parágrafo 2º limitou o valor da indenização em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Ora, se no corpo principal, onde a norma traz a parte mais significativa da regra, que é o seu comando emergente, o Código de Processo Civil determinou que se indeniza a outra parte “dos prejuízos que ela sofreu”, tem-se que o montante da indenização deverá ser exatamente o prejuízo sofrido e não 20% (vinte por cento) ou menos (...).³⁹

O conceito de dano à luz da Constituição Federal de 1988 não mais se limita ao dano patrimonial, podendo ser alargado para o dano moral ou à imagem, nos termos do disposto no artigo 5º, incisos V e X.

O dano patrimonial e o moral podem coincidir, assim como podem ocorrer distinta e isoladamente.

Em qualquer das situações, porém, indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 18 adotou, exclusivamente, o sistema de reparação em dinheiro, com caráter indenizatório e, portanto, não sujeito à limitação, não obstante o disposto em seu parágrafo 2º.⁴⁰

Conforme assevera Rui Stoco, “importante notar, porém, que a sanção prevista até 20% do valor da causa, será imposta “sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis”.

38. Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 4ª edição. Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol.21. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.427.

39. Stoco, Rui. Ob. Cit.p.102.

40. Stoco, Rui. Ob. Cit. p.104.

Significa que o preceito não afasta a hipótese de, nos próprios autos, a mesma parte ser sancionada por litigante de má-fé, com supedâneo no artigo 17 do CPC, em decorrência do mesmo fato, se comprovado o elemento intencional.

Mais ainda, sugere que o descumprimento à determinação judicial, que caracterize ato atentatório ao exercício da jurisdição, poderá, em tese, configurar também o crime de desobediência, se praticado pelas partes ou seus procuradores e até mesmo por agentes do Estado e, ainda, em determinadas circunstâncias, prevaricação, se oriundo de servidor público que negligencia o seu múnus, sem descartar, também, a caracterização, em tese, de improbidade administrativa, com sanções de natureza política, civil e administrativa.”⁴¹

11. Momento processual da aferição da má-fé

A verificação da ocorrência do abuso do direito de demandar, como regra, é feita no momento em que o juiz profere a sentença de mérito.

Pode também, ocorrer essa verificação quando, sem condição de se ferir o mérito da causa, se profira sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito.⁴²

Agiu bem o legislador ao não estabelecer regras “a priori”, vez que, como o procedimento é dinâmico a má-fé pode se configurar em diversos momentos diferentes, quando então o juiz deverá tomar as medidas que forem cabíveis.

12. Outras hipóteses de sanções previstas no CPC

12.1. Antecipação de tutela como sanção

O artigo 273 do Código de processo Civil assim dispõe a respeito da antecipação de tutela:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

(...).

II - fique caracterizado o abuso de direito ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A disposição supra, pode ser utilizada como fundamento para punição para aquele que cometeu “abuso do direito de defesa”, ou tenha manifestado propósito protelatório.

Dessa forma, a concessão da tutela antecipada não deixa de constituir uma sanção, como punição ao abuso do direito de defesa, interferindo no próprio desfecho da causa, ainda que em caráter provisório.

E foi exatamente com a utilização de tal dispositivo que eu mesmo agi com relação às situações narradas acima.

12.2. Embargos de declaração protelatórios

O parágrafo único do artigo 538 do CPC, também estabelece a hipótese de abuso do direito de recorrer, quando houver a interposição de embargos de declaração protelatórios.

A norma ora referida, na verdade, trata-se de mera repetição do disposto no inciso VII do artigo 17 do CPC. Dessa forma, a interposição de embargos declaratórios com cunho meramente protelatório, visando apenas um ganho de tempo para melhor preparar outros recursos, constitui prática condenável e inadmissível, caracterizando o abuso do direito de recorrer e evidente má-fé processual passível de sanção.

41. Stoco, Rui. Ob. Cit. p.116.

42. Stoco, Rui. Ob. Cit. p.106.

Além disso, na ocorrência de interposição de embargos de declaração ou qualquer outro recurso com finalidade protelatória caberá, também, a condenação em pagamento de indenização à parte contrária, na forma estabelecida pelo artigo 18 do CPC, vez que esta tem natureza diversa da multa.

12.3. Atos atentatórios à dignidade da justiça no processo de execução

No processo de execução, o art.600 do CPC considera atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que: a) frauda a execução; b) se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos e c) resiste injustificadamente às ordens judiciais.

São condutas que empenham e exigem o dolo ou a culpa grave, ou seja, vontade dirigida ao fim de se opor à execução ou resistir às ordens judiciais.

O comportamento de má-fé por parte do executado implica em sanção, conforme prevista no artigo 601 do CPC, "in verbis":

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

13. Conclusões

De tudo que foi exposto, posso concluir no sentido de que a lei processual obriga à observância aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, igualmente, a todos os envolvidos no processo, juízes, membros do Ministério Público, advogados, partes, funcionários e até terceiros, sob pena de configurar-se o abuso de direito e a litigância de má-fé.

Além da obrigação legal, existe também uma obrigação moral de todos, no sentido de que o processo possa atingir a finalidade máxima de sua existência, ou seja, dar a cada um o que é seu, na medida do que é seu.

Dessa forma, o ajuizamento de lides temerárias, o conluio entre as partes para prejudicar terceiros, a prática de atos que tenha por objetivo apenas retardar a solução final do processo, além de outras práticas igualmente nocivas, devem ser exemplarmente punidas pelo juiz, com os meios que a lei processual lhe assegura, no sentido de que o ato não volte a se repetir.

Tais punições, que vão desde a simples repreensão até a indenização por perdas e danos, inclusive com a concessão de tutela antecipada para pagamento imediato, devem ser proporcionais ao abuso cometido pela parte ou por seu patrono.

Agindo dessa forma, poderemos impedir a utilização do Poder Judiciário Trabalhista, como mero órgão homologador de acordos fraudulentos, e evitar a utilização de práticas nocivas às partes, como a formulação de pedidos indevidos ou a apresentação de defesas fundadas em mentiras, possibilitando a existência de um poder judiciário trabalhista mais respeitado e que outorgue às partes a justiça tão ansiada por todos.

**EMPREGABILIDADE:
QUEBRA DE ALGUNS PARADIGMAS (Modelos)
Tendências do mercado de trabalho
A transformação do capitalismo industrial para o cultural**

Israel Brasil Adourian*

A) Introdução

Com a vertiginosa velocidade com que as mudanças estão sendo implementadas na economia global, com reflexos diretos na qualidade e quantidade da oferta de empregos, já passou do momento de as autoridades admitirem que alguns setores não são geradores de renda e de empregos, quebrando, desse modo, alguns paradigmas (modelos).

Analisando as estatísticas dos últimos duzentos anos nos EUA e dos últimos 80 anos no Brasil, constata-se que o setor agropecuário tem apresentado quadro **decrescente** de geração de riqueza e de empregos, quando comparado com outros setores da economia (indústria e serviço). Portanto, é de se questionar a afirmação de que a agricultura é a vocação do Brasil. Em outras palavras, esse modelo (paradigma) deve ser quebrado. Será demonstrado que agricultura é sinônimo de inovação tecnológica, não havendo, portanto, incremento de empregos, mas redução, com substituição imediata por tratores, plantadeiras, colheitadeiras e etc, cada vez mais modernos e informatizados.

O setor industrial apresenta dados noticiando a redução de empregos na economia de países desenvolvidos, em face da adoção de tecnologia cada vez mais avançada, implicando na transferência de empregos para o setor de serviços, que já representa entre 60 a 70% do PIB dos países ricos, inclusive do Brasil, no percentual de 56% do PIB.

Ocorre que o setor de serviços (informática, microeletrônica, computadores (internet), telecomunicações, robótica, marcas/patentes, biotecnologia e etc), implica na contratação de trabalhadores com elevado conhecimento.

Pergunta-se: onde trabalhará o operário sem estudo ou de baixa qualificação expulso da agricultura e da indústria tecnológica, substituídos por tratores mais modernos na primeira e por robôs na segunda? A saída é o terceiro setor, que já mostra a sua força, inclusive no Brasil. É o que se mostrará nas linhas vindouras.

* Juiz titular da Vara do Trabalho de Mineiros-GO.

B) A velocidade da evolução das mudanças

I - A EVOLUÇÃO DAS MUDANÇAS NO MUNDO

sociedade	duração	anos
nômades	200 a 100 milhões a.C.	100 milhões anos
nômades, utilização de utensílios	100 milhões a 10.000 a.C.	90 milhões anos
revolução agrícola	9.000 a.C. a 1.750 d.C.	10 mil anos
revolução industrial	1750 a 1950	200 anos
Informação e estética	1950 a

A vertiginosa velocidade com que as mudanças estão ocorrendo na nova economia, como consequência da globalização inexorável, impõe ao operador do direito e ao trabalhador a quebra de alguns paradigmas (modelos).

Por mais ou menos 100 milhões de anos a humanidade viveu de forma nômade. Aí ocorreu pequena mudança, pois continuou nômade mas passou a utilizar utensílios domésticos, vivendo desse modo por mais 90 milhões de anos.

A **1ª grande mudança** ocorreu quando passou a ser sedentário, dando início a revolução agrícola, processo que perdurou por mais ou menos 10.000 anos, de 9.000 a.C. a 1.750 d.C.

A **2ª grande mudança** ocorreu a contar de 1750 até 1950 com a descoberta da máquina a vapor, dando início a REVOLUÇÃO INDUSTRIAL.

A **3ª grande mudança** está em curso, com a sociedade da informação, a contar de 1950 ou 1956, onde predominam: a) microeletrônica; b) computadores (internet); c) telecomunicações; d) robótica; e) marcas e patentes; e, por fim, f) biotecnologia.

Em síntese, a revolução industrial durou apenas 200 anos; a saber:

A) 1ª revolução industrial - ANO 1750 - uso do carvão/vapor;

B) 2ª revolução industrial - ANO 1860 - uso da eletricidade/petróleo;

C) 3ª revolução industrial - ANO 1956 - após a 2ª guerra mundial ou após o setor de serviço ter ultrapassado o industrial nos Estados Unidos ou o início da ROBÓTICA.

Portanto, a velocidade com que as grandes mudanças estão ocorrendo obriga os operadores do direito e os cidadãos/trabalhadores em geral, sempre estarem abertos ao novo.

C) Geração de Renda/Emprego e o Setor Agrícola - Mito ou Realidade

É comum ouvirmos que a vocação do Brasil ainda é o setor agrícola/pecuária, até porque no ano de 2003 exportamos 4,29 bilhões de dólares em soja.

Todavia, do ponto de vista histórico, econômico e trabalhista, o setor agrícola nos últimos 200 anos tem apresentado decréscimo de contratação de trabalhadores nos EUA, sendo que o peso da agricultura na formação do PIB (riqueza nacional) é irrelevante, seja com relação a países da economia central (EUA), bem como em relação a países periféricos (BRASIL), inclusive para o Estado de Goiás.

Dados estatísticos dos últimos 200 anos dos Estados Unidos e aproximadamente dos últimos 80 anos do Brasil, demonstram que efetivamente a participação do setor agropecuário não tem gerado renda e nem empregos, quando comparado com outros setores dinâmicos da economia global. Segue algumas tabelas:

II - POPULAÇÃO ENVOLVIDA COM O SETOR AGRÍCOLA

ANO	POPULAÇÃO AGRÍCOLA EUA ¹	ANO	POPULAÇÃO AGRÍCOLA BRASIL ²
1800	90%	1920	66,7%
1850	60%	1940	64,4%
1875	50%	1950	62,1%
1900	33%	1960	58,9%
1940	20%	1970	51,6%
1995	3%	1980	40,8%
2000	2%	2000	8,0% (Fonte: IBGE)

III - PARTICIPAÇÃO DA AGRICULTURA NO PIB DE ALGUNS PAÍSES

país	ano	agropecuária	indústria	serviços
EUA	1999	2%	26%	72%
Alemanha	2001	1%	31%	68%
Japão	2001	1%	32%	67%
França	2001	3%	26%	71%
Brasil	2001	8%	36%	56%
China	2001	15%	52%	33%

Fontes: Banco Mundial e IBGE

O país de maior produção agrícola do mundo, os Estados Unidos, possui apenas 2% de sua população envolvida em sua produção, sendo que a “riqueza” gerada pelo setor rural representa apenas 2% do PIB americano. **Vale frisar, a maior produção agrícola do planeta, que ocorre nos EUA, representa apenas 2% da riqueza americana, ou seja, é absolutamente irrelevante...**

IV - PRODUTIVIDADE AGRÍCOLA MÉDIA DO AGRICULTOR DE ALGUNS PAÍSES

EUA	46.000 dólares	França	53.785 dólares
Alemanha	29.553 dólares	Brasil	4.356 dólares
Japão	30.086 dólares	China	321 dólares

Fonte: Banco Mundial

A diferença de produtividade do trabalhador agrícola dos países mencionados na tabela acima variaram em função dos subsídios dados pelos países ricos a seus produtores rurais (300 bilhões de dólares por ano), dinheiro que passam a investir em novas tecnologias. Em outras palavras, a diferença de produtividade está diretamente relacionada ao **nível tecnológico** e não ao desempenho pessoal do trabalhador.

1. RIFIKIN, Jeremy. O Fim dos Empregos, Makron Books, 1995.
2. Singer, Paul. A formação da classe operária, Editora Atual, 2ª Edição, pág. 61.

V - PARTICIPAÇÃO DA AGRICULTURA NO PIB DO ESTADO DE GOIÁS

ano	agropecuária	indústria	serviços
2001	17,54%	35,03%	47,43%

VI - ARRECADAÇÃO DE ICMS POR SETOR DE ATIVIDADE NO ESTADO DE GOIÁS

ano	agropecuária	indústria	serviços	outros
2003	3,04%	36,47%	55,78%	4,71

VII - QUANTIDADE DE CONTRIBUINTES POR ATIVIDADE NO ESTADO DE GOIÁS

ano	agropecuária	indústria	serviços	outros
11/05/04	66,66%	5,49%	25,28%	1,78

Fonte das 3 tabelas: Secretaria da Fazenda. SEPLAN-GO/SEFIN

Analisando as tabelas, conclui-se que 66,66% das empresas contribuintes de ICMS do Estado de Goiás são do setor agropecuário, mas recolhem apenas 3,04% da Receita Estadual e contribuem para a riqueza de Goiás com apenas 17,54% do PIB.

Aliás, a agricultura é responsável por apenas 5% da riqueza mundial, sendo que, a título de comparação, o turismo é responsável por 10% da riqueza mundial³.

Destarte, conclui-se que a população envolvida com o setor agrícola é reduzidíssima, fruto do avanço tecnológico, conforme tabelas apontadas acima, de tal forma que agricultura como geradora de renda e de emprego é apenas **mito**.

Portanto, impõe-se quebrar esse paradigma/modelo, ou seja, conscientizar-se que a agricultura nos últimos 200 anos (para os EUA) e aproximadamente nos últimos 80 anos para o Brasil, não gerou renda/riqueza e, muito menos, empregos.

D) Emprego e setor industrial: diminuição progressiva

Note-se que o emprego no setor industrial, do mesmo modo que ocorreu no setor agropecuário, também está diminuindo nos países desenvolvidos, ou seja, estão em processo de desindustrialização:

VIII - POPULAÇÃO ENVOLVIDA NO SETOR INDUSTRIAL NOS EUA

ano	(em %)
1950	33%
1960	30%
1999	26%
Próxima década - Peter Druker	12%
2030 (projeção) ⁴	2%

3. Banco Mundial. Almanaque Abril 2004, páginas 51 e 61.

4. Estudo da Federação Internacional dos Metalúrgicos, Genebra. In Jereremy Rifkin, p. 9.

E) Transição para o Setor Pós-industrial/Serviços - A Era do Acesso - A Nova Fronteira Capitalista

Os empregos dos setores ligados a agropecuária e ao setor industrial "convencional" estão migrando para o setor de serviços (atividade pós-industrial), conforme tabela abaixo:

IX - PARTICIPAÇÃO DOS SERVIÇOS NO PIB DE ALGUNS PAÍSES

país	SERVIÇOS - porcentagem do PIB
EUA	72% (ano 1999) e 75% (ano 2000)
Alemanha	68%
Japão	67%
França	71%
Brasil	56%
China	33%

O gráfico acima apresenta radical mudança de paradigma/modelo na economia que afeta a todos nós, **inclusive o futuro do emprego na forma que conhecemos hoje**, ou seja, a mudança da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial (ou de serviços).

As bases da vida estão começando a se desintegrar (o que é sólido começa a se desmanchar).

Está havendo uma revolução silenciosa na economia global, anunciando a próxima fronteira capitalista, alterando algumas áreas essenciais a atividade produtiva do ser humano, implicando as seguintes mudanças:

- 1- **propriedade física** para o **acesso** (propriedade intelectual);
- 2- **produção industrial** para a **produção cultural**; e
- 3- **espaço geográfico** para o **ciberspaço**.

Na nova economia pós-industrial (serviços), os mercados estão cedendo lugar às redes, e a noção de propriedade (física) está sendo substituída paulatinamente pelo acesso (direito/licença de uso), afetando diretamente o emprego.

1. Mudança da propriedade física para o acesso (propriedade intelectual)

A velocidade das inovações tecnológicas e o ritmo frenético da atividade econômica está alterando a noção da propriedade física. É o início da desmaterialização da propriedade.

Em um mundo de produção recheado de inovação e atualizações contínuas e de ciclos de vida de produto cada vez mais breves, tudo se torna quase imediatamente desatualizado. Ter, guardar e acumular (propriedade), em uma economia em que a mudança em si é a única constante, faz cada vez menos sentido, em virtude da obsolescência.

Em face dessa nova postura, as empresas já estão a caminho da transição da propriedade física para o acesso (LICENÇA DE USO). Estão vendendo seus imóveis, reduzindo seus estoques, alugando seus equipamentos e terceirizando suas atividades, em uma corrida de vida ou morte para se livrar de todo tipo concebível de bens materiais. Possuir coisas passou a ser considerado fora de moda ou sem propósito na economia mais efêmera e de ritmo acelerado no terceiro milênio.

Em outras palavras, as empresas da nova economia não querem vender bens físicos, querem apenas fornecer acessos (licenças de uso por tempo limitado), ou seja, "bens invisíveis".

A economia sem peso

A economia está encolhendo. Se a era industrial foi caracterizada pelo acúmulo de capital e de propriedade física, a nova economia valoriza as formas intangíveis de poder vinculadas a conjuntos de informações e ativos intelectuais. Em outras palavras, está havendo substituição de conteúdo **material por informações**.

A prova desse fato é que o **peso** médio das exportações americanas equivalentes a um dólar caiu pela metade, entre os anos 1990 e 1996.

Em 1991 a Inglaterra tornou-se o 1º país a ganhar mais com as exportações invisíveis (serviços) do que com as visíveis⁵.

Alugando DNA - genes e o controle do plasma germinativo das sementes

Na era industrial convencional os bens são vendidos. Todavia, os genes não são tratados da mesma forma. Os genes permanecem sendo propriedade dos fornecedores na forma de patente e são emprestados aos usuários por intervalos curtos. Essa postura é fruto da visão da nova economia

A relação fundamental entre os agricultores e suas sementes foi quebrada com a chegada das sementes transgênicas. Isso porque as sementes patenteadas NUNCA são vendidas, elas são arrendadas ao fazendeiro para uso único, em uma estação. As novas sementes colhidas pertencem ao detentor da patente e não podem ser usadas no próximo plantio, sem o pagamento pela licença de uso.

A eliminação da propriedade das sementes e sua concentração nas mãos de poucas empresas assinala um marco na história da agricultura, só não se sabe dizer se é para melhor.

2. Mudança da produção industrial para a produção cultural/informação

O capital intelectual passará a ser a força propulsora da nova economia (era do acesso). Conceitos, pessoas, idéias e imagens - e não coisas - são os verdadeiros itens de valor na nova economia.

A riqueza já não é mais investida no capital físico, mas na imaginação e na criatividade humana. Deve-se ressaltar que o capital intelectual raramente é trocado. Em vez disso, é detido pelos fornecedores, alugado ou licenciado para terceiros, para uso limitado. Daí o termo utilizado para representar o terceiro milênio: a ERA DO ACESSO.

O mercado de **TI (tecnologia da informação)** movimentou no ano de 1998 a cifra de 680 bilhões de dólares no mundo, excedendo a soma da agricultura, automóveis e têxteis⁶, juntas.

O maior setor exportador dos Estados Unidos é de **TI (tecnologia da informação)**, num percentual de 29% do total exportado, envolvendo 10 milhões de trabalhadores, sendo que 85% são consideradas empresas de pequeno porte. Os EUA dominam 48% do mercado de software no mundo.

Ativos intangíveis

Investidores preferem possuir ações da Microsoft do que da IBM, mesmo sabendo que a Microsoft possui menos ativos.

5. McRae, Hamish. O Mundo em 2020. Editora Record, São Paulo 1994, pág. 27.

6. Fonte: OMC.

X - Ativos intangíveis X ativos reais

empresa	capitalização mercado 1996	ativos: fábrica, equipamentos
IBM	US\$ 70,7 bilhões	US\$16,6 bilhões
MICROSOFT	US\$ 85,5 bilhões	US\$ 930 milhões

O único ativo de valor da "fábrica" da Microsoft é a imaginação humana.

Lester Thurow, Professor do Instituto americano de Massachusets - MIT, ao ser entrevistado pela Revista Exame em 28/11/01, declarou:

"A questão é: do que o Bill Gates é dono? Bill Gates não tem terra, não tem ouro, não tem petróleo, não tem prédios, não tem máquinas... Na verdade, nem patentes ele tem. Mas o fato de controlar o processo de conhecimento faz dele a pessoa mais rica do mundo e de sua empresa a mais valiosa do mundo."

4. espaço geográfico para o ciberespaço

A distância está evaporando. No passado a geografia era definidora de quem competia com quem. Atualmente, com a internet, a rede das redes, o mundo são seus clientes e seus competidores, tudo acessado instantaneamente com um clic.

Em uma sociedade alimentada pela noção de propriedade, diz o autor James Gleik: "o fato mais difícil de entender... é este: [a internet] não é uma coisa, não é uma entidade, não é uma organização. Ninguém a possui; ninguém a dirige. São simplesmente computadores de todos conectados".

Estoque *just in time*

As empresas costumavam ter depósitos gigantes para estocar seus bens materiais. Agora, leitoras de código eletrônico localizadas no ponto-de-venda transmitem informações instantâneas para novos pedidos aos fornecedores, que então fabricam os produtos em horas ou dias e os entregam aos varejistas, dispensando de vez os depósitos, os vendedores. É o vendedor de silício...

Esse processo está em pleno vapor no Brasil, muito utilizado pela Shell, pelas montadoras de autos e pelos hipermercados.

Setor de serviço - Exemplo da força do turismo

O turismo mostra a força do setor de serviço, sendo certo que o faturamento obtido nesse setor supera o PIB do setor agrícola, conforme tabela a seguir.

XI - TURISMO - PARTICIPAÇÃO NO PIB DE ALGUNS PAÍSES

REINO UNIDO	12,2%
FRANÇA	12,0%
ESTADOS UNIDOS	11,6%
CHINA	9,7%
NIGÉRIA	2,0%

Fonte: *World Travel & Tourism Council*

XII - TURISMO - RECEITA EM DÓLARES

ESTADOS UNIDOS	67,0 bilhões de dólares
ESPANHA - FRANÇA - ITÁLIA	27 a 34,0 bilhões de dólares, cada país
BRASIL (2002)	3,1 bilhões de dólares

Fonte: Almanaque abril 2004, páginas 61 e 83.

O turismo mundial alcança a cifra de R\$483 bilhões de dólares, envolvendo 714 milhões de pessoas. O Brasil recebeu 3,8 milhões de turistas em 2002.

Para 40% dos países do mundo o turismo é a principal fonte de receita.

F) TERCEIRO SETOR

No século XXI o setor de mercado e o setor público desempenharão um papel cada vez mais reduzido na vida cotidiana dos seres humanos em todo o mundo. O vácuo do poder provavelmente será preenchido ou pelo crescimento de uma crescente subcultura da ilegalidade ou por meio de uma participação maior no terceiro setor. Isto **não** quer dizer que esses setores vão desaparecer - apenas que seu relacionamento com a massa de pessoas provavelmente mudará de maneira fundamental.

O Setor que está atualmente florescendo de forma consistente é formado pelo conjunto de entidades da sociedade civil que executam a ação social das empresas. Essas entidades executam políticas sociais nas áreas de educação, saúde e assistência social, por meio da transferência de recursos públicos, do setor privado e de organizações internacionais.

No ano 2000, no Brasil, investiram no social cerca de 4,7 bilhões de reais, o que equivale a 0,4 % do PIB.

No ano de 2001 o terceiro setor movimentou no Brasil 12 bilhões de reais, empregou 1,2 milhão de pessoas e atraiu ao redor de 1,5 milhão de voluntários. O setor movimentou 1,5 % do PIB brasileiro.

O Brasil possui atualmente 250 mil instituições formadas por ONG's (organizações não governamentais), sem fins lucrativos.

De acordo com dados da Comunidade solidária, em 1998, 44,2 milhões de pessoas, ou 50% da população adulta, fizeram doação ao terceiro setor.

No ano de 2002, segundo o IPEA, das 780 mil empresas formais do Brasil, 59% realizaram ações sociais.

Nos Estados Unidos o terceiro setor movimentou 6% do PIB e 9% dos empregos. Na Inglaterra 4% do PIB. Na Alemanha 2% do PIB.

O terceiro setor se confunde com os termos beneficente, voluntarismo, independente e economia social. É uma das soluções para absorver mão-de-obra desqualificada que não pode ser aproveitada pelo setor agropecuário (cada vez mais mecanizado), pelo setor industrial (robotização crescente) e pelo setor de serviços (pós-industrial - exigência elevada de técnica e de criatividade).

G) Conclusão

Conforme restou demonstrado, nos últimos 200 anos nos EUA e nos últimos 80 anos no Brasil, constatou-se que o setor agropecuário apresentou quadro decrescente de geração de riqueza e de empregos, quando comparado com outros setores da economia (indústria e serviço). Portanto, não procede a afirmação de que a agricultura é a vocação do Brasil. Em outras palavras, esse modelo (paradigma) deve ser quebrado. Agricultura é sinônimo de inovação tecnológica, não havendo, portanto, tendência de incremento de

empregos, mas redução, com substituição imediata por tratores, plantadeiras, colheitadeiras e etc, cada vez mais modernos e informatizados.

Por outro lado, a noção de propriedade (como bem físico) foi abalada pelo novo conceito imprimido pela nova economia, sendo paulatinamente substituída pela noção de ACESSO (propriedade intelectual).

Essa mudança resultou na redução dos imóveis, criação de produtos leves, a minituarização, estoques *just in time*, *leasing* e terceirização, que são evidências da desvalorização da visão do mundo físico/material (com ênfase apenas na materialidade).

Contudo, isso não deve sugerir o fim da ganância capitalista. Pelo contrário, na era do acesso, a ganância será aumentada em proporções geométricas

A defasagem entre os que têm posses e os que não têm é enorme, mas a defasagem entre os conectados e os desconectados é ainda maior. O mundo está se desenvolvendo rapidamente em duas civilizações distintas - aqueles que vivem dentro de portões eletrônicos do ciberespaço e aqueles que vivem do lado de fora deles, **é a chamada divisão digital.**

Essas mudanças trarão inúmeras questões econômicas e sociais perturbadoras. Precisamos repensar o contrato social do começo ao fim se quisermos lidar seriamente com os impactos de um mundo baseado mais no acesso que na propriedade.

A saída que se vislumbra implica no deslocamento dos trabalhadores desqualificados da agropecuária e do setor industrial convencional, já que não serão absorvidos pelo setor de serviços (que requer alta qualificação), para o terceiro setor. Este sim, receberá esse contingente de pessoas a margem do sistema, no estado em que se encontram.

Essas mudanças apresentam os maiores desafios na manutenção e/ou conquista do emprego no terceiro milênio.

H)Referências Bibliográficas

- RIFKIN, Jeremy. "A Era do Acesso". Editora Makron Books, 2001;
- McRae, Hamish. O Mundo em 2020. Editora Record, SP, 1994;
- Secretaria da Fazenda. SEPLAN-GO/SEFIN. Revista Economia e Desenvolvimento. Ano V, nº 15 abril/junho de 2004 - suplemento;
- Singer, Paul. A formação da classe operária. Editora Atual, 2ª edição;
- Almanaque Abril 2004: citando dados do IBGE, do Banco Mundial, da OMC e *World Travel & Tourism Council*.

A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Radson Rangel F. Duarte*

“O processo é a realização da Justiça, e nenhuma justiça se pode apoiar na mentira” (EDUARDO J. COUTURE, apud Rui Stocco in Abuso do Direito e má-fé processual).

1. COLOCAÇÃO DO TEMA

Com o presente texto, pretendemos expor algumas idéias acerca da constatação da prática de litigância de má-fé e a eventual influência na apreciação da assistência judiciária, bem como a condenação em honorários advocatícios; apesar de aparentemente serem díspares esses assuntos, entendemos que há conexão entre eles, seja por expressa previsão legal (honorários advocatícios), seja por inteira necessidade lógica da relação processual. Vale salientar que não visamos a estudar os diversos aspectos da litigância de má-fé, suas nuances, requisitos e situações caracterizadoras, mormente porque há diversas obras que aprofundaram na análise do tema, que muito bem apreciaram esse fenômeno processual, além do que o curto espaço não possibilitaria tal intento.

2. A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

A litigância de má-fé consiste em uma doença que contamina o processo, trazendo desprestígio e frustração à tutela jurisdicional - já “podada” por restrições legais (como a impossibilidade de tutela jurisdicional em algumas situações) ou medidas políticas, ou econômicas, ou técnicas etc, restrições muitas vezes oriundas do próprio Poder Judiciário - às pessoas que dela necessitam. Em razão disso, as disposições legais que positivaram os deveres de lealdade e probidade processual (sejam as regras genéricas, 14/18 do CPC, sejam as específicas, arts. 129, 233, 601 etc, ambos do CPC, aplicáveis ao processo do trabalho por força do artigo 769 da CLT), cominando punições para os atos faltosos, devem ser lidas e interpretadas segundo o caráter profilático em razão do qual vieram a lume, sob pena de se ter um sistema contraditório e hipócrita, em que a realidade desmente o bel discurso. Ora, **“se as partes vêm a juízo pedir que lhes resolva a controvérsia, ou que se lhes declare ou constitua um direito, é até uma necessidade lógica que forneçam verazmente a premissa do fato, em que vai assentar a sentença”** (JOÃO CARLOS PESTANA DE AGUIAR SILVA, *in* As provas no cível, pág. 82), tendo em vista que **“o Código de Processo Civil brasileiro, que se mostra particularmente empenhado em cultivar a ética no processo, traz normas explícitas quanto aos limites da combatividade permitida e impõe severas sanções à deslealdade”** (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *in* Instituições de Direito Processual

* Juiz do trabalho substituto, diretor pedagógico da EMATRA XVIII - Escola da Magistratura do Trabalho da 18ª Região.

Civil, vol. II, 2a ed., pág. 259 - destaque original). Assim, como bem disse PEDRO BATISTA MARTINS, **"não é lícito às partes perturbar os trabalhos dos tribunais, alegando inverdades, e provocar o malogro de seus esforços, pelo retardamento do processo. As partes têm o dever de facilitar ao juiz a sua tarefa de investigação da verdade, conduzindo-se no processo honrada e diligentemente"** (*apud* Pestana Aguiar, ob. cit., pág. 82). No mesmo diapasão, a síntese conclusiva de PESTANA AGUIAR: **"Várias outras hipóteses de abuso do direito no exercício da demanda praticada pela parte ou por seu patrono, conjunta ou separadamente, poderiam ser aqui relacionadas. Valerá mais a advertência no sentido de que o mundo atual não comporta abusos dessa natureza num pleito judicial. Merecem por isso mesmo ser tachados de 'ingenuidades' dos incompetentes. Torna-se espantosa, inclusive, sua elevada incidência nos últimos tempos, quando se impunha um decréscimo em sua ocorrência. Talvez o seja pela suposição de se obter alguma vantagem com esse comportamento, 'por conseguir envolver o juiz na trama, e por fazê-lo instrumento para alcançar o fim reprovável. Inferir do fato de haver influenciado no ânimo do juiz, para negar a sanção, é um vício de lógica: por isso mesmo que se conseguiu o fim visado é que o abuso deve implicar indenização'** (Jorge Americano - ob. cit., cap. VIII, p. 98, n. 1). **A vantagem, portanto, será transitória se ocorrer, pois cedo ou tarde virá a descoberto a atividade ilícita."** (PESTANA AGUIAR *in* ob. cit., pág. 84).

Nessa tarefa "preservacionista", desempenha especial importância a atuação do Poder Judiciário, pois este, na tarefa de aplicar a lei, deve interpretá-la com vistas a uma entrega jurisdicional escorreita e imune a ataques que buscam vilipendia-la, observando-se os escopos que a doutrina há tempos tem feito questão de ressaltar, quais sejam, o político, o educacional, o jurídico e o social. Com efeito, é necessário ressaltar que o direito processual não é mero instrumento técnico, com concepções abstratas e altamente imbuídas de um conteúdo lógico-formal mas indiferente ao conflito advindo. Ao afirmar que o processo é **"um instrumento ético e não puramente técnico"**, DINAMARCO menciona que **"ele é uma técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual e levada a efeito com vista à efetivação do valor do justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça"** (*in* Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 2a ed. págs. 60 e 61), que adiante complementa: **"A grande e legítima liberdade que o juiz tem ao julgar é liberdade de remontar aos valores da sociedade, captá-los e compreendê-los com sensibilidade e com a mais autêntica fidelidade a um universo axiológico que não é necessariamente o seu. Agindo dessa maneira, o juiz coloca-se como válido canal de comunicação entre os valores vigentes na sociedade e os casos concretos em que atua"** (ob. cit., pág. 135 - ênfase original). Assim, condicionado ao entendimento jurisprudencial, o processo ou poderá ser um **"corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo"** (ARRUDA ALVIM, *in* Manual de Direito Processual Civil, vol. II, 5a ed., pág. 581), tornando possível a aplicação da Justiça ao conflito inter-subjetivo, ou consistirá em porta escancarada à utilização indevida de um instrumento público, com claras manifestações de abuso de direito, sem qualquer increpação pronta e imediata, posicionamento este absurdo - e que, por essa qualidade, deve ser abandonado, como cediça regra de direito - em face do atual estágio de desenvolvimento jurídico. De tal arte, pode-se dizer que o Processo assume a identidade conferida pela Função Jurisdicional, balizada por parâmetros axiológicos e teleológicos que imperam no sistema jurídico. Como bem salientado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, no

sentido de que de pouco adiantam mudanças se delas os operadores do direito não tiverem essa percepção, pois **“as leis, por si sós, e por mais avançadas que sejam, não são suficientes. Devem ser vivificadas pela prática de todos os dias, devem ser aceitas e aplicadas pelo corpo social em geral e pelos operadores do Direito em particular, devem encontrar seu banco de prova na jurisprudência. (...) É preciso que o operador do Direito - o advogado, o membro no Ministério Público, o juiz - se aproxime dos dispositivos legais e os interprete com o mesmo espírito com que foram eles cunhados. É preciso quebrar resistências, incentivar a mudança de mentalidades (...), manter os olhos postos na nova realidade, não incidir no erro fácil de interpretar a lei segundo princípios superados. Nesse interregno, algumas distorções surgem como inevitáveis; o importante é lutar para preservar o verdadeiro sentido da lei”** (apud Antônio Carlos Marcato, *in* O processo monitorio brasileiro, pág. 18).

Neste diapasão, assentou o STF, **“o ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé - trata-se de parte pública ou de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo”** (2a T. ED 246.564-0, Rel. Min. Celso de Mello, *in* Rui Stocco, ob. cit, pág. 13 - ênfase acrescida).

3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A constatação da má-fé no curso da relação processual gera para a parte prejudicada - ainda que sucumbente no bem da vida veiculado no processo - o direito de receber honorários advocatícios.

É sabido que, no processo do trabalho, os honorários advocatícios, por via de regra, advêm da assistência prestada pelo sindicato da categoria (ao que se soma a necessidade de assistência judiciária - OJ 305 da SDI-1 do TST), hipótese em que assumem a nomenclatura de “honorários advocatícios assistenciais”.

Essa é a regra, que comporta exceções, ainda que poucos não tenham se atentado a elas.¹ Para tanto, basta fazermos uma interpretação utilizando-se o método sistemático, **“que leva o investigador ainda mais longe, evidenciando a subordinação da norma a um conjunto de disposições de maior generalização, do qual não pode ou não deve ser dissociada”** (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *in* Instituições de Direito Civil, I, 18a ed., pág. 128), e que consiste em **“comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”** (CARLOS MAXIMILIANO, *in* Hermenêutica e aplicação do direito, 11a ed., pág. 128). Com efeito, vários dispositivos tratam dos honorários advocatícios em diversas situações fáticas, e que se proporcionam um tratamento distinto daquele estabelecido para a ordinary dos casos jurídicos. Como bem disse o último autor citado, **“aplica-se modernamente o processo tradicional, porém com amplitude maior do que a de outrora: atende à conexidade entre as partes do dispositivo, e entre este e outras prescrições**

1. Outras hipóteses que poderiam ser mencionadas, mas que, pela finalidade do presente texto, olvidamos suas análises, consistem na pequena empreitada e nos embargos de terceiro.

da mesma lei, ou de outras leis; bem como à relação entre uma, ou várias normas, e o complexo das idéias dominantes na época. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiça defeituosa, mal redigida; examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal, pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor” (ob. cit., págs. 129/130).

Uma primeira exceção consiste na improcedência dos embargos apresentados no procedimento monitorio. Nesse procedimento, estando a petição inicial devidamente instruída com prova escrita sem eficácia de título executivo, será expedido mandado de pagamento ou entrega de coisa. Caso a parte ré pretenda suspender a eficácia desse mandado inicial, poderá opor esses embargos monitorios, sujeitando-se, em caso de rejeição das alegações neles articuladas, ao pagamento das custas e de honorários advocatícios (parágrafo 1o, art. 1.102c). Caminha, esse procedimento, na esteira do direito premial, o qual, **“em vez de punir o destinatário da norma em razão de uma ação contrária a seu comando, recompensa-o com um bem jurídico pelo fato de haver agido segundo o preceito. Tem, pois, uma perspectiva contrária à sanção: em vez de reprimir a conduta contrária à norma, incentiva a conduta por ela desejada”** (ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, *in* Processo do Trabalho - Estudos em Homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto. Pág. 68). Entender-se que no processo do trabalho não haveria o direito aos honorários advocatícios no caso de improcedência dos embargos monitorios, seria negar a efetiva utilização desse procedimento em sede trabalhista, talvez um de seus mais férteis campos de utilização. Com a devida vênia, rejeitar no processo do trabalho a incidência de técnicas adequadas às tutelas diferenciadas seria dizer que o processo do trabalho estaria insensível às idéias de instrumentalidade e efetividade, olvidando que mesmo o processo civil, naturalmente mais formal, desde algum tempo sofre os influxos das ondas renovatórias. Se se prevalecesse esse pensamento negativo, poder-se-ia dizer que, mesmo que o processo civil sofra revoluções idênticas às promovidas por Copérnico com vistas a um “processo de resultados”, o processo do trabalho continuaria na sua silenciosa caminhada à derrocada, por sua congênita impotência em resolver os problemas a que se destina.

Outra hipótese extraordinária em que honorários advocatícios são devidos no processo do trabalho consiste na litigância de má-fé, podendo até ocorrer uma cumulação de honorários advocatícios, os **sucumbenciais** (nas hipóteses em que há assistências sindical e judiciária) e **os punitivos**.

É que estes, expressamente previstos no artigo 18 do CPC para o caso de litigância de má-fé, consistem em uma forma estabelecida pelo legislador de - prestigiando a lealdade processual, incentivando o respeito ao ético instrumento de composição dos litígios - estabelecer mecanismos que esmoreçam pensamentos torpes, cujas condutas descambam no processo. Afiguram-se, portanto, em uma manifestação do direito sancionatório ou premial inverso. A não se entender assim, permissa venia, ter-se-ia que concluir que o texto do artigo 18 do CPC, ao estabelecer os honorários advocatícios como pena conseqüente da litigância de má-fé, seria despiciendo, pois o artigo 20 do CPC já teria regulamentado essa parcela; seria dizer que o legislador processual seria atécnico e absolutamente redundante, com o que não se pode concordar, nesse particular, mormente quando se observa que os honorários ali mencionados são devidos tanto pela parte sucumbente no objeto da ação quanto pela

parte vencedora, bastando apenas que seja improbo processual. Nesse equívoco não incorreu RUI STOCCO: **“Ora, o art. 18 do CPC contém previsão de punição pelo exercício temerário da lide ou comportamento de má-fé. As verbas de sucumbência estão estabelecidas em outro estamento, em outra regra e em outro contexto e têm natureza diversa. Seu pressuposto é justamente a sucumbência, ou seja, a perda da causa. (...) a parte ímproba ... responderá por dupla verba honorária e despesas. As primeiras decorrentes da perda da ação (princípio da sucumbência) e as segundas pela indigna atuação em juízo (princípios da reparabilidade e da punibilidade)”** (ob. cit., pág. 98).

Deste modo, ainda que muitos não queiram ver, a expressa previsão do artigo 18 do CPC caminha no sentido da efetividade do processo, uma vez que estabelece mecanismos de increpação aos que atuam de forma divorciada de parâmetros éticos no processo, inclusive no trabalhista, que é orientado, talvez até mais, pela necessidade de uma litigância leal.

4. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

A litigância de má-fé afigura-se em óbice ao direito à assistência judiciária.

Com efeito, a assistência judiciária consiste na inexistência de entraves de natureza financeira no acesso à prestação jurisdicional, de forma que o direito à assistência só se justifica quando a parte, na busca dessa tutela jurisdicional, age na mais completa boa-fé, uma vez que a má-fé atinge não só a parte contrária, mas, principalmente, o Estado, no importante instrumento - o processo - colocado à disposição das pessoas na busca da solução dos conflitos intersubjetivos, razão pela qual qualquer atentado a esse instrumento deve ser obstada. Ora, não se justifica a inexistência de óbices no acesso ao judiciário se nesse acesso a parte conduz-se de forma desleal; sob um enfoque metafórico, poder-se-ia dizer que um anfitrião não abre as portas de sua casa a alguém que ali adentra com a intenção de subtrair-lhe seus bens. A partir do momento em que o litigante atua de forma divorciada dos parâmetros éticos do processo, a liberdade conferida pela assistência judiciária deve ser restringida, sob pena de esta autorizar verdadeiras aberrações jurídicas. Como bem disse CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **“a gratuidade generalizada seria um incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço público que é a jurisdição.”** (*in* Instituições..., vol. II, pág. 633).

Não há que se objetar que a ausência de má-fé não seja requisito estabelecido legalmente à assistência judiciária, pois com a devida vênia, tal objeção olvida a própria essência da assistência judiciária (vista acima). Realmente, a lei não estabelece mencionado requisito por razões óbvias (e, como regra básica de integração jurídica, a obviedade não carece ser mencionada, já que presumida), pois a conduta das partes no curso da relação processual informa o conteúdo decisório das emanações judiciais, conforme se pode observar nos artigos 14, 15, 129, 233, 273, 600, 601, 811 etc, do CPC. Nesse sentido, pode se observar que a própria Lei 1.060, regulamentadora da assistência judiciária, responde à objeção mencionada, quando estabelece que afirmação falsa (hipótese positivada como má-fé) de hipossuficiência dá azo à revogação do benefício e à condenação ao pagamento em décuplo da taxa judiciária (art. 4º, par. 2º).

5. CONCLUSÃO

Antes de concluirmos, a constatação de que **“neste mundo em que se nos impõem uma globalização perversa e predatória em que o capital internacional quer exercer influência até mesmo na legislação interna e na nossa própria soberania, além da ausência de intelectuais, proliferam os mal-intencionados e aqueles que, para obter indevida vantagem, banalizam o Direito, desrespeitam as regras morais de conduta e buscam o resultado a que preço for, ainda que seja através da fraude, da má-fé e do engodo. [...] Resgatar a ética no processo é obrigação de cada um e de todos. [...] Ressuscitar a confiança dos operadores do direito, uns nos outros, como sonhou Giuseppe BETTIOL, e inculcar-lhes um comportamento ético será a única saída para solucionar a crise do processo e convertê-lo em instrumento e meio para a solução dos conflitos de forma rápida, eficiente, garantidora e absolutamente satisfatória”** (textos transcritos de RUI STOCCO, *in ob. cit.*, pág. 45).

À guisa de conclusão, podemos dizer que a prática de litigância de má-fé, no processo do trabalho afasta o direito à assistência judiciária, ainda que presentes os demais requisitos, além de ensejar a condenação em honorários advocatícios, mesmo que não haja assistência sindical.

INVESTIDAS CONTRA A PESSOA DO TRABALHADOR OU NOTAS SOBRE O TRABALHO ESCRAVO

Ari Pedro Lorenzetti*

*[...]
Na primeira noite eles se aproximam
e roubam uma flor
do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na segunda noite, já não se escondem;
pisam as flores,
matam nosso cão,
e não dizemos nada.
Até que um dia,
o mais frágil deles
entra sozinho em nossa casa,
rouba-nos a luz, e,
conhecendo nosso medo,
arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada.
[...]"*

(Trecho do poema No caminho com
Maiakóvski, de Eduardo Alves da Costa).

a) CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conquanto superadas as doutrinas que negavam o caráter contratual à relação de emprego, certo é que persistem em algumas disposições legais e na cabeça de alguns operadores do Direito do Trabalho concepções incompatíveis com a natureza negocial reconhecida àquele vínculo jurídico. O objetivo do presente artigo é passar em revista a algumas dessas situações, demonstrando que a lei ou sua interpretação, como vem sendo feita por alguns, importa em converter a relação de emprego em vínculo pessoal de subordinação, o que pode auxiliar a compreender a persistência, nos dias atuais, do labor em condições análogas às dos antigos escravos.

Resultando a relação de emprego de um contrato, ainda que sujeito ao dirigismo estatal, as obrigações resultantes não podem ir além do que foi pactuado ou decorre das normas legais e profissionais aplicáveis à espécie. Por outro lado, na interpretação das obrigações das partes, deve-se ter em mente que o vínculo que une empregado e empregador não é de natureza pessoal, mas restringe-se ao cumprimento das obrigações contratualmente assumidas ou impostas pelas normas pertinentes.

Todavia, o fato de se revestir a prestação laboral de subordinação tem levado alguns operadores a sustentarem a submissão completa do empregado aos interesses do empregador, ainda quando fora e alheio à execução contratual. Apesar disso, conforme

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT 18ª Região.

entendimento amplamente dominante, a subordinação típica do contrato de trabalho é de natureza jurídica, e não pessoal ou social. Assim, o empregado é subordinado porque se colocou nessa condição, porque consentiu, pelo contrato, que seu trabalho fosse dirigido por outrem. Nas palavras de *Délio Maranhão*, “a subordinação do empregado é jurídica, porque resulta de um contrato: nele encontra seus fundamentos e limites”¹.

Acresce o mesmo autor que o conteúdo da subordinação, no contrato de trabalho “não pode assimilar-se ao sentido predominante na Idade Média: o empregado não é servo e o empregador não é senhor. Há de partir-se do pressuposto da liberdade individual e da dignidade da pessoa do trabalhador. Como escreve *Evaristo de Moraes Filho*, ‘é de todo incompatível com a dignidade humana a teoria de alguns autores alemães - neste particular, verdadeiros precursores da Carta de Trabalho nazista de 1934 - que vêem na relação de trabalho uma relação senhorial, na qual uma das partes tem todo o poder e à outra compete somente obedecer’. Tem razão portanto, *Sanseverino*, quando frisa que a subordinação própria do contrato de trabalho não sujeita ao empregador toda a pessoa do empregado, sendo, como é, limitada ao âmbito da execução do trabalho contratado. A subordinação não cria um ‘status subjectionis’; é, apenas, uma situação jurídica”².

Embora, teoricamente, tal regra geral pareça não merecer contestação nos dias atuais, na prática, os posicionamentos tomados diante de determinadas situações concretas, inclusive em face de determinadas normas legais, implicam justamente numa negativa da liberdade do trabalhador, tamanha a invasão que se admite em sua vida privada por parte do empregador.

E para que não fiquemos nas afirmações genéricas, vejamos algumas situações concretas em que se manifesta a interferência indevida do empregador na vida particular do empregado.

b) RESTRIÇÃO À LIBERDADE DURANTE AS FÉRIAS

Consoante o art. 138 da CLT, “durante as férias, o empregado não poderá prestar serviços a outro empregador, salvo se estiver obrigado a fazê-lo em virtude de contrato de trabalho regularmente mantido com aquele”.

Ora, já de início, constata-se que tal dispositivo adota um posicionamento equivocado acerca do significado das férias. Estar de férias não é sinônimo de não fazer nada, ficar à toa. Durante as férias, o descanso não decorre da ociosidade, mas sim de ocupar-se com outras atividades, deixando para trás as preocupações do trabalho. E se o trabalhador tem outro emprego em nada ficam prejudicadas suas férias em relação ao empregador que as concedeu pelo fato de continuar laborando para o outro contratante.

Nesse sentido, revela-se inaceitável a interpretação de que o empregado não poderia firmar novo contrato durante as férias, seja para continuar exclusivamente nele ao término do recesso, seja para, a partir de então, manter dois contratos, seja, por fim, para ocupar-se apenas durante as férias.

Certamente que os que entendem que haveria falta contratual, se o empregado contraísse novo emprego durante as férias, não adotariam igual solução caso o empregado de férias simplesmente se engajasse em algum serviço voluntário ou fosse fazer um curso de aperfeiçoamento profissional ou pessoal. Ora, em qualquer dos casos, o empregado não estaria parado, mas se ocupando com outras atividades. Nem só por isso, no entanto, pode-se dizer que esteja descumprindo suas obrigações contratuais.

1. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Instituições de direito do trabalho, v. 2. 14. ed., atual. por Arnaldo Sussekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1994. p. 236.

2. Idem, ibidem.

Nem se argumente que o empregado poderia sofrer um acidente no segundo trabalho e, com isso, causar prejuízos ao primeiro empregador, uma vez que o mesmo poderia ocorrer se, durante o período de férias, ou mesmo nos finais de semana, o trabalhador se envolvesse em atividades esportivas ou de qualquer outra natureza que possam trazer-lhe algum dano físico. Ou acaso alguém ousaria sustentar que o empregado comete falta contratual só porque se machuca num final de semana enquanto joga futebol com os amigos ou sofre um acidente de trânsito em uma viagem de lazer, por exemplo?

A finalidade das férias é o desligamento das obrigações de prestar trabalho e o afastamento do ambiente em que o empregado executa o contrato, a fim de recuperar-se do estresse que aqueles lhe proporcionam. E, para fazê-lo, o empregado tem o direito de se ocupar com o que bem entender, não sendo dado ao empregador imiscuir-se em sua vida privada para definir ou averiguar como está usando seu tempo livre.

Por outro lado, conforme destacou *Valentin Carrion*, a interferência na vida pessoal do empregado é de duvidosa constitucionalidade, além de não ser a forma adequada de proporcionar ao trabalhador melhores condições de vida:

"Proibição de trabalho. A intenção do legislador teria sido, presume-se, estimular o descanso do empregado, para seu bem-estar físico e mental; este desejo se concretiza com a melhora do nível de vida; não é resultado de normas legais. A proibição carece de sanção expressa e é de discutível constitucionalidade, por ferir a liberdade da pessoa"³.

O empregador só poderá insurgir-se contra o fato de o empregado ter trabalhado para outrem durante as férias se demonstrar inequivocamente que dessa conduta lhe resultaram efetivos prejuízos, isto é, que o empregado, ao retornar de férias, não se apresentou em condições para dar prosseguimento normal às suas funções e que isso foi consequência de não haver dedicado o período de férias ao descanso. Assim, somente evidenciando que o trabalho para outro tomador, durante as férias, lhe trouxe efetivo prejuízo é que poderá considerar a conduta do empregado, naquele período, como falta contratual. Não cabe, porém, nem sequer uma presunção de que o simples fato de ter executado alguma atividade durante as férias seja o bastante para caracterizar a quebra das obrigações contratuais. Do contrário, se o empregado, durante as férias, se ativasse na reforma de sua residência, por exemplo, também haveria de ser considerado como faltoso.

Assim, se o empregador não pode proibir o empregado de realizar outras atividades durante as férias, também não pode impedi-lo de ativar-se em outro emprego. Não é demais lembrar que o art. 138 da CLT foi produzido numa época em que as liberdades individuais não tinham relevância alguma para os condutores da política nacional. Por sinal, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico positivo sem passar pelo crivo do Congresso Nacional, sendo fruto de um Decreto-lei do Executivo. Não se trata, pois, de mera coincidência. Não bastasse isso, o mesmo diploma legal veio autorizar o empregado a trocar 1/3 de suas férias por dinheiro (CLT, art. 143).

c) INTERFERÊNCIA NOS INTERVALOS E FOLGAS SEMANAIS

Cumprindo o trabalhador a jornada laboral avençada, os intervalos legais ou convencionais lhe pertencem, não cabendo ao empregador imiscuir-se no uso que deles faz o empregado.

Assim, o empregador não pode determinar o que o empregado deverá fazer durante os intervalos intrajornada, interjornadas ou, mesmo, nas folgas semanais. Não pode, assim, determinar que o empregado se submeta a cursos fora da jornada contratual, a não ser com a sua concordância.

3. CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 25. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 147.

Por outro lado, se o empregador exigir a participação em algum curso ou atividade, fora do horário de trabalho, ainda que aquela atividade traga proveito ao empregado, por exemplo, possibilitando uma melhoria salarial, deverá remunerar o período correspondente, uma vez que o mesmo considera-se como parte do contrato de trabalho.

Nota-se, entretanto, em algumas categorias, certas determinações e controles até abusivos sobre o que os trabalhadores fazem fora do ambiente e horário de trabalho, chegando em alguns casos a regular até a conduta sexual, fato não incomum entre os desportistas profissionais.

Por outro lado, não raro também, tomam-se em consideração as atividades do trabalhador, fora do ambiente de trabalho para promover dispensas, sem que qualquer consideração com os resultados de seu trabalho: opção sexual, estado civil, opinião política etc. Tais posições não deixam de revelar uma interferência do empregador sobre as decisões pessoais do empregado, alheias ao trabalho.

Assim, toda forma de controle sobre o que o empregado faz ou onde vai fora do horário de trabalho é interferência indevida, invasão da vida pessoal do trabalhador não autorizada pelo contrato de trabalho, nem pela lei. Os poderes do empregador se esgotam nos limites do contrato, ressalvado apenas o direito que lhe é reconhecido de aplicar sanções contratuais, que é uma forma de autotutela. Os lugares que o empregado frequenta, o que faz ou deixa de fazer em seu tempo livre são questões que só dizem respeito a ele, só tendo o empregador direito de intervir na medida em que repercutirem na execução do contrato, o que deverá ser cabalmente demonstrado.

Por outro lado, as alterações de intervalos ou horários de trabalho também sujeitam-se à previsão do art. 468 da CLT, não se podendo admitir que o empregado fique o tempo todo à disposição do empregador, como se existisse tão somente para atender aos interesses deste.

d) A VIDA PESSOAL DO EMPREGADO COMO JUSTA CAUSA

Na mesma linha dos aspectos referidos acima, uma forma nitidamente destoante da natureza contratual do vínculo de emprego constitui na invocação da embriaguez fora do serviço como falta contratual. Ora, só pode ser considerado falta contratual o descumprimento das obrigações resultantes do contrato, ainda que sob a forma de inobservância dos deveres anexos de conduta, como tais considerados, por exemplo, o dever de tratamento respeitoso aos colegas de trabalho, ao empregador e a seus clientes.

Todavia, o fato de o empregado, após cumprida sua jornada de trabalho ou no curso de sua folga semanal frequentar uma igreja, um bar ou até mesmo um prostíbulo, em princípio e como regra, não faz diferença alguma para o empregador. Pelo menos não se pode presumir que a presença do reclamante num dos locais citados possa configurar uma falta contratual.

Assim, não é o simples fato de o empregado frequentar um bar e sair de lá ébrio, ainda que faça isso todo final de semana, que autoriza o empregador a dispensá-lo por justa causa, senão o fato de, em razão daquela conduta, ter afetado o rendimento que o empregador poderia legitimamente dele esperar na execução do contrato ou, eventualmente, dada a natureza da entidade empregadora, sua imagem perante a sociedade em geral. Deixando de lado as discussões acerca de configurar a embriaguez um simples desvio moral ou uma doença, para que se possa enquadrá-la como falta contratual é indispensável que se aponte sua relação com o contrato de trabalho. Como é óbvio, o empregado que se apresenta ao trabalho embriagado ou que ingere bebida alcoólica ou faz uso de drogas durante o horário de trabalho, comete uma falta contratual, na medida em que não se apresenta ao trabalho em condições para cumprir as obrigações assumidas.

O que não se pode admitir é que o empregador se arvore na qualidade de fiscal da conduta privada do empregado ou censor de sua moralidade, tocando em aspectos que não dizem respeito à execução do contrato ou ao ambiente de trabalho.

e) DA SIMPLES CONCORRÊNCIA COM O EMPREGADOR COMO FALTA GRAVE

Conforme o art. 482, alínea "c", da CLT, "*constitui falta grave que autoriza o empregador a rescindir o contrato por justa causa, a negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço*".

Todavia, não é demais repetir que o empregador não detém poderes sobre a vida pessoal do empregado, sendo seus poderes limitados à direção contratual. Mesmo quando a lei lhe reconhece a faculdade de exercer a autotutela privada (impropriamente denominado de poder disciplinar), não lhe é dado extrapolar os limites do contrato, para avançar sobre a vida particular do trabalhador.

Conforme salienta Wagner Giglio:

"O empresário não contrata a pessoa do trabalhador, mas apenas a força de trabalho de que o empregado é portador.

Cumprida a obrigação assumida, isto é, fornecendo o empregado o trabalho combinado através do contrato, pode dispor livremente de suas horas de folga, usando como bem entender sua força de trabalho, fora da empresa"⁴.

Está na hora, pois, de superar a idéia intencionalmente plantada na cabeça do empregado de que sua função é apenas a de servir ao empregador, a todo tempo e em qualquer lugar. Afora isso, é preciso dizer ao empregador que não é dono do empregado, que não pode exigir deste nada mais do que estiver previsto no contrato ou for necessário ao seu cumprimento.

A relação que une empregado e empregador tem base exclusivamente contratual e tem no contrato os seus limites, aos quais se integram as normas de proteção ao trabalhador, como é óbvio. A vinculação não é, porém, institucional ou pessoal (pessoal é apenas a prestação laboral), mas contratual, e, como tal, tem finalidade específica e restrita. A sujeição do empregado ao empregador tem base contratual e é limitada pela finalidade do contrato. O mesmo diga-se quanto ao dever de fidelidade.

Empregador não é sinônimo de senhor. O empregador não é dono da vida dos trabalhadores que lhe prestam serviços, nem estes são seus súditos, embora seja comum, na linguagem dos obreiros, referir-se àquele como "patrão", em sentido etimológico: grande pai!

Quando alguém se coloca na condição de empregado, não abre mão de sua vida própria e autonomia pessoal: transfere ao contratante apenas o resultado de seu trabalho e, por consequência, despe-se da liberdade de dirigir sua atividade profissional enquanto a serviço do empregador. Fora da execução do contrato, no entanto, não pode sofrer qualquer restrição ou invasão em sua liberdade pessoal, podendo dedicar-se, inclusive, em atividades lucrativas, por que não?

Assim, da mesma forma que o empregado pode trabalhar para mais de um empregador, também pode manter atividade própria. Por outro lado, sendo possível a pluralidade de empregos, ainda que a natureza das atividades dos diversos empregadores seja a mesma, em princípio, não há razão para impedir que o trabalhador mantenha atividade própria, inclusive no mesmo ramo de atuação que seu empregador.

4. GIGLIO, Wagner. Justa causa. 5. ed. São Paulo: LTr, 1994. p. 92.

Com efeito, que o empreendimento em que se ativa o empregado, fora do horário de trabalho, seja próprio ou de terceiro não faz diferença alguma para o empregador, uma vez que, de qualquer modo, haveria concorrência. Assim, não faz o menor sentido sustentar que o trabalhador pudesse ter outro emprego, no mesmo ramo de atividades, mas não pudesse, ele mesmo, promover uma atividade, no interesse próprio, ainda que no mesmo ramo de atuação de seu empregador, como se pelo fato de ser empregado renunciasse à sua liberdade pessoal.

E como, em princípio, em relação ao empregador, não há diferença alguma se o empregado trabalha para terceiros ou para si próprio, não se pode reconhecer que haja falta contratual pelo só fato de o obreiro, em vez de arranjar mais um emprego, decidir ser ele mesmo o empreendedor, independentemente do ramo de atividades escolhido.

Se o empregador não permite que seu empregado mantenha atividade própria, inclusive no mesmo ramo de atuação, como condição para manter o vínculo de emprego, na prática, impede-a de exercer um direito resultante de sua liberdade pessoal. E para que fizesse isso, haveria de demonstrar que houve ou haveria prejuízos injustos. Assim, a menos que detivesse o monopólio da atividade, haveria de remunerar o trabalhador pelas restrições a ele impostas. Logo, se o empregador pretende absorver toda a força de trabalho do empregado deve oferecer-lhe uma compensação financeira também pela obrigação de não fazer⁵.

Suponha-se, por exemplo, que o empregado trabalhe como vendedor em uma loja de tecidos e o seu pai, irmão ou sua esposa decida abrir um negócio no mesmo ramo de atividades. Não seria de supor que referido trabalhador tivesse interesse em que essa atividade fosse bem sucedida, em função da relação familiar com os titulares do novo empreendimento? E se a segunda loja pertencesse a outras pessoas e aquele empregado também laborasse nela, porém com uma comissão maior? Também não teria interesse no incremento das vendas dessa última, para aumentar seus rendimentos? Isso, no entanto, autorizaria o primeiro empregador a rescindir o contrato do obreiro, com base em seu interesse no êxito de outro empreendimento? É óbvio que não, desde que esse outro interesse não atrapalhe seu desempenho na execução do contrato de trabalho. Não fosse assim, qualquer outro interesse do trabalhador que não fosse dar mais lucros ao empregador poderia justificar a alegação de falta grave por parte deste.

O empregado tem direito de alimentar seus sonhos ou perseguir outros objetivos, desde que, ao dedicar-se a eles, não descure do cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho. Se o empregado conciliar seus diversos interesses, de forma a não prejudicar a execução do contrato, o empregador nada tem a ver com isso, nem tem o direito de se imiscuir em assuntos que pertencem à esfera exclusiva do trabalhador, a menos que se entenda que o dono dos meios de produção seja também proprietário da vida privada dos que ocupa na exploração de sua atividade empresarial.

O só fato de explorar atividade concorrente não é o bastante para caracterizar falta contratual do empregado. Se, por exemplo, o empregado adquire um estabelecimento de empresário concorrente e lhe dá continuidade, não modifica a situação anterior, sendo mantida a mesma concorrência se outro fosse o novo proprietário. Em princípio, portanto, tal fato não modifica a situação anterior, uma vez que já havia um concorrente estabelecido no endereço em que o empregado passa a exercer a atividade. Por qual razão, pois, somente o empregado não poderia fazê-lo? Nesse exemplo fica evidente que não basta haver

5. Há, obviamente, exceções, em que a inviabilidade prática do exercício de outras atividades, sejam concorrentes ou simplesmente paralelas, decorre de limitação física ou da natureza da função desempenhada pelo empregado. Em tais casos, no entanto, não há, propriamente, exigência de obrigação negativa, mas apenas a obrigação de render o que se pode legitimamente esperar do trabalhador. Trata-se, assim, de restrições decorrentes da própria profissão, e não de imposições provenientes do empregador.

concorrência, mesmo que esta reduza os lucros do empregador. A concorrência, em si mesma, não é algo ruim. Aliás, muitas empresas do mesmo ramo até se unem para juntas conquistarem maiores vantagens no mercado. O que não se pode admitir é a má-fé contratual, ou a concorrência desleal. Assim, se o trabalhador se desincumbir das obrigações contratuais com lealdade, os interesses que promova fora do ambiente de trabalho não podem ser invocados como motivo para caracterizar descumprimento do pacto laboral.

O que não se admite é que o empregado se valha dessa sua condição para promover a atividade própria em detrimento das obrigações contratuais. A concorrência de que trata a CLT (art. 482, "c"), portanto, há de ser entendida apenas como aquela que se revela como concorrência desleal, isto é, que causa prejuízos injustos ao empregador. Assim, por exemplo, se o empregado se vale dessa sua condição para desviar a clientela do empregador para a atividade própria, estará havendo descumprimento de suas obrigações contratuais. No caso, porém, não é a sua atividade privada que será tida como falta contratual, mas a sua conduta em relação ao empregador.

Todavia, se, em sua atuação como empregado, não busca auferir vantagens para a atividade particular, em detrimento do empregador, tratando as duas situações como diversas e independentes, não há razão para coibir a atuação do empregado fora de seu horário e local de trabalho. Neste caso, estará simplesmente exercendo seu direito de liberdade, sem que o empregador possa opor-se a isso, a não ser que pretenda transformar o vínculo de emprego em sujeição pessoal, deixando de ser um vínculo apenas contratual.

Pois bem, se a liberdade do trabalhador não autoriza o empregador a impor-lhe outras restrições além daquelas inerentes aos contratos em geral ou, desde que justificadas pela natureza da atividade, inseridas expressamente no contrato individual, não pode o empregador negar ao empregado o direito de usar do tempo livre para os fins que entender, uma vez que não lhe compete a fiscalização da vida privada deste.

f) DA EXIGÊNCIA DE LABOR EXTRA SEM ACORDO PRÉVIO

Outra extravagância encontrável no âmbito do contrato de trabalho é a possibilidade de se exigir labor em sobrejornada do empregado sem qualquer penalidade ou acréscimo salarial além do que naturalmente resulta do trabalho extraordinário.

No particular, a redação original da CLT continha uma regra que, de certa forma, estimulava o empregador a negociar com o empregado a prorrogação da jornada. Com efeito, conforme o parágrafo primeiro do art. 59, as horas extras prestadas em decorrência de acordo escrito (individual ou coletivo) eram remuneradas com adicional de 20%. Já o labor extra prestado sem haver prévio acordo inseria-se na previsão do parágrafo segundo do art. 61, pelo qual o adicional era elevado para 25%. Como, a partir da Constituição Federal de 1988, o adicional de horas extra passou a ser de, no mínimo, 50%, o empregador passou a sentir-se desobrigado de contratar previamente a prorrogação da jornada, ficando à vontade para exigir trabalho extraordinário quando bem entender. E o empregado sabe que, se não se submeter à exigência, corre sério risco de perder o emprego.

Por outro lado, ainda que haja acordo escrito, o empregador não tem qualquer custo adicional se não o respeitar, impondo ao trabalhador o cumprimento de prorrogações que excedam duas horas diárias. Isso deixa evidenciado uma inexistência de limites nos poderes do empregador, desde que pague 50% de adicional. E sabe-se que muitas vezes nem sequer remunera tal labor, deixando para discutir, depois, até a exaustão, perante a Justiça do Trabalho.

Vale lembrar que submeter o trabalhador a jornada exaustiva pode ser um meio de reduzi-lo à condição análoga de escravo, na forma do art. 149 do Código Penal, com a redação decorrente da Lei n. 10.803, de 11.12.2003.

g) DO TEMPO DE SOBREAVISO SEM REMUNERAÇÃO

Eis aqui mais uma forma de submeter o trabalhador aos interesses do empregador sem contraprestação alguma. Trata-se, na verdade, de uma visão muito simplificadora da liberdade do empregado a que está retratada na orientação jurisprudencial n. 49 da SDI-I/TST.

O fato de o empregado poder sair de casa não significa que esteja efetivamente descansando, uma vez que não estará desconectado de seu trabalho. Acaso, poderia o trabalhador, por exemplo, dar-se ao luxo de ir a um estádio de futebol torcer para seu time, fazer uma viagem no final de semana, assistir tranquilamente a um filme com seu filho, sua esposa ou namorada, assumir algum outro compromisso em seu tempo livre, marcar um encontro com os amigos etc., sabendo que, a qualquer hora, pode ser chamado pelo empregador?

Ora, tal restrição à liberdade também deve ser remunerada, ou será que basta ao empregado poder sair de casa para que possa desfrutar livremente de seu tempo? Não podemos, atualmente, interpretar os dispositivos legais sob uma ótica estreita de simples exigência de que o trabalhador permaneça em sua casa. A referência à “permanência em casa”, no § 2º do art. 244 da CLT deve ser vista como retrato de uma época em que a única forma de comunicação instantânea à distância era o telefone fixo, que, além disso, não era acessível a todos. Assim, permanecer em casa era sinônimo de poder ser encontrado sempre que o empregador necessitasse do empregado. Desse modo, se o empregado não estivesse à disposição do empregador no próprio estabelecimento (prontidão), só poderia ficar em sua casa, sem o que não poderia estar à disposição. Quando o legislador se referiu a estar em casa, portanto, apenas quis indicar que o empregado estava à disposição do empregador, mas fora do estabelecimento deste (sobreaviso). Que permanecesse em sua casa era apenas uma circunstância decorrente das condições da época.

A remuneração, entretanto, não decorria do fato de o trabalhador ter que ficar em casa, mas por estar de sobreaviso, isto é, prevenido, preparado para ser chamado a qualquer hora. Tal norma, portanto, não pode ser lida sem levar em consideração as condições da época em que foi editada. Sua interpretação não pode ignorar o direito do trabalhador de se desconectar efetivamente do trabalho, sendo também este um direito do empregado, conforme bem demonstrado por Jorge Luiz Souto Maior⁶. Com efeito, o trabalhador que pode ser chamado a qualquer momento para o trabalho, ainda que estando fora do ambiente de trabalho, sofre uma interferência em sua vida pessoal e familiar, privando-o da tranquilidade de que necessita para usufruir efetivamente o tempo livre. Assim, não poderia ser colocado em tal situação sem uma contraprestação. Afinal, ainda que não seja chamado para o trabalho, sofre restrições efetivas em seu convívio familiar e social, estando impedido de realizar uma série de atividades, por não poder programar-se, uma vez que tem de estar à disposição do empregador, dando preferência aos interesses deste.

h) DA RECUSA DOS TACÓGRAFOS COMO MEIO DE PROVA DA JORNADA LABORADA

A sujeição do empregado aos interesses do empregador, sem limite algum, é uma das formas mais graves de atentar contra a dignidade do trabalhador. E a situação dos que trafegam por nossas estradas, transportando a produção ou distribuindo os resultados da atividade industrial é paradigmática.

6. MAIOR, Jorge Luiz Souto. “O uso de bip e demais formas de vinculação ao trabalho: a jurisprudência e o direito à desconexão do trabalho”. In: Revista Trabalhista, v. 7. Rio de Janeiro: Forense, jul./set. 2003. pp. 411-8.

Nos termos do art. 62, I, da CLT estão excluídos da tutela relativa à jornada de trabalho os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho. Como norma de exceção, constitui princípio jurídico elementar, deve ser interpretada restritivamente. Assim, não é o fato de o trabalhador ativar-se em serviço externo que o exclui da proteção legal, no particular, mas a incompatibilidade do serviço com o controle de jornada.

E nessa situação definitivamente não se encontram os motoristas que seguem rotas pré-fixadas pelo empregador, em caminhões equipados com tacógrafo e, não raro, controlados até por satélites.

Os avanços tecnológicos permitem o controle da atividade do trabalhador em uma série de situações em que antes se imaginava impossível. Assim é que o legislador, através da Lei n. 8.966, de 27.12.1994, modificou a redação do art. 62, prevendo a exclusão da proteção relativa à jornada apenas aos trabalhadores externos cuja jornada fosse incompatível com o controle e não apenas os que não sofriam um controle por parte do empregador.

Releva salientar, nesse passo, que os motoristas, especialmente os caminhoneiros, sofrem, na verdade, um controle muito rigoroso de seus passos, tendo, normalmente, horários marcados para receber a carga e fazer a entrega, submetendo-se, ademais, a percursos pré-definidos pelos empregadores, até mesmo como forma de se precaverem contra fraudes ou roubos de cargas.

Por outro lado, o instrumento do tacógrafo permite acompanhar precisamente os movimentos do veículo durante toda a jornada, seja para saber quanto tempo o motor ficou ligado e a que horas, se o veículo estava parado ou andando e, neste caso, qual a velocidade desenvolvida ao longo do percurso. Em suma, constitui um verdadeiro relatório do comportamento do motorista durante as vinte e quatro horas do dia.

Em tais casos, e atendendo à nova redação do art. 62 da CLT, não se pode dizer que o trabalho do motorista constitua atividade externa incompatível com o controle da jornada de trabalho. Afinal onde a lei se refere a fixação de horário pressupõe controle. E não é o fato de os horários não serem fixos, isto é, não serem sempre os mesmos, que autoriza a exclusão da proteção, mas a inviabilidade de controlá-los.

E só o fato de o veículo ser equipado por aparelho de tacógrafo não apenas torna possível o controle como de fato o revela existente. De qualquer modo, não sendo a atividade externa, no caso, incompatível com o controle, deve-se reconhecer ao motorista a tutela referente à jornada de trabalho.

Aliás, no particular, é de extrema relevância social e econômica que se imponha ao empregador um limite quanto à duração da jornada exigida do empregado. Chega às raias da irresponsabilidade permitir que os empregadores submetam os motoristas a jornadas desumanas, chegando estes a rodar vinte e quatro horas seguidas, com paradas mínimas para alimentação. E conseguem tal "proeza" à custa de estimulantes, degradando sua saúde e pondo em risco a vida de todos os demais com que cruzam nas estradas.

Urge, pois, repensar as posições jurisprudenciais dominantes, a começar pela OJ n. 332 da SDI-I/TST, em nome da dignidade dos trabalhadores das estradas, bem assim dos que utilizam tais vias para ir em busca de lazer. A predominar a posição atual, todos seremos ou poderemos ser as vítimas, mas os trabalhadores e suas famílias certamente são os maiores prejudicados. É merecedor dos melhores aplausos, assim, o recente Projeto de Lei n. 3.783/2004, que se junta a diversos outros, visando a por ordem nessa situação. Agora é esperar que não seja apenas mais um projeto.

i) CONCLUSÃO

A partir das questões acima analisadas, podemos concluir que a persistência do labor em condições equiparáveis às da época da escravidão não é fato isolado, mas ocorre num contexto bem definido, em que se acentuam os abusos contra os direitos dos trabalhadores, muitas vezes com o beneplácito da lei, da doutrina ou mesmo da jurisprudência.

Assim, se até mesmo o empregador que formaliza o contrato de trabalho sente-se à vontade para avançar sobre a liberdade pessoal do trabalhador ou exigir dele subordinação pessoal ou prestação de trabalho sem limites ou sem contraprestação alguma em troca, não é de causar estranheza que alguns, aproveitando-se do fato de estarem mais afastados dos grandes centros, ou até mesmo neles,ousem ir além. E assim, o hábito de tolerar o trabalho em condições precárias, que constitui, segundo alguns, uma herança do regime escravo dos tempos coloniais, transforma-se em vezo que abre as portas às novas modalidades de trabalho forçado.

A existência de trabalho escravo sempre foi e continua sendo uma aberração, perfeitamente compreensível, porém, no contexto em que vivemos, onde se chega a afirmar que ser empregado é um privilégio. Se assim se entende, nada mais natural que se suprimam os "privilégios".

Combater todas as formas de escravidão é preciso, mas igualmente importante é cortar suas raízes culturais, uma vez que aquela, nos dias atuais, não é senão fruto de uma degradação (para alguns, evolução!) das concepções acerca do trabalho humano e da dignidade do trabalhador. Quando o trabalho humano deixa de ser um valor social, sem cerimônias, a informalidade consorcia-se à clandestinidade e juntas deságuam na marginalidade (= criminalidade).

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E RELAÇÃO DE EMPREGO

Luiz Eduardo Gunther
Cristina Maria Navarro Zornig*

Sumário: 1. A revisão constitucional; 2. Controvérsia sobre a amplitude; 3. A relação de emprego reconhecida em juízo: 3.1. Corrente favorável à cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre parcelas pagas, 3.1.1. Jurisprudência que corrobora a corrente ampliativa, 3.2. Corrente contrária à cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre parcelas pagas, 3.2.1. Jurisprudência que corrobora a corrente restritiva; 4. Conclusões; 5. Referências bibliográficas.

1. A REVISÃO CONSTITUCIONAL

Desde 1989 existe lei referente às contribuições previdenciárias decorrentes de sentenças proferidas na Justiça do Trabalho. O art. 12 da Lei nº 7.787, de 30.06.89, dispôs: *“em caso de extinção dos processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de qualquer pagamento de vencimentos, remuneração, salário e outros ganhos habituais do trabalhador, o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social será efetuado in continenti”*

Sobreveio a Lei nº 8.212/91, que, em seu artigo 43, parágrafo único, estabeleceu, de forma clara: *“Nas sentenças judiciais ou nos acordos homologados em que não figurarem, discriminadamente, as parcelas legais relativas à contribuição previdenciária, esta incidirá sobre o valor total apurado em liquidação de sentença ou sobre o valor do acordo homologado”* (redação da Lei nº 8.620/93).

Igualmente, o **caput** do art. 44, do mesmo diploma legal, determinou competir à autoridade judiciária velar pelo *“fiel cumprimento do disposto no artigo anterior, inclusive fazendo expedir notificação ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, dando-lhe ciência dos termos da sentença ou do acordo celebrado”* (redação da Lei nº 8.620/93).

A par do acirrado debate sobre a constitucionalidade, vinha grande parcela da magistratura do trabalho reconhecendo a incompetência da Justiça do Trabalho para determinar esses descontos ao INSS.

O Excelso STF, então, acabou reconhecendo, ao julgar recurso extraordinário, a competência dessa Justiça Especializada, em aresto de lavra do Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello (Informativo 210/00 do E. STF).

Finalmente a Emenda Constitucional 20/98, cuja inconstitucionalidade não foi reconhecida (embora doutrinariamente sugerida), introduziu o parágrafo 3º no art. 114 da Constituição da República Federativa do Brasil, dizendo competir à Justiça do Trabalho, ainda, *“executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”*.

Daí para frente acirrou-se ainda mais o debate sobre este tema tão controvertido.

* Juiz do Trabalho e Assessora no TRT da 9ª Região.

2. CONTROVÉRSIA SOBRE A AMPLITUDE

Os juízes, servidores e as partes tiveram, e têm, muita dificuldade em lidar com este outro tipo de cobrança: diferente em prazo, época própria, base de incidência, etc.

O fato é que a determinação de cobrança previdenciária não se insere como mera atividade judiciária, de caráter administrativo a cargo das Varas do Trabalho. Trata-se de típica atividade jurisdicional, presente lide a ser composta, sem conteúdo complementar de ordem pública que a lei faz constar da sentença. Fosse diferente, a Emenda Constitucional nº 20/98 não teria disposto de forma clara acerca de “competência” ou o art. 876 da CLT, em seu parágrafo único, não teria se referido a créditos previdenciários devidos em decorrência de “decisão” proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho.

Daí decorre a dúvida: a Justiça do Trabalho só pode determinar o recolhimento de contribuições incidentes sobre verbas resultantes da sentença ou pode, também, além disso, cobrar contribuições incidentes sobre parcelas já pagas ao longo de vínculo empregatício que reconhece judicialmente? Sobre isso, grande é a polêmica doutrinária e jurisprudencial.

3. A RELAÇÃO DE EMPREGO RECONHECIDA EM JUÍZO

3.1. Corrente favorável à cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre parcelas pagas

Na Seção Especializada do E. TRT da 9ª Região a matéria já é pacífica quanto à competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições incidentes sobre salários pagos durante pacto contratual reconhecido em juízo.

Nesse sentido, sua Orientação Jurisprudencial nº 14 da Seção Especializada do E. TRT da 9ª Região: “**CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS. MONTANTE A SER CONSIDERADO NO CÁLCULO.** Em se tratando de condenação advinda de vínculo empregatício, o cálculo da dedução previdenciária do crédito do empregado, no limite de sua cota, far-se-á sobre as parcelas reconhecidas, judicialmente, mês a mês, e sobre valores pagos no período, de acordo com as tabelas então vigentes, observando-se a incidência sobre as verbas próprias (artigo 832, § 3º, da CLT, com redação da Lei n.º 10.035/2000). Já as deduções fiscais, deverão ser efetuadas ao final, sobre o total, incluídos juros de mora (art. 56 do Decreto n.º 3.000/99), com exceção das verbas não abrangidas pelos respectivos descontos, ou seja, verbas indenizatórias e previdenciárias” (grifo nosso).

Sergio Pinto Martins é incisivo ao comentar a hipótese de a Justiça do Trabalho proferir sentença meramente declaratória de vínculo de emprego entre as partes e sem condenação do empregador ao pagamento de verbas trabalhistas. Diz serem devidas as respectivas contribuições previdenciárias e explica: “Nesse caso, elas são devidas pelo fato de que o vínculo de emprego foi reconhecido e deveria a empresa ter recolhido as contribuições previdenciárias de todo o período trabalhado pelo empregado. Logo, elas serão executadas na Justiça do Trabalho, pois decorrem da sentença proferida por esta Especializada”¹.

Também Paulo Gustavo Amarante Merçon defende essa mesma posição, discorrendo sobre o principal efeito da sentença (meramente declaratório) e o seu efeito anexo (declaratório/condenatório das contribuições previdenciárias).

Este doutrinador é didático quando ensina que o efeito principal da tutela jurisdicional declara a preexistência da relação de emprego e do fato gerador dos créditos previdenciários (pagamento presumido dos salários, ao longo do contrato, nas épocas próprias respectivas).

1. MARTINS, Sergio Pinto. Execução da contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2001. p. 34.

Logo, continua, o efeito anexo condena o empregador ao recolhimento das contribuições, legitimando-se, a partir daí, a execução de que trata o § 3º do art. 114 da CF.

Explicita: "**O efeito principal da sentença declaratória de vínculo tem eficácia preponderante declaratória da relação de emprego, mas, após a EC 20/98, tem também eficácia declaratória dos fatos geradores das contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários pagos no curso do contrato.**

Aquela sentença produz também, após a vigência do § 3º do art. 114 da Lei Maior, efeito anexo condenatório das contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários pagos ao longo do contrato"².

E Antônio Álvares da Silva arremata, fundamentando que a contribuição devida à seguridade social não muda sua natureza jurídica por ser concomitante ou anterior à sentença. E lembra: o objetivo do legislador foi combater a sonegação e não pode haver aqui qualquer raciocínio comodista e restritivo³.

Lembre-se, a respeito, o § 7º do art. 276 do Decreto nº 3.048/99, que até agora não foi declarado inconstitucional, que dispõe: "*Se da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante, para todo o período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenham sido reclamadas na ação, tomando-se por base de incidência, na ordem, o valor da remuneração paga, quando conhecida, da remuneração paga a outro empregado de categoria ou função equivalente ou semelhante, do salário normativo da categoria ou do salário mínimo mensal, permitida a compensação das contribuições patronais eventualmente recolhidas*" (parágrafo incluído pelo Decreto nº 4.032, de 26.11.2001).

Por fim, registre-se o que consta do art. 135, II, da Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18 de dezembro de 2003 (DOU 24.12.03)⁴:

"Art. 135. Decorrem créditos previdenciários das decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais do Trabalho que: (...)II - reconheçam a existência de vínculo empregatício entre as partes, declarando a prestação de serviços de natureza não-eventual, pelo empregado ao empregador, sob a dependência deste e mediante remuneração devida, ainda que já paga à época, no todo ou em parte, e determinando o respectivo registro em CTPS".

3.1.1. Jurisprudência que corrobora a corrente ampliativa

A Seção Especializada do E. TRT do Paraná (9ª Região), no AP 826/02, em acórdão da lavra do co-autor deste (Rel. Desig Juiz Luiz Eduardo Gunther), de nº 27.898/02, publicado no DJPR de 06.12.02, deixou assente que a competência da Justiça do Trabalho para a cobrança de contribuições previdenciárias relativas a verbas pagas durante vínculo de emprego reconhecido judicialmente. Com base na doutrina de Paulo Gustavo de Amarante Merçon, salientou que o art. 114, § 3º, da CF confere efeito anexo condenatório ao reconhecimento judicial de relação de emprego, independentemente de o fato gerador o preceder.

2. MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. A sentença trabalhista e o efeito anexo condenatório das contribuições previdenciárias. Revista Síntese Trabalhista. n. 157. Porto Alegre: Síntese, Julho/2002, p. 37-38.

3. SILVA, Antônio Álvares da. A Justiça do Trabalho e o Recolhimento de Contribuições Previdenciárias. São Paulo: LTR, 1999, p. 69.

4. A Instrução Normativa MPS/INSS-DC nº 103/04 (DOU 25.02.04) prorrogou para o dia 1º de abril de 2004 o início de vigência desta instrução, sob a justificativa da necessidade de adequação dos sistemas informatizados às inovações dela advindas.

O C. TST, por sua 4ª Turma, no RR-478-2002-041-24-40, de Relatoria do Exmo. Ministro Ives Gandra Martins Filho (DJ 21.11.03) também já se manifestou neste sentido, salientando que mesmo se a decisão trabalhista tenha se limitado a reconhecer o vínculo empregatício, com efeito meramente declaratório, a competência é desta Justiça Especializada para executar a contribuição incidente sobre as parcelas pagas no curso da relação de emprego.

Explicou o Exmo. Ministro Relator: “ *se houve anotação na CTPS, como consequência da decisão trabalhista, são devidas as contribuições previdenciárias decorrentes do reconhecimento desse vínculo, na esteira do disposto no art. 114, § 3, da Constituição Federal. É irrelevante que a decisão judicial não tenha estabelecido o pagamento de verbas salariais propriamente ditas em razão dessa anotação, pois a simples declaração do vínculo já basta para caracterizar a obrigação previdenciária, cobrável judicialmente perante esta Justiça Especializada*”.

Esta decisão deixa certo, portanto, que a identificação do fato gerador do débito previdenciário perante a Justiça Trabalhista é o reconhecimento judicial do vínculo do qual derivam os salários.

A mesma 4ª Turma do C. TST, no RR-33940-2002-900-24-00, de relatoria do Exmo. Ministro Antônio José de Barros Levenhagen (DJ 14.03.03), analisando acordo onde se firmou o reconhecimento do vínculo empregatício, também destacou esta mesma competência material para determinar a incidência da contribuição previdenciária nos moldes do art. 195, I, “a”, da Constituição Federal de 1988.

Também a 3ª Turma do C. TST, no RR-490-2001-003-24-40, em acórdão da lavra do Exmo. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (DJ 24.10.03) adota o mesmo posicionamento. Prestigiando a necessidade de se atribuir à norma constitucional a máxima eficácia, a decisão é de clareza solar quando declara que, independentemente da existência de condenação em verbas, compete à Justiça do Trabalho a execução, de ofício, de contribuições previdenciárias decorrentes de sentença declaratória de reconhecimento de vínculo de emprego e que determina a anotação da CTPS.

Em outro acórdão, explicou que a frase “*sentenças que proferir*”, inserida no texto constitucional (art. 114, § 3º da CF), também abarca acordo homologado pelo juiz trabalhista e, neste sentido, constando reconhecimento do vínculo empregatício com efeito meramente declaratório em qualquer destas modalidades o Juízo está obrigado a executar, de ofício, as contribuições previdenciárias daí decorrentes, conforme o disposto no art. 330, inciso I, do CPC, nos moldes do art. 195, I, “a”, da Constituição Federal⁵.

Perante esta mesma 3ª Turma do C. TST outro julgado, de abrangência ímpar, da lavra da Exma. Juíza Convocada, Dra. Wilma Nogueira de A. Vaz da Silva, no RR-609-2002-003-24-00 (DJ 29.08.03), não deixa qualquer dúvida sobre o assunto. Sublinha que a decisão ou acordo homologado que reconhece a relação de emprego faz gerar a obrigação tributária, na medida em que, automaticamente, identifica a ocorrência do fato gerador, na forma do art. 142 do Código Tributário Nacional, pois a Lei nº 8.212/91 diz, no seu art. 12, I, que o empregado é segurado obrigatório da previdência social e, nessa condição, deve cooperar considerando o seu salário de contribuição. Com base no art. 114 do Código Tributário Nacional, que estabelece como fato gerador da obrigação principal a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, aponta como tal o reconhecimento da relação de emprego.

5. TST-RR-609-2002-003-24-00. 3ª T. Relª. Juíza Convocada Wilma Nogueira de A. Vaz da Silva. DJ 29.08.03.

Esta decisão é bem didática ao fazer entender que o pagamento de salário é fato salutar decorrente de lei, porque presume-se a prestação de serviços profissionais sempre remunerada, e que o sistema tributário adota o regime de caixa, e não o de competência. Neste passo, ao ser declarada a relação de emprego, surge a obrigação de contribuir com a previdência, estando o juiz autorizado a fazer o lançamento respectivo.

Da ementa deste acórdão constou: *"No atual sistema legislativo, esta autorização não constitui prerrogativa exclusiva da autoridade administrativa, parágrafo único do art. 142, alcançando o Magistrado em matéria previdenciária, conforme estabelece o art. 43 da Lei nº 8212/91. Este dispositivo impõe ao juiz do trabalho, sob pena de responsabilidade, determinar o imediato recolhimento das importâncias devidas à previdência nas ações que resultarem pagamento de direitos"*.

Por fim, a partir de uma leitura do art. 876, parágrafo único, da CLT, em cotejo com o art. 114, § 3º, da CF, aponta como incontestável a competência da Justiça do Trabalho para executar contribuição previdenciária decorrente de salários pagos durante a relação de emprego reconhecida em juízo.

3.2. Corrente contrária à cobrança de contribuições previdenciárias incidentes sobre parcelas pagas

O Exmo. Ministro João Oreste Dalazen⁶, quando fala da sentença meramente declaratória da existência ou da inexistência de vínculo empregatício, ou no caso de sentença que se cinge a condenar à obrigação (de fazer) de anotar a CTPS do reclamante, traduz o seguinte pensamento: *"não se inscreve na competência da Justiça do Trabalho a execução das contribuições previdenciárias correspondentes ao tempo de serviço, seja como empregado, seja como autônomo"*. Faltaria, por absoluta impossibilidade, segundo o Ministro, a menção à *"natureza jurídica das parcelas constantes da condenação"*, assim como *"o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária"*, a que alude a lei para o exercício dessa competência.

Para efeito da competência outorgada pelo § 3º do art. 114 da Constituição da República, continua, o fato gerador da contribuição previdenciária seria o pagamento de parcelas salariais resultantes de sentença condenatória. Por isso, o que é essencial, a seu ver, é a condenação em parcelas de natureza salarial, sobre as quais, especificamente, pode ocorrer a cobrança executiva pela Justiça do Trabalho.

Nesse particular está acompanhado de José Eduardo de Resende Chaves Júnior⁷, que, peremptoriamente, critica Paulo Gustavo Amarante Merçon, dizendo que há, em seu raciocínio, um verdadeiro contra-senso quando se utiliza do conceito de efeito anexo para negar-lhe a sua característica mais essencial, que é justamente o de distinguir-se da força própria da sentença. Alega: *"Ao que parece, o brilhante Juiz do Trabalho de Minas Gerais está a confundir o fato de o legislador possuir livre anexação das sentenças, com a mutação da natureza da eficácia da decisão. Ou seja, ainda que o legislador confira explicitamente efeito anexo à sentença, tal não importa em tornar esse efeito em força própria da decisão, com eficácia executiva autônoma"*⁸. Sustenta, assim, que a força executiva própria da sentença trabalhista limita-se aos créditos laborais.

6. DALAZEN, João Oreste. Controvérsias sobre a execução de contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho. Revista LTr. v. 67. n. 4. São Paulo: LTr, 2003. p. 404-407.

7. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Perfil da novel competência fiscal trabalhista. Natureza do título que funda a execução fiscal na Justiça do Trabalho. In: Execução Previdenciária na Justiça do Trabalho. Belo Horizonte: Del Rey e TRT da 3ª Região, 2003. p. 38-39.

8. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Perfil da novel competência fiscal trabalhista. Natureza do título que funda a execução fiscal na Justiça do Trabalho. In: Execução Previdenciária na Justiça do Trabalho. Belo Horizonte: Del Rey e TRT da 3ª Região, 2003. p. 38-39.

Nesse mesmo sentido, Fábio Eduardo Bonisson Paixão, explicando que “se a sentença trabalhista declaratória de vínculo de emprego ou autônomo não vincula a Previdência, não há qualquer razão para a execução das contribuições previdenciárias relativas aos valores pagos no curso da relação havida entre as partes”⁹.

Para esse autor, reconhecido vínculo empregatício judicialmente, a Justiça do Trabalho apenas deve expedir ofício ao INSS comunicando o período da relação autônoma ou de emprego para que a fiscalização apure o débito previdenciário; peça a inscrição na dívida ativa; e proceda à execução fiscal junto à Justiça Federal.

Outro autor de peso que se mostra contrário à competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições incidentes sobre verbas pagas ao longo de vínculo empregatício reconhecido judicialmente é Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁰.

3.2.1. Jurisprudência que corrobora a corrente restritiva

Diferentemente de duas de suas Turmas (3ª e 4ª) a SBDI I do C. TST tem posição diametralmente oposta. No ERR 423118/98, onde atuou como Relator o Exmo. Ministro João Oreste Dalazen (DJ 03.10.03), invocando-se o art. 114, § 3º, da Constituição Federal, combinado com o art. 876, parágrafo único, da CLT, e § 3º do art. 832 da CLT, estes acrescentados pela Lei nº 10.035/00, ficou dito que a competência outorgada à Justiça do Trabalho, quanto às contribuições previdenciárias, cinge-se àquelas resultantes de condenação à obrigação de pagar parcela integrante do salário de contribuição, ou quando algum pagamento de tal natureza resultar de acordo homologado. A decisão ainda salientou: “Não se cuidando de litígio de natureza trabalhista, mas previdenciária, e incumbindo ao INSS, único credor das contribuições previdenciárias, promover a respectiva cobrança judicial perante a Justiça Federal, após inscrição em dívida ativa, viola o art. 114 da Constituição Federal acórdão de Turma do TST que reconhece a competência material da Justiça do Trabalho, no caso”.

Perante a 1ª Turma do C. TST também é encontrado este mesmo entendimento. No RR-280-2002-041-24-00, relatado pela Exma. Juíza Convocada, Dra. Eneida Melo (DJ 21.11.03) destacou-se: “A competência da Justiça do Trabalho, no tocante à contribuição previdenciária, restringe-se à cobrança das contribuições previdenciárias oriundas das sentenças trabalhistas que tiverem por objeto provimento de natureza condenatória ou homologatória, contendo parcelas salariais”. Deixa certo, portanto, que, não abrange a execução de débito previdenciário advindo de parcelas salariais pagas no transcurso do contrato de trabalho, na época própria e sem intervenção judicial, ainda que o vínculo empregatício tenha sido reconhecido somente em juízo.

4. CONCLUSÕES

4.1. Precedida pelas Leis nº 7.787, de 30.06.89 e 8.212/91, com redação da Lei nº 8.620/93; e de decisão do E. STF (Informativo 210/00 do E. STF), veio a Emenda Constitucional 20/98, que introduziu o parágrafo 3º no art. 114 da CF, dizendo competir à Justiça do Trabalho “executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”.

9. PAIXÃO, Fábio Eduardo Bonisson. As contribuições previdenciárias e a competência da Justiça do Trabalho - Emenda Constitucional n. 20/98 e a Lei 10.035/2000. In: Execução previdenciárias na Justiça do Trabalho. Belo Horizonte: Del Rey e TRT da 3ª Região, 2003. p. 51

10. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Inconstitucionalidade e ilegalidades do art. 276, § 7º, do Regulamento da Previdência Social (acrescentado pelo Decreto nº 4.032/2001). In: RDT - Revista de Direito do Trabalho. Ano 09. nº1. Brasília: Consulex, 31.01.03. p. 21-24.

4.2. Muitos são os questionamentos sobre o alcance da reforma constitucional e, dentre os principais, repousa a seguinte dúvida: a Justiça do Trabalho só pode determinar o recolhimento de contribuições incidentes sobre verbas resultantes da sentença ou pode, também, além disso, cobrar contribuições incidentes sobre parcelas já pagas ao longo de vínculo empregatício que reconhece judicialmente?

4.3. Entre os doutrinadores que apoiam a competência da Justiça do Trabalho para executar contribuições incidentes sobre salários pagos durante pacto contratual reconhecido em juízo, podemos citar Sergio Pinto Martins¹¹; Paulo Gustavo Amarante Merçon¹² e Antônio Álvares da Silva¹³. Em termos legais, além do art. 114§ 3º da CF e Lei nº 10.035/00, são invocados o § 7º do art. 276 do Decreto nº 3.048/99 e o art. 135, II, da Instrução Normativa INSS/DC nº 100, de 18 de dezembro de 2003 (DOU 24.12.03). E, por fim, a jurisprudência: a) OJ nº 14 da SE do E. TRT/9ª Região; TRT-PR-AP 00826-2002. Rel. Desig Juiz Luiz Eduardo Gunther. Ac. nº 27.898/02. DJPR 06.12.02; TST-RR-478-2002-041-24-40. 4ª T. Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho (DJ 21.11.03); TST-RR-33940-2002-900-24-00. 4ª T. Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen (DJ 14.03.03); TST-RR-490-2001-003-24-40. 3ª T. Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula. DJ 24.10.03 e TST-RR-609-2002-003-24-00. 3ª T. Relª. Juíza Convocada Wilma Nogueira de A. Vaz da Silva. DJ 29.08.03;

4.4. Defendem que não se inscrevem na competência da Justiça do Trabalho a execução de contribuições previdenciárias decorrentes de sentenças meramente declaratórias da existência ou da inexistência de vínculo empregatício, ou no caso de sentenças que se cingem a condenar à obrigação (de fazer) de anotar CTPS: o Exmo. Ministro João Oreste Dalazen¹⁴, José Eduardo de Resende Chaves Júnior, Fábio Eduardo Bonisson Paixão e Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁵. Os textos legais que invocam são os seguintes: art. 114, § 3º, da Constituição Federal, combinado com o art. 876, parágrafo único, da CLT, e § 3º do art. 832 da CLT, estes acrescentados pela Lei nº 10.035/00. Jurisprudencialmente, têm o respaldo das seguintes decisões: a) ERR-423118/98. Rel. Min. João Oreste Dalazen. DJ 03.10.03; TST-RR-280-2002-041-24-00- 1ª T. Relª. Juíza Convocada Eneida Melo. DJ 21.11.03;

4.5. Nossa posição tem sido a de reconhecer ampla a competência da Justiça do Trabalho, alinhando-nos com aquele entendimento da Seção Especializada do E. TRT da 9ª Região. Entretanto, reconhecemos a necessidade de o C. TST, ou o E. STF, urgentemente, pacificar a acirrada polêmica em torno deste assunto. Chamamos a atenção para o fato de que esta matéria é sempre suscitada na execução, contribuindo, assim, sensivelmente, para a sua já indiscutível morosidade. Um pronunciamento sumulado ou inserido em orientação jurisprudencial certamente irá reverter em benefício das próprias partes, de modo a priorizar, ainda, a celeridade e a economia processual.

-
11. MARTINS, Sergio Pinto. Execução da contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2001. p. 34.
 12. MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. A sentença trabalhista e o efeito anexo condenatório das contribuições previdenciárias. Revista Síntese Trabalhista. n. 157. Porto Alegre: Síntese, Julho/2002. p. 37-38.
 13. SILVA, Antônio Álvares da. A Justiça do Trabalho e o Recolhimento de Contribuições Previdenciárias. São Paulo: LTr, 1999. p. 69.
 14. DALAZEN, João Oreste. Controvérsias sobre a execução de contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho. Revista LTr. v. 67. n. 4. São Paulo: LTr, 2003. p. 404-407.
 15. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Inconstitucionalidade e ilegalidades do art. 276, § 7º, do Regulamento da Previdência Social (acrescentado pelo Decreto nº 4.032/2001). In: RDT - Revista de Direito do Trabalho. Ano 09. nº1. Brasília: Consulex, 31.01.03. p. 21-24.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Perfil da novel competência fiscal trabalhista. Natureza do título que funda a execução fiscal na Justiça do Trabalho.** In: Execução Previdenciária na Justiça do Trabalho. Belo Horizonte: Del Rey e TRT da 3ª Região, 2003.
- DALAZEN, João Oreste. **Controvérsias sobre a execução de contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho.** Revista LTr. v. 67. n. 4. São Paulo: LTr, 2003.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Inconstitucionalidade e ilegalidades do art. 276, § 7º, do Regulamento da Previdência Social (acrescentado pelo Decreto nº 4.032/2001).** In: RDT - Revista de Direito do Trabalho. Ano 09. nº1. Brasília: Consulex, 31.01.03.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Execução da contribuição previdenciária na Justiça do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2001.
- MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. **A sentença trabalhista e o efeito anexo condenatório das contribuições previdenciárias.** Revista Síntese Trabalhista. n. 157. Porto Alegre: Síntese, Julho/2002.
- PAIXÃO, Fábio Eduardo Bonisson. **As contribuições previdenciárias e a competência da Justiça do Trabalho - Emenda Constitucional n. 20/98 e a Lei 10.035/2000.** In: Execução previdenciárias na Justiça do Trabalho. Belo Horizonte: Del Rey e TRT da 3ª Região, 2003.
- SILVA, Antônio Álvares da. **A Justiça do Trabalho e o Recolhimento de Contribuições Previdenciárias.** São Paulo: LTr, 1999.

DO CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO, NA REDAÇÃO DA LEI N.º 10.803/2003

Guilherme Guimarães Feliciano*

I. INTRODUÇÃO

Em 11 de dezembro de 2003, foi promulgada a Lei n. 10.803/2003 (D.O.U. 12.12.2003), que “altera o art. 149 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, para estabelecer penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo”. Com as alterações e os acréscimos da indigitada lei, o artigo 149 do Código Penal brasileiro passou a ter a seguinte redação:

“**Art. 149.** Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

“§1º. Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

“§2º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”.

É certo que o novel diploma introduziu inovações importantes para o tratamento jurídico-penal do trabalho escravo no Brasil, como anotaram alguns autores¹. Arigor, qualquer

* Juiz do Trabalho (15ª Região - Campinas/SP), professor universitário (Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté) e doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Legislativa e da Comissão de Prerrogativas da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Diretor para Assuntos Legislativos da ANAMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2003-2005. Membro da Subcomissão de Trabalhos do Meio Científico do Conselho Técnico da EMATRA-XV (Escola da Magistratura do TRT da 15ª Região) para a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (órgão científico vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), de cujo Boletim foi editor-chefe entre 1997 e 2002. Autor de monografias jurídicas (Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia, LTr, 2000; Informática e Criminalidade, Nacional de Direito, 2001; Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho, LTr, 2001). Palestrante e articulista em Direito Penal e Direito e Processo do Trabalho. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

1. Cfr., por todos, Ney Moura Teles, *Direito Penal: parte especial*, São Paulo, Atlas, 2004, v. II, p. 302 (separata): “A redação original do art. 149 levava a enormes dificuldades para a verificação da tipicidade do fato, exigindo-se, então, que o agente realizasse condutas que, em seu conjunto, impusessem à vítima a modificação de seu estado de liberdade, alterando seu estado de liberdade natural de ser humano livre, de modo que se assemelhasse ao estado de fato de um verdadeiro escravo, sem o poder de decidir sobre seus destinos. (...) Com a nova redação do art. 149, dada pela Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003, as dificuldades ficam minimizadas, senão que desaparecem”.

especialização do tipo penal seria bem-vinda, diante da lacônica redação original do artigo 149 do CP². Ademais, os números alarmantes da escravidão contemporânea no Brasil à marca aproximada de 25 mil trabalhadores em 2003³ exigiam medidas legislativas ingentes no sentido de recrudescer os dispositivos de repressão e aperfeiçoar os mecanismos de prevenção. A Lei 10.803/2003 teve-se, infelizmente, apenas à primeira providência; mas, de todo modo, ao menos nisso avançou.

Nada obstante, superada a euforia de sua promulgação, conclui-se, pelo exame mais detido, que o novo texto legal peca por omissões, senão por impropriedade. É o que se demonstrará a seguir.

II. DAS INOVAÇÕES EM RELAÇÃO À PARTE ESPECIAL DE 07.12.1940

No preceito primário do artigo 149, o legislador cuidou de *especificar* as condutas que configuram o crime de redução a condição análoga à de escravo (o *plágio*), imprimindo concreção conceitual ao que antes não passava de uma *noção*. Com efeito, os autores divergiam sensivelmente na exegese do preceito original, dada a imprecisão de seu texto. Para alguns, apenas se consumava o crime quando o sujeito ativo anulava totalmente a liberdade humana da vítima reduzindo-o à condição de coisa, “como o escravo da velha Roma”, e exercendo sobre ela completo senhorio e domínio⁴. Outros, antecipando a grave mazela social que as estatísticas atuais denunciavam, já identificavam o delito na conduta de tratar indivíduo, em uma fazenda, como se escravo fosse, impedindo-o de deixá-la e privando-o de salários⁵ (o que não significa exercer “completo senhorio e domínio” sobre a pessoa, desde que haja relativa liberdade nos lindes da própria fazenda, sem disciplina de cárcere). Magalhães Noronha admitia a configuração do crime mesmo em uma vida de conforto e ócio⁶, como na venda de uma filha à pessoa que mantivesse harém clandestino (escravidão sexual). O tipo serviria ainda à subsunção penal da conduta consistente em comprar e vender pessoa humana, à míngua de norma penal específica (que, prevista no Anteprojeto de Código Penal de Nelson Hungria artigo 156, par. único⁷, acabou não vingando, como todo o resto). Outros ainda vinculavam o delito à prestação de trabalhos forçados, como na escravidão negra do Brasil Colônia e do Brasil Império⁸. Enfim, tratava-se de *tipo penal aberto*, cabendo ao intérprete da lei determinar, segundo suas impressões e seu

2. “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo: Pena reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos”.

3. Cfr. carta aberta da Comissão Pastoral da Terra (Coordenação da Campanha contra o Trabalho Escravo) ao Governo Federal, de 10.05.2003, in <http://www.dominicanos.org.br/jp/escravo.htm> (acesso em 02/2004). Há, porém, projeções mais alarmantes: “Dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT) revelam estimativas de que o Brasil tem, atualmente, cerca de 15 mil trabalhadores escravos [em 2002]. Nos últimos três anos, os números aumentaram em dez vezes. Em 2000 era de 465 o número conhecido de pessoas utilizadas no regime de escravidão. Segundo o setor de documentação da CPT, de janeiro até o início do mês de novembro deste ano, 4.312 casos foram registrados. No âmbito urbano, os dados também são assustadores. Registros da Pastoral do Migrante de São Paulo são de que moram 350 mil pessoas de forma clandestina na cidade e, destas, 120 mil desenvolvem atividades análogas à escravidão. No exterior também há casos de brasileiros trabalhando como escravos. É o caso do Suriname, onde cerca de 40 mil paraenses e maranhenses vivem de forma subumana, trabalhando 12 horas por dia e sem nenhum direito” (Evanize Sydow, “Decuplicam casos de trabalho escravo no Brasil nos últimos três anos” g.n.). Cfr. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos (sitio), in <http://www.social.org.br/relatorio2002/relatorio012.htm> (acesso em 02/2004).

4. Paulo José da Costa Jr., *Direito Penal: curso completo*, 7a ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p.303.

5. A. J. da Costa e Silva, “Plágio”, in *Justitia* (órgão da Procuradoria-Geral de Justiça/Associação Paulista do Ministério Público) n. 39, p.11.

6. E. Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1969, v. 2, p.165. In verbis: “Não é preciso também a inflição de maus tratos ou sofrimento ao sujeito passivo. Mesmo a vida de conforto e ócio pode concretizar o delito: v.g., a venda de uma filha ao harém de um sultão”.

7. “Na mesma pena incorre quem realiza contrato de compra e venda de pessoa humana”. A rigor, tratar-se-ia de “contrato” nulo de pleno direito, por ter objeto ilícito ou, mais adequadamente, contrato inexistente, por ausência de objeto (o ser humano é, por definição natural e positiva, sujeito de direitos).

8. Cfr. a referência a essa idéia em E. Magalhães Noronha, op.cit., p.164: “Já se falou que o delito se cifra na sujeição total de um homem a outro. Quase sempre o fim será a prestação de trabalhos”.

substrato cultural, o que fosse “condição análoga à de escravo”. De toda feita, o preceito era geralmente útil ao combate da escravidão contemporânea, desde que a sua exegese e aplicação coubessem a bons juizes e promotores⁹.

Com a Lei 10.803/2003, o legislador recompôs esse estado de direito, convolvando em tipo penal fechado a *fattispecie* do artigo 149 do Código Penal, para cerrar a noção em um conceito bem específico e, em nossa opinião, “fechando-o” até demais (*infra*, tópico III). Com a vigência da lei, a redução da pessoa a condição análoga à de escravo passa a exigir, de quatro, uma das seguintes condutas (*modos de execução*): **a.** sujeição da vítima a trabalhos forçados; **b.** sujeição da vítima a jornada exaustiva; **c.** sujeição da vítima a condições degradantes de trabalho; **d.** restrição, por qualquer meio, da locomoção da vítima em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto. Passa-se a ter, portanto, um **crime de forma vinculada alternativa**¹⁰ (antes era crime de forma livre¹¹), o que pode representar, para alguns condenados, *abolitio criminis* de viés, passível de retroação (artigo 5º, XL, 2ª parte, da CRFB). E, a par disso, a doutrina tende a continuar exigindo como não poderia deixar de ser “que (...) a vítima seja colocada numa situação de absoluta submissão aos desejos do agente”, pois “ai passa a experimentar uma condição semelhante à do escravo histórico, que não tinha personalidade, que era uma coisa e como tal trabalho, objeto de contrato de alienação ou de empréstimo, desrespeitado no seu direito de ir e de vir, no direito de ter sua integridade física e moral intocados, enfim, sem qualquer possibilidade de se autodeterminar”¹². Noutras palavras, a discussão acaba sendo reconduzida ao estado anterior: o que é, concretamente, redução a condição análoga à de escravo? A definição entreabre-se, outra vez, às múltiplas convicções dos operadores jurídicos com a diferença de que, agora, uma situação de mitigação inegável do *status libertatis* (e.g., o caso da jovem “vendida” a luxuoso harém clandestino) não será plágio se não se verificarem algum dos quatro modos de execução recém-tipificados, como também não será plágio a realização de uma ou mais dessas condutas, “sem que, com qualquer dessas condutas resulte a redução do *status libertatis* da vítima, com sua conversão ao estado análogo ao de escravo”¹³.

No tocante ao preceito secundário (pena), a Lei 10.803/2003 agravou ligeiramente a situação anteriormente dada. Antes, cominava-se apenas a pena reclusiva de dois a oito anos, sem multa. Agora, há **multa cumulativa**, que deverá ser calculada na forma dos artigos 49, *caput* e §§ 1º e 2º, e 60, *caput* e §1º do CP, *ut* artigo 58, *caput*, do mesmo diploma. A par disso, o novo preceito secundário ressalva, expressamente, a pena correspondente à violência. Assim, entendendo-se que o crime pode ser executado mediante violência, ameaça ou fraude (que são *meio* de execução, e não *modo*, esse sim vinculado), é certo que o delito de plágio absorve os crimes-meio cujos conteúdos sejam a ameaça (e.g., artigo 147 do CP) e a fraude (e.g., artigo 175, I, do CP), por força do princípio hermenêutico da consunção; por outro lado, à mercê da nova redação, aquele delito **não absorve** crimes-meio

9. Reconheceu-se delito de plágio, e.g., na prática do truck-system (endividamento de trabalhadores em armazéns da própria fazenda) aliada à sujeição de trabalhadores rurais a serviços pesados e extraordinários (RT 484/280).

10. “São crimes de forma vinculada aqueles em que a lei descreve a atividade de modo particularizado. Ex.: art. 284. Nesse caso, o legislador, após definir de maneira genérica a conduta, especifica a atividade de modo particularizado. (...) A formulação vinculada ou casuística pode ser: a) cumulativa; b) alternativa. (...) O crime é de forma vinculada alternativa quando o tipo prevê mais de um núcleo, empregando a disjuntiva “ou”, como acontece nos arts. 150, *caput*, 160, 161, 164 etc.” (Damásio E. de Jesus, *Direito Penal: parte geral*, 25a ed., São Paulo, Saraiva, 2002, 1o v., pp.212-213). In casu, o legislador rompeu com a tradição do Código, utilizando a disjuntiva “quer”.

11. Cfr., sobre a redação original: “Nossa lei não se preocupa com os meios de que o agente lança mão. Pode dar-se pelo seqüestro, mas nada impede que a consecução da submissão do sujeito passivo se faça por violência, ameaça ou fraude” (E. Magalhães Noronha, *op.cit.*, p.164).

12. Ney Moura Teles, *op.cit.*, p.302.

13. *Idem*, *ibidem*.

cujos conteúdos sejam a **violência**, ao contrário do que antes se entendia¹⁴. Assim, com a nova lei, todo e qualquer ato de violência empregado para reduzir o sujeito passivo a condição análoga à de um escravo passa a ter *relevância penal necessária*, perdendo a qualidade contextual de *antefactum* impunível¹⁵. Bem ao contrário, a norma preordena o *concurso material*, consoante artigo 69 do CP, com *acréscimo* das penas correspondentes ao ato de violência, se formalmente típico (o que alcança, em tese, desde as vias de fato do artigo 21 da Lei de Contravenções Penais até as lesões corporais gravíssimas, o estupro, o atentado violento ao pudor e outros ilícitos¹⁶).

Enfim, a Lei 10.803/2003 introduziu três hipóteses de plágio por assimilação (artigo 149, §1º, I e II) e duas causas de aumento de pena (artigo 149, §2º, II), antes inexistentes. As figuras típicas assimiladas ao *caput* exigem, todas, o dolo específico (elemento subjetivo do injusto), a saber, o fim de *reter* as vítimas no local de trabalho. Só haverá assimilação se houver, pelo sujeito ativo, essa *especial intenção* que deve motivar as condutas típicas (o cerceamento do uso de meios de transporte pelos trabalhadores, a vigilância ostensiva do local de trabalho ou a posse dos documentos e/ou objetos pessoais dos trabalhadores). Já a causa de aumento de pena tem aplicação se o crime de plágio é cometido contra criança ou adolescente (sendo *crianças* as pessoas com até doze anos incompletos e *adolescentes* as pessoas de doze a dezoito anos, *ut* artigo 2º da Lei 8.069/90) ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (**plágio preconceituoso** ou **discriminatório**). Nesse derradeiro caso, há também um elemento subjetivo especial, a saber, o "*especial fim* de discriminar o ofendido por razão da *raça, cor, etnia, religião ou origem*"¹⁷, como já ocorre com a injúria preconceituosa ou discriminatória (artigo 140, §3º, do CP, *ut* Lei 9.459/97). Ainda aqui, segundo pensamos, a forma majorada absorve o crime do artigo 20 da Lei 7.716/89 (crime de prática de discriminação, inafiançável e imprescritível, *ut* artigo 5º, XLII, da CRFB, e Lei 7.716/89), porque os elementos desse último são constitutivos da condição majorante do artigo 149, §2º, II, que agrega a um ilícito mais grave. De outro modo, dar-se-ia *bis in idem* em detrimento do réu.

III. DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA NO BRASIL. OMISSÕES DA LEI 10.803/2003

Já pelos argumentos destrinchados no tópico anterior, conclui-se que, se a nova redação do artigo 149 do CP representou avanço na repressão da escravidão contemporânea no Brasil, não andou bem na redução conceitual empreendida. Por um lado, olvida diversas condutas que, no Brasil, tem sido iterativamente associadas a quadros de escravidão contemporânea. Daí as omissões. Por outro, ao transformar o delito em crime de forma

14. "O delito em questão pode concorrer com outros: raptio, estupro, lesão corporal, etc. Não, porém, com os delitos precedentes, que por eles são absorvidos" (E. Magalhães Noronha, op.cit., p.166). Cfr. ainda Ney Moura Teles, op.cit., p.303 (anterior à separata): "O constrangimento ilegal, a ameaça, o seqüestro e o cárcere privado podem ser crimes-meio ou partes, ou fases do crime-fim que é a redução à condição análoga à de escravo, o qual, por isso, absorve aquelas infrações, respondendo o agente tão-somente por este. O plágio é o mais grave dos crimes contra a liberdade pessoa, absorvendo, por isso, os demais". A redação foi mantida na separata, no que merece reparo: a partir da Lei 10.803/2003, a violência empregada no constrangimento ilegal, p. ex., será autonomamente apenada, sem absorção.

15. "Verifica-se o antefactum não punível quando uma conduta menos grave precede a uma mais grave como meio necessário ou normal de realização. A primeira é consumida pela segunda, em face do princípio *id quod plerumque accidit*. Para Grispigni, exige-se que haja ofensa ao mesmo bem jurídico e pertença ao mesmo sujeito. Em consequência da absorção, o antefato torna-se um indiferente penal" (Damásio E. de Jesus, op.cit., p.118).

16. Os dois últimos (estupro e atentado violento ao pudor) não poderiam mesmo ser absorvidos, sequer à mercê da redação original do artigo 149 do CP, porque não se encontram na linha normal de execução do crime de plágio: para reduzir alguém à condição análoga à de escravo, pode ser necessária a violência e a agressão, a depender do grau de resistência da vítima; jamais, porém, será estritamente necessário o atentado à liberdade sexual.

17. Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal: parte especial, 3a ed., São Paulo, Saraiva, 2003, pp.385-386.

vinculada alternativa, obistou a devida subsunção das outras condutas que, a rigor, conduzem à condição análoga à de escravo, e das demais que possam vir a ser engendradas pelo gênio criativo do capitalista delinqüente.

Os grupos de repressão à escravidão contemporânea têm identificado, nos últimos anos, diversos elementos indiciários da redução de pessoas a condição análoga à de escravos, notadamente nas zonas rurais. Merece particular atenção denúncia-crime conjunta do Ministério Público Federal e do Ministério Público do Trabalho, oferecida à Justiça Federal de Rondônia (3a Vara de Porto Velho)¹⁸, em que foram discriminados diversos elementos que tendem a caracterizar, hodiernamente, a escravidão no campo. Ei-los:

1. falta de pagamento de salários;
2. alojamento em condições subumanas (e.g., barracos de lona);
3. inexistência de acomodações indevassáveis para homens, mulheres e crianças (convivência promíscua);
4. inexistência de instalações sanitárias adequadas, com precárias condições de saúde e higiene (e.g., falta de material de primeiros socorros ou de fossas sépticas);
5. falta de água potável e alimentação parca;
6. aliciamento de trabalhadores de uma para outra localidade do território nacional (que, isoladamente, configura o crime do artigo 207, *caput*, do CP, com pena cominada de um a três anos e multa);
7. aliciamento de trabalhadores de fora para dentro ou de dentro para fora do país (e.g., bolivianos e outros hispano-americanos mantidos em condições análogas à de escravo em fábricas têxteis clandestinas nos grandes centros urbanos);
8. *truck-system* (os populares "barracões", que têm representado o renascimento da servidão por dívidas);
9. inexistência de refeitório adequado para os trabalhadores e/ou de cozinha adequada para o preparo de alimentos;
10. ausência de equipamentos de proteção individual e/ou coletiva;
11. meio ambiente de trabalho nocivo (selva, chão batido, animais peçonhentos, umidade etc.);
12. coação física ou moral (*vis relativa* ou *absoluta*);
13. cerceamento da liberdade ambulatoria (o direito de ir e vir é limitado pelas distâncias, pela precariedade de acesso ou pela vigilância pessoal);
14. falta de assistência média;
15. vigilância armada e/ou presença de armas na fazenda;
16. ausência de registro em CTPS.

Essas condições traduzem, com efeito, a situação de um trabalhador em regime de semi-escravidão, pois tornam a sua condição análoga à de um escravo, naquilo que era a idéia fundamental do instituto jurídico da escravidão (que ainda tinha assento, entre nós, no recém-revogado Código Comercial de 1850): a pessoa como *res*, despossuída, privada de direitos mínimos (inclusos os fundamentais) e moral ou fisicamente acuada. Tomando aquele documento (a denúncia) como contribuição doutrinária, vínhamos considerando, para fins de exercício da jurisdição trabalhista, que a presença desses elementos indiciários, na totalidade ou em maioria, seriam bastantes para a caracterização da escravidão contemporânea (e, por conseguinte, do delito de plágio *in tese*, dando ensejo à *notitia criminis* compulsória do artigo 40 do Código de Processo Penal¹⁹, além de todas as repercussões trabalhistas típicas). Agora, com a edição da Lei 10.803/2003, essa ordem de consideração torna-se mais custosa, senão

18. Autos n. 2003.41.00.003385-5 (Justiça Pública vs. José Carlos de Souza Barbeiro [fazendeiro] e Lídio dos Santos Braga [agricultor]).

19. Cfr. Guilherme Guimarães Feliciano, "Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho", in RT 805/453-459.

desautorizada, porque apenas as condições indiciárias dos itens 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10 e 14 *supra* pouco mais da metade foram contempladas (a maioria por exegese da expressão “condições degradantes de trabalho”, que é elemento normativo do tipo), e em *numerus clausus*. Visto por essa ângulo, a nova legislação antes dificulta que facilita a subsunção penal do neo-escravismo e o combate à impunidade no campo.

Deve-se ter em mente que a escravidão contemporânea ou ao menos o seu *boom* é produto lateral da chamada “globalização” da economia. Nas regiões e nos Estados brasileiros onde a agricultura está inserida mais fortemente numa economia de mercado, buscando competitividade junto aos consumidores do país e do exterior, os índices de trabalho escravo tendem a ser *maiores*: “relações de trabalho *arcaicas* e *desumanas* persistem e até são *incrementadas* em nosso modelo de desenvolvimento”²⁰, fundado no neoliberalismo econômico, na acumulação de divisas pelo *superávit* da balança comercial e na livre concorrência. Citem-se, como exemplo, os recursos que o Governo Federal injetou no processo de reflorestamento da região amazônica, à época dos governos militares pós-64, para fins industriais: o objetivo inconfesso do investimento fora o de deter o crescimento das ligas camponesas, que encarnavam a “ideologia do inimigo” (a ideologia socialista-marxista), sinalizando favoravelmente à burguesia conservadora e anti-reformista com incentivos fiscais e grandes obras de infra-estrutura. Ali, onde a empresa brasileira foi estimulada a se tornar competitiva, é onde agora grassa o trabalho escravo²¹.

Dessarte, combater adequadamente o neo-escravismo no Brasil, inclusive mediante um competente arcabouço penal, é imperativo ético e jurídico improrrogável no limiar do século XXI. Significa, a um tempo, oferecer máxima guarda aos direitos de primeira geração (a liberdade individual e seus consectários), de segunda geração (os direitos trabalhistas típicos ínsitos à Consolidação das Leis do Trabalho e à legislação correlata) e como se constata *supra* inclusive os de terceira geração (direitos de solidariedade e seus consectários, coibindo, nos efeitos, um dos aspectos mais nefastos do capitalismo tardio na era da economia globalizada). Para esse mister, conviria *reformular* a redação atual do artigo 149 do Código Penal, aperfeiçoando-a, a despeito de certo prejuízo ao sentimento de estabilidade jurídica. Se não, vejamos.

Em geral, os delitos de escravidão na legislação comparada realmente são descritos mediante tipos penais abertos. Assim é, p. ex., na Itália (artigo 600 do *regio decreto* de 19.10.1930, n. 1398 *codice penale*) e em Portugal (artigo 159º do decreto-lei 48/95 código penal), embora com penas bem mais expressivas (cinco a quinze anos, em ambos os casos). Com isso, garante-se ao operador jurídico certa margem hermenêutica para a subsunção de condutas novas que, a seu modo, conduzam a pessoa humana à condição análoga à de escravo; mas, em contrapartida, dá-se ensejo a um grau de discricionariedade judiciária²² nem sempre aconselhável. No Brasil, com a edição da Lei 10.803/2003, optou-se pela especificação dos modos de execução do delito.

A opção não é má, pois previne os arroubos de paleorrepressão ou a inação jurisprudencial que usualmente acompanhavam tipos penais excessivamente abertos, subministrando ao intérprete elementos mais palpáveis para o processo intelectual de subsunção penal. Nada obstante, teria sido mais salutar, na enumeração das condutas, atentar não apenas para a casuística nacional, mas sobretudo para os textos jurídicos de

20. Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé, *Trabalho Escravo no Brasil*, São Paulo, LTr, 2001, pp.79-81 (citando Eudoro Santana, “Órfãos da abolição: tráfico de trabalhadores e trabalho escravo”).

21. Idem, *ibidem*.

22. Que compreendemos haver in casu, a despeito de valiosas digressões em sentido contrário. Negando a discricionariedade judiciária, cfr., por todos, Eros R. Grau, “Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade”, in Carmen Lucia Antunes Rocha (coord.), *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995, *passim*.

direito internacional público que informam a matéria. Assim, e.g., a Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, da Organização das Nações Unidas (Genebra, 1956); a Convenção sobre Abolição do Trabalho Forçado, da Organização Internacional do Trabalho (Genebra, 1957); e o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Roma, 1998). Desse modo, legislar-se-ia também para o futuro, e não apenas com vistas às chagas já abertas no tecido social brasileiro. Valiosa, p. ex., a definição do artigo 7º, 2.c, do Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388, de 25.09.2002), sugerindo contornos seguros à figura da escravidão: “o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças”. Na redação atual do artigo 149 do CP, dificilmente se obteria subsunção válida da conduta, visada por Hungria²³, da compra e venda de pessoas, se não se verificarem claramente os modos de execução recém-positivados (ou se não houver provas). Outra contribuição valiosa consta do artigo 1º da Convenção sobre Abolição do Trabalho Forçado (OIT), em face do qual se pode definir o trabalho forçado ou obrigatório pelo *móvel psicológico* da conduta (a partir dos *fins políticos* que a convenção vedou aos Estados-membros), o que traria, na espécie, estreita afinança entre a lei penal e a teoria final da ação e resolveria, nessa esteira, os incontáveis conflitos aparentes entre a norma do artigo 149 e outras normas penais tuitivas da liberdade ou da organização do trabalho²⁴. Confirmam-se também os subsídios fornecidos pela Convenção de Genebra de 1956 (Decreto Legislativo n. 66/56, Decreto n. 58.563/66 do Poder Executivo Federal): “a escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade” (artigo 1o). O documento ainda permite delimitar, como figuras análogas à escravidão, (a) as condutas de capturar, adquirir ou ceder indivíduos com o propósito de reduzi-los à escravidão ou a condição análoga, ou (b) todo ato de aquisição de pessoas com o propósito de vendê-las ou trocá-las, ou ainda (c) todo ato de cessão, por meio de venda ou troca, de uma pessoa sob prévio domínio (artigo 2º c.c. artigo 5º).

Mais relevante que a enumeração em si mesma, porém, é a sua função hermenêutica. Era de toda necessidade que a enumeração do artigo 149 do CP fosse *exemplificativa*, de modo a prevenir a paralisia hermenêutica. Mas, ao revés, optou-se por uma enumeração *exaustiva*, que obsta aplicações flexíveis, ante a proibição da analogia *in malam partem* que deflui da norma do artigo 5o, XXXIX, 1a parte, da CRFB. Impede-se, com isso, a interpretação histórico-evolutiva, que permitiria ao Poder Judiciário acompanhar e reprimir os novos modos de execução ditados pela modificação das condições socioeconômicas e pela genialidade criminal (veja-se, e.g., a atuação dos “gatos” brasileiros, que mercantiam força de trabalho no campo e arregimentam hipossuficientes econômicos para as novas formas de servidão²⁵. Resolver esse impasse seria relativamente simples: bastaria recorrer aos termos legais de **interpretação analógica**.

23. Cfr., supra, nota n. 7.

24. “Qualquer membro da Organização do Trabalho que ratifique a presente convenção se compromete a suprimir o trabalho forçado ou obrigatório, e a não recorrer ao mesmo sob forma alguma: a.) como medida de coerção, ou de educação política ou com sanção dirigida a pessoas que tenham ou exprimam certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; b.) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico; c.) como medida de trabalho; d.) como punição por participação em greves; e.) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa”.

25. Na Espanha, a conduta é objeto da norma penal do artigo 312 da ley orgánica 10/95 (código penal), in verbis: “1. Serán castigados con las penas de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra. 2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan os derechos que tuvieran reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual”. Interessante observar que, se antes a preocupação das nações era evitar o ingresso de trabalhadores imigrantes para preservar o mercado de trabalho nacional (como consta, ainda hoje, dos artigos 352 a 358 da Consolidação das Leis do Trabalho), hoje a preocupação é com o resguardo dos direitos fundamentais do trabalhador, independentemente de sua nacionalidade. No Brasil, até hoje não há tipo penal específico para o marchandage ilegal, a despeito das inúmeras fraudes e violações de direitos humanos que, por conta desse expediente, já chegaram às barras dos tribunais do trabalho.

Com efeito, já vai de muitos anos acórdão do Supremo Tribunal Federal (Pleno) em que se reconhecia que “devemos repelir a analogia, porque, se o Direito Penal é um direito liberal, não admite de modo algum esses perigos à liberdade do homem e do cidadão. Mas uma coisa é repelir a analogia, e outra admitir interpretação analógica. A analogia é a aplicação, a um caso concreto, de uma lei, cuja vontade não era captar este fato que aparece no horizonte da realidade quotidiana. Ao invés, **a interpretação analógica é uma forma de interpretação extensiva**, como dizia Bobbio; é simplesmente um raciocínio jurídico [e não uma integração de lacuna], uma aplicação imanente do Direito, que **às vezes se encontra, de modo taxativo, exigida pelos códigos**, até empregando a palavra analogia”²⁶. É o que se dá, p. ex., com as normas penais incriminadoras do artigo 121, §2º, do CP (homicídio qualificado): as expressões “ou por outro motivo torpe”, “ou outro meio insidioso ou cruel”, “ou [outro meio] de que possa resultar perigo comum” e “ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido” admitem expressamente a aplicação analógica da norma incriminadora a todos os casos que possam ser compreendidos por semelhança, à mercê dos casos enumerados em correspondência direta (respectivamente: paga ou promessa de recompensa; emprego de veneno, fogo, asfixia ou tortura; emprego de fogo ou explosivo; à traição, de emboscada ou mediante dissimulação). Na dicção de Damásio de Jesus, “é a própria norma penal incriminadora que permite o emprego da analogia. É, pois, da vontade da lei abranger os casos semelhantes”²⁷, mas não como forma de suprir lacunas da lei penal (pois, nesse caso, haveria inconstitucionalidade), e sim como forma de melhor interpretá-la, quanto ao seu sentido e alcance. Dessarte, para dirimir o problema bastaria ter acrescido, à parte final do *caput*, a expressão “**ou por qualquer outro modo violento, degradante ou fraudulento**”, ali entendida a violência absoluta (física) ou relativa (moral).

Entre as causas de aumento de pena do artigo 149, §2º, do CP, caberia ter incluído, ao lado da criança e do adolescente, a pessoa do **idoso**, atendendo ao espírito da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que incluiu a pessoa idosa em diversos preceitos agravantes do Código Penal (*e.g.*, artigos 121, 4º, 133, III, 140, 3º, 141, IV, 148, 1º, 159, 1º, 183, III etc., *ut* artigo 110 do Estatuto). Por idoso há que se entender a pessoa com mais sessenta anos, em conformidade com o artigo 1º c.c. artigo 110 da Lei 10.741/2003.

Enfim, adequando o preceito secundário à legislação de outros países de tradição jurídica romano-germânica (notadamente, Itália e Portugal), era ainda de toda conveniência modificar os limites máximo e mínimo da pena privativa de liberdade cominada no artigo 149, fixando-os entre **três e quinze** anos. Com o limite mínimo de três anos (inferior ao mínimo de *cinco anos* adotado pelos diplomas peninsulares), retirar-se-ia dos réus processados e condenados pela prática de crime dessa gravidade o benefício do *sursis* (suspensão condicional da pena, *ut* artigo 77, *caput*, do CP), à exceção do etário (artigo 77, §2º). E com o limite máximo de quinze anos, sinalizar-se-ia à sociedade que a salvaguarda jurídica da liberdade, sob tais dimensões, é mais relevante que a tutela jurídica do patrimônio (uma vez que as penas máximas cominadas para o roubo simples e para a extorsão simples são de *dez anos*), equivalendo àquela reservada para a liberdade quando associada ao patrimônio (vide artigo 159 do CP, com pena máxima de quinze anos).

26. RTJ 66/687-688, rel. Min. Bilac Pinto (g.n.). A transcrição, porém, é in totum de trecho da obra de Alípio Oliveira (Normas para a interpretação en El Criminalista, t. V, p. 195, in Hermenêutica no Direito Brasileiro).

27. Op.cit., p.53.

IV. À GUIZA DE CONCLUSÃO

Em vista das omissões profligadas, e pelos fundamentos expostos, é razoável sustentar que o artigo 149 do Código Penal ainda está a merecer, a despeito da recente promulgação da Lei 10.803/2003, uma redação mais abrangente e adequada à magnitude do problema, à sua gravidade e à sua disseminação pelas plagas brasileiras, como também ao conteúdo que o direito internacional público reservou à noção de “escravidão” e situações análogas. Mais que isso, é forçoso convir que, se antes de 12.11.2003 essa modificação era conveniente mas não necessária, agora, com o engessamento operado pela lei recente, tornou-se por tudo ingente.

Por assim concluir, poder-se-ia formular, à conta de sugestão, uma nova redação para os preceitos primários e secundários, nos seguintes termos:

“**Art. 149.** Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, assim entendido o estado da pessoa sobre a qual se exerce, total ou parcialmente, subordinação indigna ou atributos inerentes ao direito de propriedade, notadamente:

“I - a submissão a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva;

“II - a submissão a condições degradantes de trabalho, como a inexistência de acomodações indevassáveis para homens, mulheres e crianças, a inexistência de instalações sanitárias adequadas, com precárias condições de saúde e higiene, a falta de água potável, a alimentação parca, a ausência de equipamentos de proteção individual ou coletiva e o meio ambiente de trabalho nocivo ou agressivo;

“III - a restrição, por qualquer meio, da locomoção em razão de dívida contraída com o empregador, o tomador de serviços ou seus prepostos;

“IV - o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

“V - a vigilância ostensiva no local de trabalho ou posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

“VI - a inadimplência contumaz de salários associada à falta de registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social e a toda forma de coação física ou moral;

“VII - o aliciamento para o trabalho associado à locomoção de uma localidade para outra do território nacional, ou para o exterior, ou do exterior para o território nacional;

“VIII - o cerceamento da liberdade ambulatoria;

“IX - qualquer outro modo violento, degradante ou fraudulento de sujeição pessoal na forma do *caput*.

“Pena reclusão, de três a quinze anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

“Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

“I - contra criança ou adolescente;

“II - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos;

“III - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem”.

Dessa sugestão, porém, não é importante que se a encampe, total ou parcialmente, nos termos postos. Importante é que, balizando-se pelas razões de constitucionalidade e de justiça aqui oferecidas, o tipo penal do plágio, tão relevante para a salvaguarda da normalidade das relações de trabalho e da ordem socioeconômica no tempo presente, receba do legislador e, à sua falta, do intérprete uma fórmula mais apta à geração dos efeitos de prevenção penal negativa e sobretudo de prevenção penal *positiva*, conferindo ao valor *liberdade* posição emblemática no panteão dos bens jurídico-penais, digna de seu papel na auto-realização do homem e menos apegada ao que foi a figura histórica da escravidão, de triste memória, que tende a se reciclar no mundo globalizado.

V. BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- COSTA E SILVA, A. J. da. "Plágio". In: *Justitia* 39/11.
- COSTA JR., Paulo José da. Direito Penal: curso completo. 7a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. "Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho". In: *Revista dos Tribunais* 805/453-459.
- GRAU, Eros R. "Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade". In: Carmen Lucia Antunes Rocha (coord.). *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: parte geral. 25a ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 1o v.
- NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.
- SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho Escravo no Brasil*. São Paulo: LTr, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SYDOW, Evanize. "Decuplicam casos de trabalho escravo no Brasil nos últimos três anos". In: <http://www.social.org.br/relatorio2002/relatorio012.htm> (acesso em 02/2004).
- TELES, Ney Moura Teles. Direito Penal: parte especial. São Paulo: Atlas, 2004. v. II.

AS VERBAS TRABALHISTAS INCONTROVERSAS E SEU CARÁTER DE URGÊNCIA E DE EMERGÊNCIA

Manoel Hermes de Lima*

Sumário : 1. O trabalho assalariado como fonte de renda e sua relação com as verbas trabalhistas incontroversas. 2. As teorias aplicadas nas relações de trabalho e a luta pelo direito alternativo. 3. Princípios, peculiaridades e regras no Direito Processual do Trabalho. 4. Dos expedientes processuais cabíveis no processo de conhecimento, que retardam seu andamento. 5. Dos expedientes processuais cabíveis no processo de execução. 6. A preocupação do TST e a solução encontrada para o processo em execução. 7. A tutela antecipada em pedido com verbas trabalhistas incontroversas. 8. Do recurso ordinário quando na sentença há verbas trabalhistas incontroversas. 9. A aplicação da "Contempt of Court" no descumprimento do pagamento das verbas trabalhistas incontroversas e nas obrigações de fazer. 10. Conclusão.

1. O TRABALHO ASSALARIADO COMO FONTE DE RENDA E SUA RELAÇÃO COM AS VERBAS TRABALHISTAS INCONTROVERSAS

O trabalho, analisado pelo aspecto social, tem como objetivo atender a satisfações de necessidades do trabalhador. Essas necessidades são de categoria econômica. O obreiro assalariado limita-se a satisfazer as necessidades fundamentais. O trabalhador, como ser social, vale-se do emprego ou trabalho para obter uma remuneração com a finalidade de atender à realização de suas necessidades econômicas básicas e fundamentais. Elas estão ligadas ao consumo. Os bens de consumo são dotados de utilidades para o homem, que, para alcançá-los, trabalha. O trabalho constitui para o homem uma atividade sócio-econômica capaz de proporcionar-lhe a satisfação de necessidades de natureza econômica, auferidas pela contraprestação decorrente dos serviços prestados por conta alheios. Sem a contraprestação do empregador pelos serviços realizados, o trabalhador torna-se inerte na obtenção de utilidades. O trabalho é necessário ao homem porque insere no indivíduo a valoração de sua personalidade, eleva-lhe a auto-estima e proporciona-lhe resultado benéfico, porquanto lhe faz sentir útil, produtivo na sociedade e no seio familiar. O trabalho remunerado é a liberdade do homem. Georges Friedmann ensina que "a necessidade econômica, é a forma mais freqüente de compulsão que encerram os fenômenos de trabalho. Essa necessidade se exprime subjetivamente, para o indivíduo, pelas (necessidades), que vimos distribuídas por uma gama extensíssima, desde as fundamentais (de alimentos, vestuário e abrigo em sua forma elementar) até as exigências sempre novas e cada vez mais requintadas"¹ (*sic*). A noção tradicional é a de que o trabalho está ligado ao homem e vice-versa. Sua realização representa o avesso do desemprego, da mendicância,

* Juiz do Trabalho, Titular da 3ª Vara de Maceió, Mestrado em Direito Público pela UFPE e Professor de Direito Tributário da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste/AL - Maceió - Faculdade de Direito, Ciências Contábeis e Administração de Empresas.

1. FRIEDEMANN, Georges. Tratado de Sociologia do Trabalho. V. I. Trad. Otávio Mendes Cajado. São Paulo: Editora Cultrix - Universidade de São Paulo, MCMLXXIII. P. 34.

porque esta é aviltante para a dignidade do homem. O desemprego tira do homem a tranqüilidade, a sensação de bem-estar e põe-na na sociedade numa escala decrescente. Sem emprego, verticalmente, o indivíduo vê-se reduzido, fraco, impotente, desprovido de condições econômicas e é nesse momento agressivo à personalidade do homem que nasce a necessidade de receber de logo do ex-empregador as verbas trabalhistas incontroversas, porquanto para seu cumprimento não há questionamento. O pagamento dessas verbas ao trabalhador há de ser satisfeito numa velocidade relâmpago, porque “barriga não espera” e “a fome é impaciente” e, quando não atendida de logo, “torna-se destrutiva do ser vivo ou do ser social”.

2. AS TEORIAS APLICADAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A LUTA PELO DIREITO ALTERNATIVO

O salário e as verbas rescisórias, de um modo geral, têm uma única finalidade para o trabalhador desempregado: satisfazer suas necessidades básicas e imediatas até que consiga novo emprego. Com o dinheiro recebido, o trabalhador evita o padecimento da fome e aos seus. Daí não ser possível chegar-se a uma noção axiológica sobre a fome. Só quem passa sabe o que ela representa. Ela não encontra sua solução entre as antinomias, isto é, na aplicação de regras de processo civil no processo do trabalho. Para ela, fome, as regras jurídicas daquele, aplicadas de forma exacerbada neste, causam o retardamento na solução do dissídio individual, porque são ambíguas. Quando o empregador despede seu empregado sem justa causa e não paga as verbas rescisórias incontroversas, filia-se à *teoria da racionalização do trabalho*² e convence-se de que o trabalhador é um ser mecânico ou equiparado a uma máquina que não sente necessidade física ou orgânica, não tem desejos e até lhe falta vontade. Essa falsa concepção, ultimamente, positiva-se nas empresas que adotam a substituição do homem pelas máquinas. Essa idéia, adotada contemporaneamente pelas empresas, constitui-se na prática do *taylorismo*, que passou a ser a bandeira encontrada em bases científicas para justificar a substituição do trabalhador pela máquina, sob o fundamento que esse ou aquele obreiro não produz o suficiente,³ o que não deixa de ser um argumento antiquado e inútil. Diante dessa avelhantada idéia, a sociedade, perplexa, interroga-se: e a fome do homem, como solucionar? O engenheiro americano Frederic W. Taylor, em sua obra *Les Principes de l'Organisation Scientifiques des Usines*, não pensou nela (fome do trabalhador).

Ao contrário, a *teoria de humanização do trabalho*⁴ não se mostra hirsuta, mas tracejada, com um cariz quase angelical para o trabalhador. Pensando assim, MARX, em sua obra *O Capital*, expõe que “o homem se serve das qualidades mecânicas, físicas e químicas das coisas para utilizá-las, conforme ao fim perseguido, como instrumentos de atuação sobre outras coisas”⁵ Nela, última teoria citada, além da manutenção do emprego e do pagamento de salários ao empregado, o empregador, visando a proporcionar ao obreiro alimentar-se melhor e à família, permite-lhe participar dos lucros ou resultados da empresa. Os empregadores que pensam dessa maneira comungam com a idéia de RUSSEL, no sentido de “quando se tiver feito todo o possível para tornar o trabalho interessante, o que restar deverá ser tornado suportável, como se faz, atualmente, com quase todo trabalho,

2. A teoria referida está relacionada ao taylorismo e este consiste numa tentativa de supressão de todos os movimentos do operário que se mostrem inúteis, ou mal adaptados.

3. MARTÍNEZ, Soares. Economia Política. 6. ed. Coimbra - Portugal: Almedina, 1995. p. 447.

4. Por essa teoria busca-se a reconquista do gosto pelo trabalho e a preocupação de dar uma condição de vida melhor ao trabalhador para que no emprego trabalhe satisfeito, sem a preocupação de perdê-lo ou de ter seu salário atrasado ou mesmo ficar sem recebê-lo. É a certeza de dias melhores.

5. MARX, Carlos. El Capital. Crítica de La Economía Política. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 131.

6. RUSSELL, Bertrand. Principios de Reconstrução Social. Trad. Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional. p. 101.

pele estímulo de recompensa além das horas de trabalho".⁶ O trabalhador que participa dos lucros, ou resultados da empresa labora para o empregador com amor, com vontade, porque tem a certeza de ver seu empenho recompensado, porquanto perceberá uma remuneração melhor, condigna, que lhe proporcionará adquirir bens de consumo e bens duráveis, que lhe trarão momentos de prazer e de felicidade ao lado da família. O filósofo acima citado, na obra em comento, ensina que a busca de uma teoria política visa ao útil num dado momento e o pensamento útil é o que segue na direção certa do tempo presente e nela há dois princípios gerais sempre aplicáveis: 1) deve-se promover, o quanto possível, o crescimento e a vitalidade dos indivíduos; 2) o crescimento de um indivíduo ou de uma comunidade deve-se dar, o menos possível, em prejuízo de outro. Acrescenta que esse segundo princípio consiste no respeito de que a vida do outro tem a mesma importância que sentimos em nossa própria vida.⁷

O trabalhador, no mundo atual, vive uma situação cruciante e, para enfrentar essas intempéries crescentes, vale-se do *direito alternativo*: busca dos operadores do direito na realização de projetos de transformação do direito e da sociedade no mercado de capitais e de empregos. Luta pela prática de um sistema plenamente democrático, em que o princípio da igualdade se faça observado, objetivando sua não estratificação, a fim de não ser transformado em oprimido ou excluído da sociedade. Os trabalhadores representam o sustentáculo de um regime igualitário e democrático no sentido estrito e, mesmo sendo substituídos em grande escala, como sói acontecer, por máquinas, e, às vezes, assim tratados, continuam seres humanos, porque são imodificáveis, permanecem pessoas, que só se diferenciam dos patrões pelo capital.

Ora, sendo o trabalhador homem e como todo homem tem o direito de alimentar-se com o produto de seu trabalho, afirma-se que o obreiro é igual ao empregador nesse direito. Nesse sentido, bem assinala BOBBIO: "*a igualdade nos direitos (ou dos direitos) significa algo mais do que a simples igualdade perante a lei enquanto exclusão de qualquer discriminação não justificada*".⁸ Tolher o trabalhador desse direito, ou seja, de manter-se alimentado com o recebimento de valor correspondente a seus direitos trabalhistas conquistados por lei, significa reduzir-lhe à condição de escravo, prática repudiada pela e na sociedade atual. Assim, para fornecer o empregado despedido do emprego sem justa causa e para impedir um mistifório de processos, o ideal é a exclusão do mais prejudicial, dando-se preferência pelo processo mais célere, menos complicado.

3. PRINCÍPIOS, PECULIARIDADES E REGRAS NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

É comum, nos dias atuais, orador diverso, sem a certeza do que fala, deixar ecoar de forma não eufimística que o Poder Judiciário é lento, que os processos não têm sua tramitação célere e que os juízes precisam ser mais diligentes, isto é, fazerem a entrega da prestação jurisdicional com mais brevidade. Indaga-se: é possível tornar o processo mais célere, fazendo-se a entrega da prestação jurisdicional em espaço curto? Sim, é possível, mas para tanto urge que se faça uma reforma de ordem político-processual, isto é, que sejam tomadas medidas de ordem pragmáticas e, também, práticas. Providências que visem a viabilizar a praticidade do juiz no julgamento de um processo, para que possa proferir uma sentença em curto prazo e as partes envolvidas sintam-se satisfeitas com a rapidez ocorrida. As críticas acirradas, endereçadas contra o Judiciário, não são cabíveis, porque a função desse poder político não consiste em fazer as leis. Apenas cabe-lhe interpretá-las e aplicá-las

7. Ibidem, p. 167.

8. BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. 4. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediuoro Publicações S. A. 2000. p. 29.

quando há provocação de alguma parte. Partindo-se dessa premissa, chega-se ao entendimento de que o Judiciário só em raríssimos casos é que retarda o andamento de um processo. Em verdade, a lentidão do processo é ocasionada pelo número excessivo de *expedientes e recursos processuais permitidos por leis*, os quais imprimem marcha lenta do andamento do feito. Na prática, no Brasil, as Justiças mais procuradas são a do trabalho e a comum e cada uma delas exercita Direitos Processuais diferentes, mas guardando afinidades entre si. A Justiça do Trabalho, por exemplo, cujo processo é instrumentalista do Direito do Trabalho, surgiu em nosso ordenamento jurídico com o Decreto-lei n. 5.452, de 1º. 05.1943, cujo objetivo era fazer a entrega da prestação jurisdicional em curto prazo, fazendo uso de princípios gerais, princípios próprios e peculiaridades do processo trabalhista. Juristas de monta tratam dos dois assuntos, figurando entre eles: Amauri Mascaro Nascimento, Coqueijo Costa, José Augusto Rodrigues Pinto e Júlio César Bebbber.⁹ A presença dos princípios e peculiaridades do processo trabalhista fazem-no um Direito Processual do Trabalho independente do Direito Processual comum, sendo de capital importância para dinamização dos processos que tramitam na Justiça do Trabalho. Infelizmente, uma boa parte de juizes trabalhistas está pondo em desuso essas ordens processuais e usando cada vez mais regras do Direito Processual Civil, que em princípio só serão usados no Direito Processual do Trabalho de forma supletiva, quando este for omissivo.¹⁰ As regras de Direito Processual Civil, com a limitação de seu uso em casos omissos no processo trabalhista, também deve ser usadas quando as regras forem mais céleres que as trabalhistas, porque beneficia os litigantes. O uso indiscriminado daquele contamina este, enfraquece-o, põe-no em desuso e, possivelmente, essas regras jurídicas processuais trabalhistas perderão sua eficácia jurídica por contingência da ausência de eficácia social. Já que se fala em **Reforma do Judiciário**, nasce o momento apropriado para se rever, nas relações processuais trabalhistas, através do legislador ordinário, na Justiça do Trabalho, a *área setorial do processo*, porque, como bem assinala o Juiz Hamilton Malheiros, do TRT da 19ª Região, “na Justiça do Trabalho discute-se **“direito emergencial”**. É verdade, na justiça obreira não se discute direito patrimonial, mas direitos e interesses que envolvem verbas de natureza alimentar. Vê-se, a todo instante, na televisão, uma propaganda que usa o “slogan”: *quem tem fome, tem pressa*. Pois bem, na Justiça do Trabalho, o trabalhador tem como fonte de renda o salário ou as verbas indenizatórias decorrentes da rescisão do contrato e nesse caso tem pressa em recebê-las para sustentar-se e aos seus por algum tempo, enquanto consegue outro emprego (o que não é nada fácil).

4. DOS EXPEDIENTES PROCESSUAIS CABÍVEIS NO PROCESSO DE CONHECIMENTO QUE RETARDAM SEU ANDAMENTO

O Juiz aposentado Jacques Renam, do TRT da 5ª Região, sustenta a tese de ser possível, dentro do processo trabalhista, com a permissibilidade do legislador ordinário, a parte empregadora, usar de uma infinidade de expedientes judiciais para protelar a entrega definitiva da prestação jurisdicional. Volta-se, então, àquela velha interrogação: com o uso de tantos expedientes judiciais, com o aval do Poder Legislativo, como pode respingar negativamente para o Judiciário a idéia de ser o responsável pelo retardamento na entrega da prestação jurisdicional?

9. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. p. 58 - 66; COSTA, Coqueijo. Direito Processual do Trabalho. 3. ed. Rio de Janeiro: 1986. p 19 - 22; PINTO, José Augusto Rodrigues. Processo Trabalhista de Conhecimento. São Paulo: Editora LTR, 1991. p. 41 - 63; BEBBER, Júlio César. Princípio do Processo do Trabalho. São Paulo: Editora LTR, 1997. p. 23 - 30.

10. LIMA, Manoel Hermes de. Atentados à Autonomia do Direito Processual do Trabalho. In: JORNAL TRABALHISTA CONSULEX, 2003, Brasília, p. 20-948/11 - 20-948/12.

Para que a sociedade fique ciente dos expedientes protelatórios que se pode usar no processo (de ordem legal), a título de ilustração, far-se-á aqui a demonstração de como um advogado habilitado, representando seu cliente (empregador), pode retardar o processo. Saliencia-se que o uso de tais expedientes têm o incentivo do direito positivo existente no ordenamento jurídico brasileiro, originário do poder legiferante competente. Usa-se aqui o algarismo arábico para especificar os "expedientes" e as letras minúsculas do alfabeto para indicar os "recursos". Veja, então: um empregado ingressa com uma reclamação trabalhista. Inicialmente procura-se fazer a notificação do reclamado ou da empresa. Se for pessoa física o empregador, para não ser de logo notificado, oculta-se (1) e o carteiro informa no AR não ter encontrado o reclamado. Nesse caso, o juiz determina que se faça a notificação por oficial de justiça ou por edital, a depender da informação. Conseguindo-se fazer a notificação, o reclamado comparece à audiência, contesta, argúi uma série de preliminares e requer a notificação de testemunha por precatória, (2) se se tratar de matéria de fato. Feita a intimação da testemunha será interrogada no juízo deprecado e, não sendo encontrada, o processo será devolvido. Antes disso, o reclamado argui a contradita da testemunha do reclamante (3). Uma vez deferida e não tendo o reclamante outra testemunha para substituí-la no momento, pode o juiz facultar-lhe trazer outra para não lhe cercear o direito de produzir prova. Havendo algum documento juntado pelo reclamante, pode o reclamado alegar a falsidade do mesmo, incumbindo à parte que o produziu requerer, necessariamente, a perícia (4). Concluída a perícia, as partes, querendo, podem manifestar-se. Aproveitando a oportunidade, o reclamado requer ao juiz que intime o perito para prestar esclarecimentos em juízo (5). Concluída a instrução do processo, o juiz prola a sentença e dela o reclamado opõe embargos de declaração (a). Julgados os embargos, o reclamado interpõe recurso ordinário para o Tribunal Regional do Trabalho (b). Com a publicação do acórdão, o reclamado opõe embargos de declaração (c), prequestiona e, após julgamentos dos embargos, interpõe recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho (d). Acatado o recurso de revista, tem seguimento. Negada a revista, o reclamado agrava de instrumento (e). O TST, se conhecer do agravo, julga a revista, de cujo acórdão cabe mais uma vez embargos de declaração, (f). A depender do prequestionamento, o recurso pode chegar no Supremo Tribunal Federal (se houver questão constitucional). Julgado os embargos, os autos são devolvidos a Vara de origem e tem início o processo de execução.

5. DOS EXPEDIENTES PROCESSUAIS CABÍVEIS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO TRABALHISTA

Depois de transitar em julgado a sentença no processo de conhecimento, nasce um outro processo - o de execução. Esse processo é decorrente das decisões passadas em julgado ou das conciliações não cumpridas. Não importa o que dá causa ao processo de execução. Seus trâmites e formalidades se dão de maneira uniforme tanto para as decisões com trânsito em julgado como para as conciliações não cumpridas. No processo de execução, o reclamado, querendo, também tem a faculdade de procrastinar o seu andamento. Nesse processo, a citação deve ser pessoal, não se fazendo na pessoa do preposto da empresa. No processo de execução o juiz pode usar de duas faculdades: a primeira é quando a sentença for ilíquida e se o magistrado usar a faculdade do art. 879 da CLT, intimará as partes para apresentar cálculos de liquidação, o executado não apresenta, fica aguardando os cálculos do exequente e, dentro do último dia do prazo de 10 (dez) dias, apresentará impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância. O juiz, para certificar-se da verdade dos cálculos, remete-os ao Setor da Vara, que poderá conferir ou elaborar outros, dos quais cabe impugnação (em sua maioria do executado), que da decisão poderá embargar. Com a decisão dos embargos, tem o executado a faculdade de agravar de petição.

Se o juiz usar da faculdade do art. 884 da CLT, remeterá os autos ao Setor de cálculos e, elaboradas as contas, homologará, determinando a expedição de mandado de citação e penhora de bens. Garantida a execução com dinheiro ou penhorados bens, o executado poderá em 05 (cinco) dias apresentar embargos. Da sentença de embargos cabem embargos de declaração e, em seguida, agravo de petição.

Expedido o mandado de citação, o devedor, iniciando o retardamento do processo, oculta-se (6) e só algum tempo depois, por sorte, o oficial de justiça encontra-o, cumprindo o mandado. Uma vez citado para pagar o crédito do exequente em 48 horas, ou garantir o juízo, prefere não fazer uma coisa nem outra e aguardar que decorra o prazo acima, ficando à espera da chegada do oficial de justiça (7) para efetuar a penhora em bens de sua propriedade, suficientes para a garantia do processo. Deve-se salientar que com a realização da penhora dá-se concomitantemente a avaliação dos bens penhorados em virtude da execução de decisão condenatória. A avaliação será feita pelo oficial de justiça, que o executado poderá recusar e impugnar alegando que o oficial de justiça é amigo íntimo ou inimigo capital dele; que o exequente é credor dele, de seu cônjuge ou de parentes deste, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; herdeiro presuntivo. Esse ato processual será argüido em petição fundamentada, como incidente em separado. Após tomar ciência da penhora, com a lavratura do auto de penhora, resolve o executado, no decurso de 05 dias, opor embargos à execução (g) onde apresenta uma série de sustentações, tais como: excesso de penhora, erro material, etc. Julgado os embargos de execução improcedentes, o executado opõe embargos de declaração (h) e com a decisão opõe agravo de petição (i) para o Tribunal Regional. Julgado no tribunal o agravo, o executado vale-se dos embargos de declaração (j), que julgado pelo TRT, tem o executado a faculdade de interpor recurso de revista (l). Caso o TRT não dê seguimento à revista, o executado opõe agravo de instrumento (m) para o Tribunal Superior do Trabalho. Se este tribunal conhecer das razões do agravo, julga o recurso de revista. Prolatado o acórdão pelo TST, o executado com o resultado negativo mais uma vez opõe embargos de declaração (n). Desse acórdão, pode ainda o executado interpor recurso extraordinário (o) para o Supremo Tribunal Federal. Apreciado o recurso pelo STF, o processo baixa à vara de origem, tendo prosseguimento a execução. Antes do bem ser levado à praça, o executado requer ao juízo que se proceda a reavaliação do bem (8). Contra essa reavaliação pode insurgir-se, atravessando uma petição com o argumento de não corresponder ao valor de mercado (9). Mantido pelo juízo o valor da reavaliação, o executado opõe embargos à execução (p), levando o processo de volta ao TRT, e, se o resultado contiver alguma falha, terá possibilidade de opor embargos de declaração (q) e, do acórdão, caso queira, interpõe recurso de agravo de petição (r) e assim infinitamente, sem contar que antes do bem ser praceado poderá alegar defeito no edital (10), falta de intimação do executado (11), etc.

Há de salientar a demora ocorrida entre cada petição do executado promovendo os expedientes permitidos por lei e o tempo gasto com despacho ou decisão do juízo. Os princípios da celeridade e economia processuais são colocados à margem pelo executado e com isso o processo não se torna rápido e a entrega definitiva da prestação jurisdicção vai se postergando, o que tem causado preocupações entre os juizes trabalhistas em sua maioria.

No art. 893 da CLT estão especificados os recursos cabíveis no processo trabalhista, tais como: embargos, recurso ordinário, recurso de revista e agravo. Os demais incidentes do processo, suscitados pelas partes (em geral pelo empregador), não são considerados recursos no sentido estrito, mas expedientes ou remédios processuais (chamados por alguns) que retardam o andamento do processo e que são solucionados pelo juiz através de decisões interlocutórias.

6. A PREOCUPAÇÃO DO TST E A SOLUÇÃO ENCONTRADA PARA O PROCESSO EM EXECUÇÃO

Uma das grandes preocupações da Justiça do Trabalho é, efetivamente, com o processo de execução. Concluído o processo de execução, tem-se como satisfeito o crédito do trabalhador. Em sua maioria, a execução trabalhista tem início com título judicial, daí a necessidade do processo de conhecimento. Todavia, de nada adianta ser prolatada a sentença no processo de conhecimento, reconhecendo o crédito do obreiro, e não ser concretizado no processo de execução, porque o executado, valendo-se dos permissivos legais, emperra o andamento desse processo. Vários expedientes já mostrados acima são utilizados, exaustivos recursos são interpostos, expedientes processuais que retardam a entrega completa da prestação jurisdicional pelo órgão julgante. O peão, que em geral é o exequente, por conta de não ser dotado de conhecimentos jurídicos, atribui a lentidão do processo ao juiz, à Justiça. Ao obreiro pouco importa ser o processo de conhecimento ou de execução. Quando procura a Justiça do Trabalho, em 99% (noventa e nove por cento) das vezes, é por se encontrar desempregado e nessa condição ou situação não ter como esperar a lentidão do processo. É, nesse instante, com razão, um imediatista. Busca receber de pronto o valor correspondente a seu crédito trabalhista, porque constitui seu patrimônio, sobretudo nesse momento desesperador, de desemprego, em que não tem perspectivas de obter de logo outro emprego, em face da crise prevalecente no Brasil. A necessidade de ver solucionada urgentemente sua causa trabalhista, funda-se no temor de assistir a prole passar necessidade. As normas contidas na Consolidação das Leis Trabalhistas, sobretudo as normas de direito material, são protecionistas do trabalhador e assim devem ser, em vista de se constituírem uma arma do obreiro como meio de assegurar e garantir seus direitos perante o empregador. A Justiça do Trabalho é o órgão onde o trabalhador desempregado faz uso do processo trabalhista para a aplicabilidade das normas materiais trabalhistas.

O Tribunal Superior do Trabalho, mostrando-se bastante preocupado com o processo de execução, firmou convênio com o Banco Central do Brasil, visando a dinamizar a entrega definitiva da prestação jurisdicional. Através do BACEN-JUD faz-se bloqueio na conta do executado, que posteriormente se convola em penhora, garantindo a execução de acordo com o previsto no art. 655, do Código de Processo Civil. A medida adotada pelo TST é salutar, digna de elogios, porquanto tem trazido resultados positivos, solucionando uma parte dos processos de execução que ainda enchem as prateleiras dos armários ou dos arquivos das varas trabalhistas.

O BACEN-JUD, apesar de solucionar um bom número de processos de execução, não é bastante em si mesmo. Não é suficiente para impedir o retardamento do processo. A finalidade do convênio entre a Justiça do Trabalho e o Banco Central é tão-só de bloquear o valor devido pelo executado no processo de execução, mas não impede o executado de opor embargos à execução. Depois de transformar o bloqueio do dinheiro em penhora, o executado tem a faculdade de embargar a execução. Aí, parcialmente, há um retardamento na entrega definitiva da prestação jurisdicional. Havendo bloqueio de conta bancária para garantir crédito do exequente, cujo pedido no processo versou unicamente sobre verbas rescisórias incontroversas, entende-se não ter agasalho o embargo à execução, a não ser para limitar o valor, se houver excesso do quanto devido. Também, se no processo consta condenação em parte incontroversa e controversa, havendo embargos à execução depois do bloqueio, o juiz está no dever de liberar para o credor a parte incontroversa, ainda que o executado não reconheça. Os embargos só subsistirão com relação à parte controversa. Urge que sejam criados mecanismos, quer de ordem jurídico-política pelo poder competente, quer de ordem prática pelo juízo trabalhista. No primeiro caso, como dito antes, impõe-se a diminuição do número de expedientes e recursos no processo de conhecimento e no

processo de execução e isso só será possível se houver predisposição do poder legiferante, mediante uma análise política da situação, promovendo a edição de lei que vise a minimizar o problema existente. Requer unicamente o uso de vontade política. No segundo caso, o juiz, titular da vara, no uso de sua experiência de homem comum, pode valer-se de sua criatividade, do bom senso e providenciar, em um dia da semana, elaborar uma pauta para os processos de execução, convidando exequente e executado para firmarem acordo, objetivando a porem fim ao processo. Constitui-se num método positivo e bom para todos: para o trabalhador que, embora não receba integralmente seu crédito, terá em seu poder uma certa quantia, que nesse instante vai lhe possibilitar pagar alguns compromissos, ou obter alguns bens necessários; é útil para o executado que, além de pagar um valor abaixo do efetivamente devido, livra-se do incômodo de ter sua conta bancária bloqueada, que, certamente, causar-lhe-á transtornos e embaraços; é bom para o juiz do trabalho, porque deixa de proferir despachos ou decisões no processo e, por fim, interessa ao Estado, porquanto diminui seu gasto com o custo de publicações, etc.

7. A TUTELA ANTECIPADA EM PEDIDOS COM VERBAS TRABALHISTAS INCONTROVERSAS

Na reclamação trabalhista, quando o pedido versar sobre verbas trabalhistas incontroversas decorrentes de despedida sem justa causa, o reclamante tem a faculdade de buscar a *tutela satisfativa imediata*. Através do pedido de tutela antecipada, o processo trabalhista instrumentaliza-se, tornando rápida e efetiva a proteção requerida. Uma vez requerida pelo reclamante com observância nos requisitos previstos no art. 273 do CPC (por ser figura estranha na CLT), cabe ao juiz antecipar os efeitos práticos do provimento objetivado pelo reclamante. O legislador processual condicionou a concessão da tutela antecipada ao pedido da parte, quando deveria permitir ao juiz conhecer de ofício, em decorrência dos poderes instrumentais que possui na prestação jurisdicional. Ao se pedir em juízo verbas trabalhistas incontroversas, subtende-se implícitas a certeza e a liquidez do direito. Nessa situação, o Judiciário trabalhista deveria conhecer de ofício do pedido por força do dever geral de segurança que o Estado tem com o cidadão, quando ingressa em juízo postulando tais verbas. Assim, não entendeu o legislador ordinário processual. O pedido envolvendo verbas trabalhistas incontroversas constitui-se numa situação de urgência ou de emergência, em vista de tratar de possibilitar ao reclamante a aquisição de produtos alimentícios para a família, de um modo geral. Vê-se, aí, a necessidade de o juiz dar efetividade ao processo trabalhista, bem como aos direitos postulados pelo reclamante. Impõe-se a antecipação da tutela por exigir o pedido uma satisfação imediata. A fome constitui-se em situação *irreversível* e sendo dessa natureza, a tutela antecipada, que é norma *in procedendo*, tem como justificado o *poder-dever* do juiz na solução do dissídio individual. Nesse afã, o juiz examina os limites *qualitativos e quantitativos* do pedido e tanto pode julgá-lo total ou parcialmente procedente.

O reclamante, para a obtenção em juízo da antecipação da tutela fica adstrito a observar os *pressupostos substanciais e pressupostos processuais*. Os primeiros são constituídos: a) da evidência; b) da periclitacão potencial do direito objeto da ação, e os processuais são representados: a) pela prova inequívoca conducente à comprovação da verossimilhança da alegação e, b) pelo requerimento da parte.¹¹

O pedido de verbas trabalhistas incontroversas, que o trabalhador desempregado busca receber para adquirir bens de consumo fundamentais, de acordo com a regra do art. 273 do CPC, autoriza o Juiz a conceder a antecipação da tutela, porquanto a prova inequívoca

11. PASSOS, Calmon, apud FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 60.

é mais que convincente da verossimilhança da pretensão de que o direito em discussão é suscetível de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. “O juiz deve analisar a pretensão de direito material e do princípio da especificidade, seguindo o entendimento de dar ao reclamante aquilo que ele obteria se a conduta devida fosse voluntariamente cumprida pelo reclamado”.¹²

Não conceder a tutela antecipada em casos dessa espécie significa atingir o reclamante com dano irreparável. A postulação de pagamento de verbas trabalhistas incontroversas, principalmente quando há rescisão sem justa causa, por si só, já é suficiente para a concessão da tutela antecipada, porque está registrada a prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Também, está presente a “periclitación do direito” ou “direito evidente” caracterizado pelo “abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do reclamado”.¹³

Na tutela antecipada do direito evidente, o juiz tem o dever de analisar a defesa do reclamado, só concedendo a tutela se estiver convencido da fragilidade da defesa diante do direito do reclamante.

Ao se falar em prova inequívoca, vem a lume a idéia de prova pré-constituída, isto é, ela existe antes da reclamação trabalhista. Esse fato pode ser constatado no pedido em que há verbas trabalhistas incontroversas, sempre que o empregado tem o contrato de trabalho rescindido sem justa causa. As verbas incontroversas que se constituem em obrigação de dar, direitos irrenunciáveis do empregado e as que se reportam à obrigação de fazer, também irrenunciáveis, porque de ordem pública, a sua não concretização pelo empregador, quer extrajudicial ou judicial na primeira audiência, no Juízo do Trabalho, constitui-se em prova inequívoca e prova pré-constituída. De um modo geral, o empregador, quando despede o empregado sem justa causa e não paga as verbas trabalhistas incontroversas, já antecipadamente confessou dever ao ex-empregado os valores correspondentes, ou ter deixado de fazer alguma coisa relacionada com o contrato de trabalho. Nesses casos a confissão do reclamado tem-se como “jure et de jure”, porque não admite prova contrária. A prova relativa do reclamado seria a apresentação de recibos ou contracheques assinados pelo reclamante. Essa prova é relativa porque o reclamante pode impugnar os documentos acima juntados pelo reclamado e apresentar outras provas que destruam as produzidas por este.

Assim, o juízo avaliará a prova inequívoca, comparando-a com a urgência requerida no pedido, criando um juízo de probabilidade, que viabilize a concessão da tutela antecipada.

Como se vê, o reclamante tem a faculdade de requerer em juízo a tutela antecipada de pedido que verse sobre verbas trabalhistas incontroversas, quando não houver dúvidas quanto à *existência do vínculo empregatício*. Uma vez concedida pelo Juiz, a tutela antecipada, o reclamante pode executar o pedido nos moldes da execução provisória. O art. 273, § 3º, do Código de Processo Civil, explicita a possibilidade de ser usada na tutela antecipada as regras da execução provisória. Assim, admitindo ao reclamante a tutela antecipada que requereu e obteve no processo de conhecimento, permite-se, também, que execute o reclamado através de execução provisória, porquanto, dessa forma, garante-se o crédito do ex-empregado no processo e na futura execução definitiva e evita-se a delonga da causa trabalhista. Ressalta-se que a tutela antecipada das verbas trabalhistas incontroversas só será concedida se a parte usar o princípio dispositivo, isto é, requerer ao juízo, porque o legislador processual não permitiu ser concedida de ofício.

Quando o pedido envolver verbas trabalhistas incontroversas (obrigação de dar) e contiver obrigação de fazer ou de não fazer, o juízo ao sentenciar pode fazer valer um meio de coerção para essas últimas obrigações, que consiste na aplicação de multa diária para cada dia de atraso no cumprimento de ordem ou determinação judicial. Tem-se como

12. Idem, p. 61.

13. Ibidem, p. 62.

obrigação de fazer: assinatura da CTPS, entrega das guias de Seguro-desemprego, efetuação dos depósitos do FGTS na conta do empregado e o pagamento da multa de 40% e outros. Constitui obrigação de não fazer: anotação na CTPS qualquer termo desabonador ao empregado e o de despedir o empregado por não aceitar a redução de remuneração e a contratação de menor de 18 anos para trabalhar, a não ser na condição de aprendiz, coagir o empregado a assinar rescisão de contrato de trabalho contra a vontade e diminuir a remuneração do obreiro.

8. DO RECURSO ORDINÁRIO QUANDO NA SENTENÇA HÁ VERBAS TRABALHISTAS INCONTROVERSAS

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LV, assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Andou bem o legislador ao permitir ao litigante fazer uso do duplo grau de jurisdição, mas limitando de forma objetiva essa faculdade com o uso do termo: “recursos a ela inerentes”. Significa que o recurso só é cabível quando a parte recorrente fundamentar com elementos convincentes que a sentença não lhe foi justa. Na hipótese de condenação de verbas trabalhistas incontroversas, já antecipadamente reconhecidas pelo reclamado que, na qualidade de empregador, usou a faculdade “potestativo” dispensando o empregado sem justa causa, não tem subsídio para recorrer. O recurso nesse momento não passa de expediente protelatório e o juízo de admissibilidade “a quo”, valendo-se do exame dos “pressupostos objetivos”, que são de “ordem procedimental”, pode e deve recusar a subida do recurso para reexame no tribunal, por faltar permissibilidade legal, isto é, que o objeto do pedido que serviu de condenação no processo de cognição é decorrente de fato ou fatos confessados por uma das partes, (na hipótese, pelo reclamado), art. 348 do Código de Processo Civil, cuja confissão passa a integrar o rol dos pressupostos objetivos do recurso. Os pressupostos objetivos de permissibilidade do recurso não são “exaustivos”, isto é, não são “numerus clausus”, mas “numerus apertus”. Não somente constituem pressupostos objetivos a “observância do prazo para recurso, que é de oito dias” (Lei 5.584, art. 6º), “depósito prévio para garantia do juízo” (art. 899, §§ 1º e 2º, da CLT) e “pagamento de custas processuais”. A recusa da permissibilidade do recurso de decisão condenatória, com reconhecimento único de verbas trabalhistas incontroversas, não fere a direito fundamental do empregador, no sentido de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), em face da “transferibilidade espontânea” desse direito pelo reclamado ao reclamante, desde o momento de sua dispensa do emprego sem justa causa, quando passou a incorporar esse direito ao seu patrimônio como líquido, certo e irrenunciável. O direito às verbas trabalhistas incontroversas passou a integrar o patrimônio do obreiro como direito “duplamente adquirido” (art. 5º, XXXVI, da CF), porque antes reconhecido extrajudicialmente pelo empregador “ex vi legis”, com o ato da despedida sem justa causa e depois, com a “sentença prolatada pelo Juízo do Trabalho”.

Dessa forma, havendo na sentença tão-só condenação de verbas trabalhistas incontroversas, decorrentes de despedida do empregado sem justa causa, não se tem como o Juízo “a quo” permitir a subida do recurso, mas se houver condenação também de “verbas controversas”, o Juízo permitirá a subida com relação a estas. É preciso que seja dada uma interpretação à palavra “recurso”. Gabriel Saad ensina que “a palavra recurso, em sua fonte latina, significa voltar atrás; é uma tentativa de fazer o curso do processo voltar a um ponto já superado: a sentença. Recursos são atos processuais. Objetivam o reexame, total ou parcial, do pronunciamento do primeiro grau de jurisdição”.¹⁴

14. SAAD, Gabriel et alii. CLT Comentada. 37. ed. São Paulo: LTR Editora, 2004. p. 690.

O recurso tem como objetivo corrigir erros existentes na decisão, quando, eventualmente, acontece. Esse ato não se dá quando a sentença “a quo” confirma em favor do reclamante as verbas trabalhistas incontroversas já confessadas pelo reclamado de forma inequívoca.

Se, por ventura, o reclamado, que nessa situação teve o recurso não permitido pelo Juízo “a quo”, agravar de instrumento e o tribunal der provimento e julgar imediatamente o recurso (art. 897, § 5º, da CLT), nesse interregno o reclamante poderá exercer a faculdade de uso da execução provisória contra o reclamado.

9. A APLICAÇÃO DA “CONTEMPT OF COURT” NO DESCUMPRIMENTO DO PAGAMENTO DAS VERBAS TRABALHISTAS INCONTROVERSAS E NAS OBRIGAÇÕES DE FAZER

O ideal mesmo para cumprimento da obrigação trabalhista pelo empregador quando a Justiça do Trabalho reconhece na sentença a liquidez e a certeza do crédito do obreiro é aplicar o procedimento adotado pela “common law”, conhecido como “Contempt of Court”, que consiste em o juiz determinar ao devedor, mediante ato judicial, depois de reconhecido o crédito do autor como incontroverso, que seja pago num prazo fixado pelo magistrado, sob pena de o devedor ser preso por descumprimento do mandamento judicial. A prisão do devedor não se dá pela dívida, mas pelo desrespeito à determinação do juízo.

A “common law” tem sua aplicação nos contratos e o juiz intervirá contra aquele que, contrariamente, tirou partido de sua qualidade de patrão para obter de uma outra pessoa (um empregado) uma vantagem indevida; ser-lhe-á proibido prevalecer-se desse contrato e deixar de indenizar a parte prejudicada.¹⁵

Esse procedimento do sistema inglês se ajusta perfeitamente nas causas trabalhistas em que o pedido contenha verbas rescisórias ou não, mas incontroversas, sobretudo nas decorrentes de despedidas sem justa causa, como: salários retidos, aviso prévio, férias vencidas ou proporcionais com 1/3, 13º salário - obrigações de dar - e depósitos do FGTS com 40%, entrega das guias de Seguro-desemprego e anotação da CTPS - obrigações de fazer. O legislador ordinário modificou a regra do art. 467 da CLT e, na nova redação, impõe ao empregador tão-só, pagar ao empregado as verbas trabalhistas incontroversas com acréscimo de 50%, caso não pague no dia de seu comparecimento para audiência no Juízo do Trabalho. A aplicação da multa de 50% pelo não pagamento na primeira audiência está correto, mas o legislador deveria ser mais ousado e autorizar o juízo a fixar o prazo para o empregador pagar ao ex-empregado ou empregado essas verbas trabalhistas incontroversas, sob pena de incorrer em crime de desobediência a ordem judicial. Ainda, deveria o legislador inserir no Capítulo VII, da CLT, onde trata “Da Aplicação das Penalidades”, autorização para o Juízo determinar a prisão do devedor trabalhista por descumprir ordem judicial. Esse procedimento somente deve ser aplicado quando o dissídio trabalhista versar sobre verbas incontroversas, porque se constituem em direitos irrenunciáveis, inderrogáveis. Nos casos de desobediência à ordem judicial, o Juízo trabalhista tem se valido da aplicação supletiva do art. 330, do Código Penal, mas sem nenhuma relação com o descumprimento de obrigação de dar.

Salienta, aqui, que o processo do trabalho é completamente diferente do processo civil. Naquele, visa-se a atender pedidos de caráter alimentar, revestido de urgência e de emergência para o trabalhador, impondo a sua imediata concretização. Assim, se isso ocorrer, vêm-se satisfeitas as necessidades do obreiro por alguns meses; ao contrário, no processo civil, a sua particularidade está em dinamizar o direito material comum, relacionando-o a bens patrimoniais, desprovidos de urgência e de emergência.

15. DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. Trad. Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 310 - 311.

10. CONCLUSÃO

Desde o instante em que o homem passou a lançar no mercado de trabalho a “força de trabalho” até os dias atuais, tem-se notícia da existência de “demanda de mão-de-obra”, ao contrário de “demanda de trabalho”. A oferta de trabalho sempre foi, sempre será e tende a cada vez mais caminhar para sua regressão. Isso se dá em decorrência do fator populacional e do avanço tecnológico. A população que compõe a “força de trabalho” é superior ao número de empresas criadas e existentes no mercado. Partindo dessa premissa, os empregadores possuem um leque aberto de escolhas e substituições de trabalhadores. Um simples deslize do empregado constitui motivo para sua substituição no emprego. Esse empregado, ao ser dispensado da empresa passa a enfileirar a cadeia de trabalhadores vageantes, de andarilhos, como palhaços de circo “mambembe”.

Não é só isso. O empregador, ironicamente, na certeza da delonga na solução de uma ação na Justiça do Trabalho, no ato da despedida do empregado não lhe paga nenhum direito trabalhista, nem mesmo as verbas rescisórias incontroversas e diz: “vá para a Justiça reclamar seus direitos, porque só lhe pagarei aí”. O pior é que no dia da audiência, o empregador declara não haver possibilidade de conciliação, apresentando uma série de dificuldades injustificáveis. Ai, nem mesmo as verbas trabalhistas incontroversas se propõe a pagar. Vai mais longe: para ganhar tempo e humilhar o trabalhador, depois da sentença do juízo, recorre à instância superior. Enquanto isso, o ex-empregado e sua família caem em desespero, chegando até, em alguns casos, a acontecer desagregação da família. Acéfalo, o trabalhador desempregado e com crédito a receber (não sabendo quando), por ser um desconhecedor das leis e de quem as elabora, lança a culpa no Judiciário trabalhista pelo atraso na solução definitiva de seu processo trabalhista.

As verbas trabalhistas incontroversas, sempre que houver o “ius postulandi”, o juiz deve executá-las de ofício, porque embora sendo a regra do art. 467, da CLT, inserida na parte do direito material trabalhista, a intenção do legislador versa no sentido de obrigar o empregador a pagá-las ao empregado imediatamente e, como este postula tais direitos sem advogado, tem cabimento o impulso oficial. A expressão: “...o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador ...” traz implícita a idéia de ordem processual de que o empregador, descumprindo o “dever-ser” contido nessa norma trabalhista, o juiz, depois de proferir a decisão, havendo verbas incontroversas, pode e deve, de ofício, antes mesmo do trânsito em julgado de toda decisão, ainda que nela também contenha verbas controversas, determinar a execução das incontroversas. O art. 467 da CLT é dotado de duplo sentido: material e formal ou processual.

A tutela antecipada nos pedidos em que há verbas trabalhistas incontroversas constitui-se na solução antecipatória da providência jurisdicional para atender o obreiro e obrigar o empregador em não retardar o pagamento das referidas verbas.

O recurso ordinário nas sentenças condenatórias de verbas rescisórias incontroversas não deve ser formalmente admitido pelo juízo “a quo”, em face de faltar um dos pressupostos processuais objetivos, configurado pela confissão do empregador.

O legislador ordinário necessita mostrar-se sensível à regra trabalhista do art. 467 da CLT, fazendo inserir, além da multa de 50%, uma pena restritiva de liberdade, no caso de haver determinação do juízo para o empregador pagar as verbas trabalhistas incontroversas e ocorrer desobediência à ordem, porque o ato do empregador implica castigar o trabalhador com a fome, o que é repudiado por toda a sociedade.

BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 4. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S. A. 2000. p. 29.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 310 - 311.
- FRIEDEMANN, Georges. *Tratado de Sociologia do Trabalho*. V. I. Trad. Otávio Mendes Cajado. São Paulo: Editora Cultrix - Universidade de São Paulo, MCMLXXIII. P. 34.
- LIMA, Manoel Hermes de. *Atentados à Autonomia do Direito Processual do Trabalho*. In: JORNAL TRABALHISTA CONSULEX, 2003, Brasília, p. 20-948/11 - 20-948/12.
- MARTÍNEZ, Soares. *Economia Política*. 6. ed. Coimbra - Portugal: Almedina, 1995. p. 447.
- MARX, Carlos. *El Capital. Crítica de La Economía Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 131.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. p. 58 - 66; COSTA, Coqueijo. *Direito Processual do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: 1986. p. 19 - 22; PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo Trabalhista de Conhecimento*. São Paulo: Editora LTR, 1991. p. 41 - 63; BEBBER, Júlio César. *Princípio do Processo do Trabalho*. São Paulo: Editora LTR, 1997. p. 23 - 30.
- PASSOS, Calmon, *apud* FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 60.
- Idem, p. 61
- Ibidem, p. 62.
- RUSSELL, Bertrand. *Princípios de Reconstrução Social*. Trad. Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional. p. 101.
- Idem, p. 167.
- SAAD, Gabriel et alii. *CLT Comentada*. 37. ed. São Paulo: LTR Editora, 2004. p. 690.

NOVAS REGRAS CIVILISTAS SOBRE EMANCIPAÇÃO DO MENOR E SEUS REFLEXOS NO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO

Análise, Conceito e Caracterização da Economia Própria Derivada da Relação de emprego

Alexandre Chedid Rossi*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXXIII, proíbe qualquer forma de trabalho aos menores de 16 (dezesseis) anos, ressalvada a condição de aprendiz, a partir dos 14 (quatorze) anos completos. Aos 16 (dezesseis) anos completos, o menor já se encontra juridicamente apto a dispor de sua força de trabalho como empregado, porém de forma limitada por dispositivos de proteção à sua higidez física, mental, moral e espiritual, em atendimento a princípios e preceitos constitucionalmente insculpidos (CF, art. 227), irradiando-se tais regras pela legislação ordinária através do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Consolidação das Leis do Trabalho, além de outras fontes isoladas em legislação esparsa.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, *Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. ("caput" do art. 2º da Lei n. 8.069/90)*

Portanto, no Brasil é vedado expressamente o trabalho de *crianças, assim como o dos adolescentes, estes desde que menores de 14 (quatorze) anos.*

Uma vez que por imposição legal, antes dos 18 (dezoito) anos completos a pessoa humana ainda é considerada *adolescente*, não vemos como deixar de assim rotular inclusive os emancipados, dotados de plena capacidade para a prática de atos e negócios jurídicos de caráter civil *lato sensu*.

É que a noção de *criança e adolescente*, ao que parece, não leva em consideração apenas o desenvolvimento racional, necessário ao discernimento das atividades e suas conseqüências jurídicas, mas também e essencialmente, o desenvolvimento inerente ao próprio organismo fisiologicamente considerado em seu processo de formação. Por razões óbvias afetas à necessidade social de estabilização e segurança nas relações jurídicas, bem como objetivando atender ao princípio da igualdade de todos perante a lei, nada mais justificável que se estabelecesse um termo objetivo a partir do qual a pessoa humana estaria submetida aos cânones da Jurisdição, em seus diversos ramos de atuação.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, *"a segurança jurídica requer abstração destas circunstâncias individuais, daí impor limites precisos de idade, prazos determinados, etc. (...) A segurança jurídica levou o legislador a estabelecer um limite de idade." (in Conflito de Normas, Ed. Saraiva, 1998, p. 27).*

Recentemente entrou em vigor o novo Código Civil brasileiro (lei 10.406/02), trazendo como uma das mais interessantes e aplaudidas inovações em relação ao Diploma antigo, a

* Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 15ª região

redução da idade emancipatória de 21 (vinte e um) para 18 (dezoito) anos (art. 5º, *caput*), e ainda no campo das novidades, e que mais nos interessa no momento, dispôs acerca da emancipação do empregado com 16 anos completos, desde que em função do emprego detenha economia própria (art. 5º, parágrafo único, V).

Mas afinal, em que hipóteses é possível afirmar a existência de *economia própria*? quais os aspectos a serem analisados? como se opera a emancipação por esse motivo?

A questão torna-se ainda mais complexa, se verificarmos a pluralidade de situações jurídicas vivenciáveis, assim como a potencialidade do universo das relações humanas, cada qual submetida a uma determinada esfera jurídica, a uma disciplina do Direito ou a um fundamento diferente.

Em sendo assim, questões das mais variadas ordens nos desafiam a buscar soluções adequadas, objetivando condensar as regras da capacidade civil com outras de caráter processual, penal, trabalhista, etc. A dissociação total das disciplinas nem sempre é possível, e o choque por vezes é inevitável, irradiando toda sorte de questões derivadas dessa interligação das disciplinas jurídicas, tais como:

aplica-se ao menor emancipado, o disposto no art. 793 da CLT, relativamente à capacidade processual? e o disposto no art. 439, relativamente à outorga de quitação na rescisão contratual? e quanto aos demais dispositivos de proteção ao menor, constantes na Consolidação e legislação esparsa?

Assim, podemos constatar o quão diversificadas são as hipóteses envolvendo a presente temática, não sendo possível aplicar-se uma única solução para todas elas, sob pena de, à antinomia verificada, ministrar-se remédio impróprio.

A ECONOMIA PRÓPRIA

Prescreve o art. 5º do Código Civil:

Art. 5º - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único - Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Neste estudo em particular, trataremos do disposto no inciso V, que diretamente implica em duas questões de imediato interesse no Direito do Trabalho, sendo a primeira delas, a própria formação do vínculo de emprego do menor quando preenchidos os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT, questão que por certo muitas vezes deverá ser apreciada incidentalmente por magistrados da Justiça Comum, como pressuposto necessário à verificação da capacidade de estar em juízo do menor, que se diz - ou contra o qual se atribui - a pecha de empregado. A segunda questão, e que por certo nos irradia maior curiosidade no momento, é no que diz respeito à formação de *economia própria*, esta por seu turno apreciável segundo critérios objetivos e subjetivos de diversas ordens, como veremos mais adiante.

Mas... que critérios são esses? o que teria pretendido ou idealizado o legislador, com tão imprecisa colocação? Qual seria a *mens legis* da economia própria?

A primeira impressão que dita referência legal nos causa é sua sinonímia com o conceito de *independência econômica*, a qual se traduz em absoluta desvinculação de qualquer outra fonte de subsistência que não a própria; não depender economicamente de ninguém; sustentar-se através de meios próprios, enfim, gerar e administrar sua própria fonte de renda e sustento, à custa de vínculo empregatício, sendo esta, ao que parece, a essência do dispositivo sob comento.

Contudo, a questão não se limita unicamente a conceituar a economia própria como *status* jurídico, indo mais além, percorrendo não apenas *o que é*, mas principalmente *a partir de quando é* e como dar ao dispositivo aplicação prática, ou seja, queremos respostas a algumas questões imediatas:

- Como atribuir a emancipação ao menor em razão de seu emprego?
- Como exteriorizar essa situação jurídica?
- Como convencer as demais pessoas que com ele contratam, de que o mesmo detém plena capacidade civil e disponibilidade sobre seu patrimônio?

Tendo em vista que o legislador civil limitou-se a dispor a regra sem qualquer parâmetro de aferição, cabe à doutrina e à jurisprudência, cada qual em seu papel didático e criador, darem os contornos necessários à tipificação da *economia própria*. Em razão da jovialidade da matéria, infelizmente nossas fontes de estudo e pesquisa ainda são escassas, o que não impede que formulemos algumas considerações sobre o tema de forma desprezenciosa, como medida de incentivo e amor aos estudos.

Falávamos anteriormente acerca da sinonímia entre as expressões *economia própria* e *independência econômica*.

Cumpra-nos a tarefa de visualizar a caracterização da *economia própria*, para efeitos de reconhecimento da capacidade adquirida, objetivando conhecer qual o melhor critério e quais os elementos a serem avaliados para se concluir se um menor com 16 anos completos, em virtude de seu emprego, possui ou não *economia própria*.

Citemos um exemplo prático:

Um jovem com idade de 17 anos, precocemente famoso atleta de futebol, percebendo rendimentos de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) mensais, poderia enquadrar-se no *status* jurídico como “empregado possuidor de economia própria”?

Todos os ventos parecem soprar em direção a uma única afirmação: “sim”, diríamos em uníssono. Em que pese também em princípio pendermos pelo acatamento à referida resposta, não olvidamos que a mesma carece de uma maior amplitude, vale dizer, de uma análise mais aprofundada do caso concreto.

Com efeito, sequer questionamos se o atleta de futebol referido possui o necessário discernimento e maturidade para gerir a vultosa quantia que transparentemente possui e que aumenta a cada mês que mantém o seu vínculo de emprego. Em face de tal questionamento, constatamos que não seria prudente analisar apenas a questão fática e objetiva das *cifras* (R\$ 500.000,00 mensais!), as quais, de início, impressionam o intérprete e tendem a persuadi-lo em optar por uma resposta induzida, a qual nem sempre será a melhor, posto ter ignorado outros fatores de indispensável análise e consideração.

As cifras, ora, as cifras... são apenas dinheiro. Riqueza material acumulável. Assim como o dinheiro, sozinho, pode não trazer toda a felicidade à pessoa humana, como se infere do tão conhecido adágio de sabedoria popular, também pode, no campo do Direito, não ensejar a sua plena capacidade jurídica. Não vemos como fulcrar a caracterização da economia própria unicamente em um conceito financeiro, afinal, a lei não emancipa o empregado que possua *finança ou poupança própria*, mas *economia própria em função de vínculo empregatício*, conceitos terminantemente distintos.

A economia, como ciência que é, empresta seu significado para conceituar o fenômeno, ou a situação jurídica que ora estamos buscando. *Economia* provém do grego *oikos* (casa) + *nomós* (regra). Ao pé da letra, *regras da casa*, que podemos facilmente entender como organização de uma atividade, de um negócio ou mesmo de uma simples casa ou lar. Economia estatal, negocial, doméstica, não importa. Em todos os ramos de atuação humana onde se verifique o uso ou predominância de valores, temos que esses valores merecem e exigem organização. A organização ou administração de uma fonte produtiva de bens ou valores, pode ser conceituada como *economia*, e sob todos os ângulos pelos quais se analisa, constata-se o indissociável elemento da *administração, organização e regramento*, sem os quais não se têm *economia*, mas mero acúmulo material de riquezas. “*Casa onde ninguém manda, desanda*”, já diria um outro antigo adágio popular.

A idéia de economia própria, segundo pensamos, vem calcada em elementos objetivos e subjetivos. Os elementos *objetivos* transparecem pela própria condição de empregado; nos rendimentos auferidos; na aquisição de bens materiais e imateriais e no acúmulo de riquezas. São os indícios (não certeza!) primários de que determinada pessoa com 16 anos completos possui economia própria. Mas só isso não basta, em nossa modesta opinião.

Os elementos *subjetivos* demandam certa análise intrínseca do agente, bem como de sua vida pessoal e estado psicológico. Um atleta com 17 anos, como o do nosso exemplo, pode ser financeiramente milionário, mas absolutamente imaturo e dependente, de modo que todos os seus negócios sejam acompanhados (e até celebrados) por seu pai ou algum parente sob cujo teto conviva ou dependa. Havendo ainda essa presença marcante e fundamental da figura paterna ou materna (ou do representante legal) na vida negocial do menor, e sendo esta presença fundamental para lhe garantir parte do sucesso no empreendimento realizado, estará caracterizada a sua imaturidade e a conseqüente dependência moral ou psicológica, fatores que a nosso entender, *desde que devidamente constatadas e provadas*, por excepcionais, impediriam a caracterização da *economia própria*, e conseqüentemente, da emancipação prevista no art. 5º, parág. Único, inciso V do NCC. Ressaltamos, contudo, que diante dos fatos objetivamente auferíveis, deve-se presumir (*presunção hominis iuris tantum*) que o menor, dotado de tamanha fortuna material, detenha economia própria; o contrário é que deve ser provado, e isto voltaremos a comentar, quando abordarmos os aspectos do requerimento judicial da emancipação pelo menor, ou por seus representantes legais.

Com efeito, vimos que *economia* não é sinônimo de dinheiro na poupança - e nem poderia ser; *economia* traduz a idéia de operação e gerenciamento de uma determinada atividade ou renda, constituindo um universo próprio que requer administração para bem continuar e produzir utilidades.

Sendo assim, apenas *dinheiro* não bastará para conferir ao menor a sua economia própria emancipatória. É necessário, a nosso ver, que o jovem empregado, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 16 (dezesesseis), detenha também a plena *independência gerencial* de seus negócios, a *maturidade suficiente* para dele dispor e a *independência moral e psicológica* de que cuidamos linhas atrás, revelando-se assim, apto a tal mister, sob pena de se traduzir o dispositivo legal sob comento, em nociva arma operante contra aqueles a quem se pretendeu beneficiar.

Por tudo o que até aqui foi mencionado, somos obrigados a divergir do ilustre jurista Lima Teixeira, o qual contudo parabenizamos por ter sido um dos poucos que, das obras consultadas, enfrentaram o tema de frente. Diz o mestre que “*por economia própria, pode-se entender a obtenção de renda ou remuneração suficientes para o próprio sustento, ou seja, pelo menos o correspondente a um salário mínimo*” (in “Instituições...”, Ed. Saraiva, 2003, p. 245).

Conforme se verifica, o posicionamento adotado por Lima Teixeira confere a emancipação a todo e qualquer empregado menor, entre 16 e 18 anos, desde que contra ele não seja infringida a cláusula legal de pagamento do salário mínimo. Adotando tal entendimento, teríamos nesse caso um critério objetivo de aferição da capacidade dos menores-empregados, o que na prática acabaria por significar a emancipação *ipso facto* de todo e qualquer menor-empregado, exceto aqueles que, em situação irregular, percebessem salário inferior ao mínimo legal.

Não cremos tivesse o legislador percorrido em busca de tal finalidade, pois fosse assim, desnecessário seria a menção legal à *economia própria*, cuja riqueza do contexto parece transbordar da simples hipótese objetiva do recebimento, pelo empregado, de um salário mínimo mensal (o que não significa que um empregado menor, ganhador de tão ínfima quantia, não pudesse vir a obter a emancipação com base no art. 5º, pará. Único, V do NCC, conforme as condições verificadas no caso concreto).

Em sendo assim, pensamos que, mesmo percebendo vultosos salários, não se haverá de constituir a emancipação do menor, quando imaturo e dependente moral, o que se constata das mais variadas formas, entre as quais, o gasto irresponsável (no sentido informal do termo), a presença constante da figura paterna ou tutelar nos negócios, a ausência de juízo e bom senso nas aquisições, doações, vida desregrada, fracassos grosseiros nos investimentos, ser tapeado nos negócios, etc. Como já mencionado, tais fatos devem ser rigorosamente provados, *presumindo-se sempre que o menor empregado, com 16 anos completos, esteja apto a ser emancipado*.

Em sentido diametralmente oposto ao exemplo prático que vínhamos expondo, passemos agora a apresentar o seguinte quadro imaginário (mas tão real neste Brasil!): menor com 16 (dezesseis) anos completos obtém um emprego remunerado pelo salário mínimo, com o qual sustenta seu pai e mãe idosos e/ou inválidos, e irmãos pequenos. Controla as contas domésticas, põe comida em casa e auxilia seus pais nos tratos com terceiros.

Em que pese o salário ser muito baixo, a ponto de muitos negarem a possibilidade de se vislumbrar qualquer sombra de *economia própria* num caso como esse, de nossa parte, não temos dúvida a respeito de sua plena caracterização, d'onde uma vez mais constatamos que as cifras não constituem elemento único e isolado do referido *status* jurídico, pois somam-se aos demais elementos já verificados, os quais são objetivos e subjetivos, sendo que o salário, em verdade, representa apenas um dos elementos objetivos, restando outros do mesmo gênero, além dos subjetivos, que neste último exemplo demonstram estar inequivocamente presentes (arrimo de família com senso de responsabilidade, discernimento, organização do lar, independência moral e psicológica, etc), demonstrando haver plenas razões para se atribuir a emancipação a este jovem, ainda que recebedor de tão ínfimo salário, que se esvai mensalmente no sustento precário de todos que dele se aproveitam.

Tecidas tais considerações, cabe agora um questionamento interessante, pertinente em face da notória *sazonabilidade* do contrato de trabalho em nosso país (em que pese a adoção pelo Direito do Trabalho, do princípio da *continuidade do vínculo de emprego*), pois sabemos o quão fácil é para um empregador despedir um empregado, bastando que pague indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS, aliás, é possível despedir mesmo sem pagar qualquer indenização, ficando esta, quiçá, posteriormente reduzida a um ínfimo acordo judicial parcelado.

Queremos com isso ressaltar que a realidade nua e crua que se apresenta nos moldes atuais, nos informa que infelizmente o *empregado de hoje* pode vir a ser - e com certeza será - o *desempregado de amanhã*. Razões de ordem pública, atinentes à segurança nas relações jurídicas justificam a irreversibilidade do *status* emancipatório. Em sendo assim, uma vez verificada a emancipação decorrente de emprego com economia própria,

ainda que, antes de completar 18 (dezoito) anos, venha o menor a ser despedido, ou que posteriormente venha a tornar-se dependente, não mais retornará ao estado anterior, conservando portanto, a plena capacidade adquirida e somente vindo a perdê-la por outras causas legalmente previstas (enfermidade ou deficiência mental, toxicomania, ebriedade, prodigalidade, etc). No mesmo sentido, a doutrina majoritária se manifesta em relação ao menor emancipado pelo casamento: "...*mesmo havendo a dissolução da sociedade conjugal (pelo divórcio, separação judicial ou morte), o emancipado não retorna à anterior situação de incapacidade civil.*" (in *Novo Curso de Direito Civil, Vol. I, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Ed. Saraiva, ano 2002, p. 113*).

Face a tais constatações, é perfeitamente possível que venhamos a ter notícias de um menor atleta de futebol, que aos 16 anos seja considerado um milionário fenômeno esportivo, e aos 17 venha a contrair uma patologia que o impeça de continuar nos campos, vindo a perder tudo o que ganhou, retornando à miséria de onde surgiu, conservando, porém, o *status* de emancipado. É um quadro possível, que a lei possibilita e para o qual não se vislumbra solução, pois o retorno ao estado anterior, ou seja, ao *status* de relativamente incapaz poderia ser um duro golpe a terceiros de boa-fé, assim como à sociedade em geral, que não admite tamanha inconstância e instabilidade nas relações jurídicas.

ESTABILIZAÇÃO DO STATUS JURÍDICO DA PESSOA NATURAL - A OUTORGA DA EMANCIPAÇÃO

Como atribuir-se ao menor-empregado e supostamente dotado de economia própria, o *status* emancipatório? trata-se de emancipação automática (*ipso facto*), como a que se verifica no casamento, ou condicionada à jurisdição voluntária ("*ope judicis*") ?

Nessa ordem de questões, cabe uma singela referência às formas de emancipação. Segundo classificação doutrinária, ela poderá ser *voluntária, judicial e legal* (Stolze Gagliano e Pamplona Filho, Ob.cit, p. 111).

A emancipação *voluntária* é aquela prevista no inciso I do parágrafo único, art. 5º do Código Civil, referente à concessão dos pais por escritura pública, sem necessidade de homologação judicial.

Judicial (ope judicis) é a emancipação decorrente de sentença proferida em sede de jurisdição voluntária (a qual não está isenta de apresentar litígio entre as partes), quando por exemplo o próprio menor busca em juízo a constituição de sua plena capacidade.

Diz-se *legal (ope legis ou ipso facto)* a emancipação automática, pela ocorrência de um fato jurídico objetivamente perceptível e constatável, previamente rotulado em lei, como nos casos de casamento, exercício efetivo de emprego ou cargo público, colação de grau em curso superior, etc) (art.cit., incisos II, III e IV).

Entendemos que a *ratio* da emancipação derivada do vínculo empregatício com economia própria exige pronunciamento judicial, sem o qual não será possível atribuir-se a capacidade plena ao menor empregado, por absoluta inexistência de um critério objetivo, sendo impossível que um mesmo critério atenda às peculiaridades de todos os menores empregados, razão pela qual a *economia própria* deverá ser percebida e constatada *in concreto*, segundo análise pormenorizada de cada caso, individualmente considerado.

Só assim podemos conciliar a necessidade de segurança nas relações jurídicas (princípio basilar do ordenamento jurídico) com o novel regramento civilista.

Caso assim não seja, das duas uma: ou a emancipação se estende a todo empregado maior de 16 (dezesesseis) e menor de 18 (dezoito) anos, indistintamente (caso em que desnecessário seria a menção legislativa à *economia própria*), ou então, deixaríamos ao critério individual dos particulares, a formação de um juízo pessoal acerca da capacidade plena de cada um, e neste último caso, teríamos uma inegável balbúrdia jurídica, onde nenhum empregado menor poderia afirmar convictamente "*eu sou emancipado*", pois

teria que disso convencer a outra parte, em cada negócio jurídico que viesse a celebrar. Não é difícil imaginar a tamanha insegurança que tal prática nos geraria, daí porque também não pode ser aceita.

O clamor pela paz social e segurança nas relações jurídicas exige situações estáveis e bem definidas, comprováveis de plano, e imunes a dúvidas e juízos pessoais dos particulares, daí porque reputamos imprescindível, para se caracterizar formalmente a emancipação do menor empregado com economia própria, a *sentença judicial constitutiva*, proferida em sede de jurisdição voluntária na Justiça Comum.

Sem esse instrumento de emanção do poder estatal, inviável, enfraquecida, temerosa e duvidosa seria qualquer afirmação precipitada de que *tal* menor detém ou não plena capacidade civil (de direito e de fato), por possuir emprego que lhe traga uma possível economia própria, segundo um juízo pessoal de cada um.

No que tange aos aspectos da capacidade processual do menor que ingressa em juízo postulando a constituição emancipatória, em que pese haver entendimento por parte de alguns, no sentido de que essa capacidade processual é plena e prescindível de assistência, reputamos aplicável o art. 7º do CPC c/c o art. 14 (quatorze) 2, parágrafo único do E.C.A., ou seja, ingressando em juízo o menor de 18 (dezoito) anos (aplicando o direito atual), deverá a autoridade judiciária dar curador especial ao mesmo, uma vez que haverá discordância ou dissonância (e não propriamente conflito) entre a pretensão emancipatória do menor, e o posicionamento a respeito do assunto, pelos seus pais ou representantes legais. Claro que se houvesse concordância dos pais em emancipar o menor, tal poderia ser feito na forma do inciso I do parágrafo único do art. 5º do Código Civil (emancipação por escritura pública), e, não havendo consenso, restaria ao menor o caminho judicial. Lembramos que se houver concordância de apenas um dos pais, e de outro não, aquele que se coloca ao lado do menor poderá assisti-lo em juízo na reivindicação emancipatória, restando ao outro a posição de *parte contrária formal*, ainda que não haja propriamente um conflito material de interesses em choque, mas mera oposição paterna (ou materna), não considerada jurisdição contenciosa por inexistir *uma pretensão a ser satisfeita mediante sacrifício de interesse alheio* (Dinamarco, in *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. III, Malheiros, 2002, p. 500).

Sendo assim, verificando o menor que detém condições de manter-se pelas vias próprias de seu emprego, recomenda-se, caso seja de seu interesse, num primeiro momento buscar amigavelmente de seus pais a emancipação voluntária, deixando como última medida o ajuizamento da ação emancipatória, na qual - recomenda-se - que o juiz presuma a economia própria segundo a afirmação do autor e a análise dos elementos objetivos (cuja prova se faz com a juntada da CTPS e comprovantes de recebimento do salário), deixando o juiz de concedê-la, se convencido for da sua inviabilidade em face dos elementos subjetivos trazidos ao seu conhecimento e por nós já mencionados anteriormente.

INCIDÊNCIA DAS REGRAS CIVILISTAS NAS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS DE PROTEÇÃO AO MENOR

Indaga-se quanto aos efeitos, no direito material e processual do Trabalho, das regras civilistas sobre capacidade.

Sabemos que *considera-se menor para os efeitos da Consolidação o trabalhador de 14 (quatorze) até 18 (dezoito) anos* (CLT, art. 402), e que *a reclamação trabalhista do menor de 18 (dezoito) anos será feita por seus representantes legais* (CLT, art. 793), neste último caso, não havendo qualquer remissão quanto à possibilidade de o menor ser ou não emancipado, nos termos da lei civil. Uma análise superficial e incompleta da questão poderia levar o exegeta mais afoito a concluir pela inaplicabilidade das disposições civis relativas à capacidade, tendo em vista a expressa disposição do art. 793, inexistindo lacuna na CLT.

Incorreto, pensamos.

Outros enganos podem ser cometidos, caso se adote sempre essa mesma postura restritiva ao universo jurídico laboral, sem sistematizar as regras jurídicas aplicáveis, e deixando de se considerar a unidade do Direito.

Já vimos que o art. 5º do novel Diploma Civil, em seu parágrafo único, incisos I a V, retrata as hipóteses em que o menor adquire a plena capacidade para os atos da vida civil *lato sensu*.

Verifica-se que uma vez emancipado, o menor deixa de possuir representantes legais, pois só quem necessita de representantes legais são *os incapazes, e quem é emancipado deixa de ser incapaz*, como premissas lógicas que não oferecem maiores dificuldades. A representação legal, diga-se de passagem, extingue-se *"ipso iure"* com o implemento da emancipação.

É certo que a emancipação civil não produz os mesmos efeitos na seara criminal, de modo que o menor, emancipado ou não, continuará inimputável criminalmente até que se complete os 18 (dezoito) anos exigidos pela legislação penal. Tal conclusão, porém, justifica-se em razão das já mencionadas razões de ordem fisiológica, garantidoras da higidez física do ser humano em processo de formação, havendo determinadas regras tuitivas em nosso Ordenamento, que nenhuma relação apresentam com questões de capacidade civil, mas tão somente com questões de ordem física, mental, moral, espiritual e social, nesta ordem dispostas no art. 3º, parágrafo único do ECA, e que o legislador, até o momento vem priorizando, em que pese a pressão social para que seja reduzida a menoridade penal para 16 (dezesesseis) anos, contudo, não invadiremos essa seara, por transbordar dos limites desta modesta exposição.

O art. 793 consolidado dispõe que o menor de 18 (dezoito) anos terá sua reclamação movida por seus representantes legais, o que *a contrariu sensu* nos leva a concluir que, não os havendo - por ser o menor emancipado - obviamente que poderá comparecer desacompanhado na Justiça do Trabalho, sem qualquer representação ou assistência.

Para saber se determinada pessoa está sujeita à representação legal ou à assistência, ou se é plena ou relativamente incapaz, necessário se faz recorrer às regras do Código Civil, fonte de irradiação das normas jurídicas de direito privado em sentido lato. Não olvidemos ainda, que o Direito do Trabalho já foi considerado ramo do Direito Civil, e ainda que autônomo, conserva o rótulo de ser uma disciplina não-penal, situando-se na esfera das relações privadas e portanto, indissociável, em certos aspectos, de muitas das regras civilistas.

A despeito de tal afirmativa, faz-se necessário que o aplicador do direito esteja atento para o fato de que NÃO deverá socorrer-se das normas supletivas do direito comum, sempre que a legislação trabalhista contiver norma auto-suficiente, que baste em si mesma, como é o caso de muitas das normas celetistas, a exemplo do art. 404 (vedação ao trabalho noturno); art. 405, I e II (vedação ao trabalho insalubre e perigoso, bem como do prejudicial à moralidade do menor); art. 413 e 414 (quatorze) (regras especiais de jornada de trabalho), e outras tantas regras destinadas à proteção do menor enquanto *ser humano em formação*, sem levar em conta seu *status jurídico formal* (capaz ou incapaz, emancipado ou não) conquistado segundo as regras do Direito Civil.

Portanto, o objeto jurídico a proteger, em conjunto com a auto-suficiência ou insuficiência das normas celetistas, é que irão determinar até que ponto a emancipação do menor refletirá nas disposições contidas em regramento especial trabalhista.

Todas as normas celetistas que tratam do trabalho do menor, *dispondo regras de higidez física, mental, moral, espiritual e social*, são também auto-suficientes e dispensam a aplicação subsidiária do direito comum, de modo que não temos dúvidas em afirmar que um empregado, contando com 17 anos, casado (portanto emancipado), ainda assim estará proibido - em seu próprio benefício - de prestar trabalho noturno, insalubre ou perigoso, como preconizam as normas celetistas anteriormente citadas.

Da mesma forma, verifica-se absolutamente vedada pelo Ordenamento a publicação em revistas especializadas, de fotos íntimas de menores ainda que emancipados, de modo que, acima do princípio da segurança nas relações jurídicas, está o princípio maior do respeito à ordem pública, à moralidade, aos bons costumes e à dignidade da pessoa humana. Imaginemos o que não ocorreria caso fosse permitida a publicação de fotos íntimas de menores emancipados, em odiosa afronta à proteção do adolescente: a proliferação de casamentos forjados e pais emancipando seus filhos por dinheiro, a fim de viabilizar tal prática, desnaturando por completo o instituto da emancipação, que não se irradia para todas as disciplinas jurídicas, devendo sempre haver a necessária compatibilidade entre as normas, a disciplina e os fatos, e respeito aos princípios supremos de nosso Ordenamento jurídico e social.

Assim, verificamos que na seara trabalhista, existem normas tuitivas que visam assegurar a necessária proteção aos menores, proteção esta que ao nosso ver, fundamenta-se em duas ordens:

proteção ao empregado como ser humano em processo de formação, caso em que a auto-suficiência da norma trabalhista é plena e absoluta, prescindindo-se de qualquer remissão ao estatuto civilista, e pouco importando o estado jurídico do menor, se emancipado ou não. Basta a verificação objetiva da idade, para - se menor - submetê-lo às regras especiais segundo esta ordem, a que nos referimos como proteção à higidez física, mental, moral, espiritual e social do menor.

proteção ao empregado como pessoa incapaz de praticar certos atos e negócios jurídicos, como se verifica por exemplo, nos artigos 439 (outorga de quitação na rescisão contratual) e 793 (regra de capacidade processual) da CLT. São normas que referem-se diretamente ao instituto da *capacidade de fato* e portanto, não há como aplicá-las em proteção daquele que se encontra no pleno uso e gozo da capacidade nos negócios e atos jurídicos. Daí porque nossa afirmação anterior, segundo a qual aos empregados menores de 18 anos, emancipados, não se aplicariam os dispositivos supra mencionados.

Questão interessante, e que não parece bem se enquadrar em nenhuma das hipóteses suso mencionadas, é a da prescrição disposta no art. 440 da CLT: *contra os menores de 18 (dezoito) anos, não corre nenhum prazo de prescrição*.

Segundo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (ob.cit, p. 117), *"...perderá o sentido lógico a regra do art. 440 da CLT (omissis), se, a partir dos dezesseis anos, ele já for emancipado pela celebração de contrato de trabalho subordinado. Neste caso, deve ser invocada a regra do art. 198, I do CC-02, que limita a não-contagem da prescrição aos incapazes do art. 3º, ou seja, in casu, justamente ao menor de dezesseis anos"*.

E em nota de rodapé, à mesma página, observam que *"a única justificativa jurídica que pode ser aceita para não se considerar irremediavelmente revogada tal norma é a eventual invocação do princípio da proteção ao hipossuficiente econômico, com a regra de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador"*.

Filiamo-nos em parte a este último entendimento, ao qual acrescentamos, ainda, que não apenas o critério da norma mais favorável nos socorre na busca da solução para tal antinomia entre os artigos 440 da CLT e 198, I do NCC, como também e principalmente, o critério da *especialidade* e da *auto-suficiência* da norma trabalhista. Somam-se então nada menos que 3 critérios distintos a justificar que, emancipado ou não, contra o menor de 18 (dezoito) anos não corre prescrição extintiva quanto à pretensão de ressarcimento de lesões trabalhistas:

Critério da norma mais favorável: a norma obviamente mais favorável é aquela que mais vantagens traduz ao empregado;

Critério da especialidade: a norma especial sobrepõe-se à geral, e nos dizeres de Maria Helena Diniz, “a norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial, que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica” (in *Conflito de Normas*, Ed. Saraiva, 1998, p. 39);

Critério da auto-suficiência, por nós verificado e contido implicitamente no art. 8º da CLT, e segundo o qual a normatividade sem lacunas ou omissões dispensa qualquer remissão à fonte supletiva do direito comum.

Apesar de não se tratar o art. 440 consolidado, de norma destinada à higidez física do menor, certo é que não carece de aplicação subsidiária do direito comum, por bastar-se em si própria no comando que exara, ou seja, em sede trabalhista, a norma sob comento será aplicável mesmo sobre os demais aspectos, já que é *mais favorável*, é *especial* e é *auto-suficiente*, sendo causa bastante para se impedir o fluxo extintivo da prescrição trabalhista, a idade inferior a 18 (dezoito) anos.

Vimos, portanto, que restam estabelecidos sólidos critérios do desenvolvimento de um processo interpretativo e aplicativo do Direito, quando aparentemente antinômicas as regras civilistas do instituto da capacidade jurídica da pessoa natural, com as regras especiais de proteção aos menores, de modo sempre a se perquirir qual o real objeto jurídico tutelado. Assim, se for **a)** o menor como entidade capaz de se auto-gerir, dispor de seus bens e negociar segundo sua própria vontade, o que também atende à uma função estabilizadora das relações jurídicas, inclusive quanto a terceiros, ou se for **b)** o menor como organismo humano em formação, sujeito às regras especiais que preservem sua higidez em sentido lato, ou ainda quando a norma especial simplesmente detém tamanha auto-suficiência, a ponto de descartar qualquer ingerência subsidiária do direito comum.

CONCLUSÕES

Esperamos ter conseguido expor algumas questões atinentes ao menor em face das novas regras civilistas, em especial aquelas trazidas ao campo da capacidade, formas de emancipação, caracterização da economia própria e reflexos desses institutos na órbita trabalhista. Longe de pretender esgotar o assunto, verificamos apenas algumas hipóteses de interligação dessas disciplinas jurídicas, bem como procuramos estabelecer, segundo nossa ótica, alguns critérios norteadores de solução das eventuais antinomias surgidas no campo empírico das relações jurídicas.

O PAPEL DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PARA A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga*

INTRODUÇÃO

Objetiva o presente trabalho enfatizar a importância do livre acesso ao Poder Judiciário, como uma das mais importantes garantias de efetivação dos direitos sociais, prevista, inclusive, na Constituição da República.

Ao mesmo tempo, busca-se refletir sobre as limitações que as normas atuais e uma interpretação pouco compatível com as garantias constitucionais impõem ao livre acesso ao Judiciário Trabalhista, especialmente no que concerne a inexistência de honorários sucumbenciais e as restrições à ampla concessão da Assistência Judiciária Gratuita.

DIREITOS SOCIAIS: A LUTA PELA EFICÁCIA

Assiste-se, em nossos dias, a crescente expansão e consolidação dos direitos humanos, consagrados nas Constituições dos países do todo mundo, fruto de um processo evolutivo civilizatório, que crescentemente consolidou a compreensão de que a finalidade precípua das instituições sociais deve ser garantir a todos os cidadãos a livre fruição dos direitos humanos.

A todo ser humano tem sido, cada vez mais, reconhecido o direito de exigir dos Estados a efetivação de um conjunto de medidas que, em última análise, assegurem a eficácia dos direitos fundamentais formalmente reconhecidos nos tratados internacionais e nos ordenamentos jurídicos nacionais. O variado espectro de direitos reconhecidos alcança desde os chamados direitos políticos clássicos (direito à vida, à liberdade, à integridade física, inviolabilidade do domicílio, etc.), passando pelos direitos de participação (a votar e ser votado, direito de reunião e de associação, etc.) e chegando aos direitos sociais (direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, direitos do consumidor, direitos à proteção social, etc.)¹. Em conceito cada vez mais aceito, o progresso de um país deve ser medido, não pela riqueza que acumula, mas pela apropriação do conjunto dos direitos humanos por parte da maioria da população.²

Tais avanços não foram logrados pacificamente, mas em meio à intensa luta, teórica e prática, em que contendem versões bastante distintas a respeito do papel do Estado e das políticas públicas que visam promover a igualdade. Ante o fato incontestável de que não se garante à maior parte da população mundial condições mínimas de existência digna, todo o debate a respeito de direitos humanos pode parecer inconsistente e acadêmico, desligado de uma dura realidade que parece desconhecer as boas intenções dos teóricos.

* *Juizes do Trabalho, ambos, sendo o primeiro Doutorando perante a Universidade Pompeu Fabra, Barcelona.*

1. Os autores costumam classificar os direitos humanos em três gerações ou dimensões. De todo modo, conforme a Declaração de Viena, 1993, os direitos humanos são "universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados".
2. A esse respeito, é interessante constatar-se a importância cada vez maior do chamado Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que procura medir o progresso dos países através do acesso dos cidadãos aos serviços básicos, como educação, saúde, habitação, etc.

Entretanto, tal debate não é, absolutamente, em vão. Muito percorreu-se até consolidar-se o entendimento sobre a aplicabilidade direta das normas constitucionais, especialmente as que contém direitos fundamentais.³ Da mesma forma a vinculação dos particulares às normas de ordem pública enfrentou a dura oposição dos liberais, tributários de uma longa tradição que associa os direitos humanos apenas aos conceitos negativos da liberdade.⁴ Por fim, relativamente aos direitos sociais, por muito tempo, negou-se aos mesmos o “status” de direitos fundamentais.⁵ Além disso, por serem promocionais da igualdade, foi preciso vencer a resistência a considerá-los “verdadeiros direitos”, mais do que simples recomendações ao Administrador Público.⁶

A Constituição brasileira consagrou extensa gama de direitos sociais, a princípio, elencados nos artigos 6º e 7º e, mais adiante, desenvolvidos por normas inequívocas, como, por exemplo, o direito à saúde e educação. Tais normas podem ser exemplificadas como o “direito de todos e dever do Estado” (artigos 196 e 205) ou o conjunto de artigos destinados a sustentar o direito à previdência social (artigos 201 e 202). Da mesma forma, há uma série de direitos trabalhistas, em geral contidos no art. 7º da Carta Magna, onde consta, por exemplo, a proteção contra a despedida imotivada, o direito ao seguro-desemprego, a igualdade entre trabalhadores urbanos e rurais, o direito ao salário mínimo, o direito da gestante à licença maternidade, direito à duração de trabalho não superior a oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, etc.

Não foram poucas as vozes que se levantaram contra o caráter detalhado da Carta Constitucional, especialmente no que tange aos direitos sociais. Por outro lado, malgrado o contido no parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal, que assegura efetividade imediata às normas constitucionais, persiste a oposição à aplicação direta dos direitos trabalhistas contido no art. 7º da Carta de 1988. Da mesma forma, em diversas ocasiões, propôs-se a revogação do art. 7º ou, pelo menos, a mitigação dos direitos ali contidos através do procedimento de negociação coletiva.

Tal fato apenas demonstra que a implementação dos direitos sociais ainda é um processo em curso, em que as mesmas forças que resistiram ao seu reconhecimento constitucional, hoje se opõem à sua efetivação.⁷

-
3. ENTERRÍA, Eduardo García de. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Civitas, Madrid, 1985, p. 20.
 4. A idéia da eficácia dos direitos constitucionais frente aos particulares deriva da doutrina alemã (“Drittwirung” ou eficácia horizontal). ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 513.
 5. “Os direitos sociais englobam, de um lado, o direito ao trabalho e os diferentes direitos do trabalhador assalariado; de outro lado, o direito à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), o direito à educação; e, de modo geral, como geral, “o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida” (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, art. 11)(...) Tal como na Constituição mexicana de 1917, os direitos trabalhistas e previdenciários são elevados ao nível constitucional de direitos fundamentais (art. 157 e ss). (COMPARATO, Fábio Konder. “A afirmação histórica dos Direitos Humanos”. Saraiva, São Paulo, 2001, pp. 62 e 201).
 6. Para o pensamento kelseniano, “não há direito subjetivo em relação a uma pessoa sem o correspondente dever jurídico de outra”. Para Ferrajoli, no entanto, nada autoriza concluir que tecnicamente os direitos sociais não possam ser garantidos do mesmo modo que os demais direitos, a pretexto de que todos os atos requeridos para sua satisfação seriam inevitavelmente discricionais, não formalizáveis e não suscetíveis de controle e coerções jurisdicionais. Deve-se buscar as razões da não efetividade dos direitos sociais, portanto, no âmbito da vontade política - e não no da impossibilidade técnico-jurídica”. (FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y garantías, la ley del más débil”. 1999, Editorial Trotta, Madrid., p. 109). A esse respeito, também, COMPARATO, Fábio Konder. “O papel do juiz na efetivação dos Direitos Humanos”. In “AJD ASSOCIAÇÃO JUIZES PARA A DEMOCRACIA. Direitos Humanos - visões contemporâneas”. AJD, 2001, São Paulo, p. 25.
 7. Conforme Bobbio, o problema maior não é tanto a elaboração e a enunciação dos Direitos Sociais, hoje, mais o de sua efetivação: “O importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los”. BOBBIO, Norberto. “A Era dos Direitos”, Editora Campus, 1992, Rio de Janeiro, p. 37.

Neste trabalho procura-se analisar outra faceta da mesma oposição, aos direitos sociais, porém esta de natureza prática, ou seja, a inviabilização do exercício do direito através das restrições ao livre acesso do cidadão ao Poder Judiciário.⁸

Para tanto, antes de tudo, é necessário situar o livre acesso ao Judiciário como uma das mais importantes garantias dos direitos fundamentais.

AS GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A efetividade do processo constitui, ele mesmo, um direito fundamental, "posto que dela depende a própria garantia de proteção judiciária, o que faz com que os meios de tutela devam ser adequados e hábeis para de fato pacificar os conflitos e realizar a justiça".⁹

Conforme JUAREZ FREITAS, da adoção, entre nós, do sistema de jurisdição única (cláusula pétreia da Constituição Federal brasileira) decorre o "amplo e irrenunciável direito de acesso à tutela jurisdicional como uma espécie de contrapartida lógica a ser profundamente respeitada, devendo ser proclamado este outro vetor decisivo no processo de interpretação constitucional: na dúvida, prefira-se a exegese que amplie o acesso ao Judiciário (...)"¹⁰

Embora não se possa reduzir toda a efetividade dos direitos fundamentais - e dos direitos sociais em particular - à sua judiciabilidade¹¹, não resta dúvida de que incumbe ao Estado, através do Poder Judiciário, tutelar os interesses protegidos contidos nas normas legais, assegurando sua efetiva realização.

Conforme ALBUQUERQUE ROCHA, tal tutela se faz através da *garantia*, ou seja, da "técnica destinada a realizar, na prática, o direito, no caso de sua violação".¹² O próprio direito material está indissolúvelmente associado aos meios de sua instrumentalização e às garantias de eficiência dos mesmos.¹³ É a própria Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, em seu art. 16, proclama: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".

-
8. A partir do pós-guerra, "a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado do bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito carneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos os mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores". (SOUZA SANTOS, Boaventura. "O Acesso à Justiça" in Associação dos Magistrados Brasileiros, "Justiça: promessas e realidade, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1996, p.406).
 9. SAMPAIO SILVA, Clarissa. "A efetividade do processo como um direito fundamental: o papel das tutelas cautelar e antecipatória" in GUERA FILHO, Willes Santiago (coordenador), "Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, p. 184
 10. FREITAS, Juarez. "O intérprete e o poder de dar vida à Constituição", Malheiros, 2001, p. 235.
 11. A esse respeito, COMPARATO, ob. cit., p. 58.
 12. ALBUQUERQUE ROCHA, José. "Estudos sobre o Poder Judiciário", Malheiros Editores, São Paulo, p. 60. Assim, "a ordem jurídica realiza sua tarefa de proteger os interesses existentes na sociedade de dois modos essenciais. Inicialmente, o ordenamento jurídico cumpre sua missão de tutela dos interesses, escolhendo na massa indiferenciada desses interesses aqueles que, segundo o sistema de valores correspondentes às forças sociais dominantes em um dado momento histórico, são considerados os mais convenientes à estabilidade e a reprodução de uma dada forma de organização social. O ordenamento jurídico concretiza essa forma inicial de proteção dos interesses através das normas que atribuem direitos (poderes, facultades, pretensões) aos seus titulares e impõe os correspondentes deveres aos que são obrigados a satisfazê-los. É a fase que poderíamos chamar de reconhecimento dos interesses. Na generalidade dos casos, as pessoas aceitam as normas jurídicas atributivas de direitos e deveres como pautas de suas condutas. No entanto, ocorrem situações em que os indivíduos deixam de observar as normas de direito, violando, portanto, os interesses por elas reconhecidos e protegidos e, por consequência, provocando aquilo que a sociologia jurídica chama de conflito de interesses jurídicos. O fenômeno dos conflitos de interesses é comum nas sociedades onde predomina o sistema de apropriação privada da riqueza socialmente produzida por ser gerador de competição econômica entre os agentes sociais, sem dúvida, uma das principais causas dos conflitos. Eclosiondo o conflito, o mero reconhecimento dos interesses pela lei ou pela Constituição não é suficiente para restaurá-los já que a simples proclamação dos direitos pelas normas não tem o poder mágico de assegurar sua concreta realização. Diante disso, aparece a necessidade de inventar uma nova técnica capaz de tornar certa a realização concreta dos direitos na eventualidade de sua lesão. A essa nova técnica destinada a realizar, na prática, o direito, no caso de sua violação dá-se o nome de garantia. Assim, a garantia é o nome técnico que se dá ao mecanismo finalizado à restauração do direito nos casos de sua lesão ou ameaça de lesão. (...) Resumindo tudo, pode-se dizer que a garantia é o instrumental idóneo a assegurar a observância coativa das normas atributivas de direitos violados ou ameaçados de violação" (ALBUQUERQUE ROCHA, ob. cit. pp. 59-60).
 13. CARDOSO, Luciane. "Acesso à Justiça no Brasil: do movimento de acesso à Justiça" in Anais do X Encontro Region al dos Magistrados do Trabalho do Rio Grande do Sul, HS Editora, Porto Alegre, 1996, p. 28.

Para CANOTILHO, “garantia” é o meio processual (judicial, administrativo ou mesmo material) adequado para a defesa dos direitos.¹⁴ Há de se distinguir as garantias formais das instrumentais ou processuais. Conforme Vicente Grecco, as garantias formais são “aquelas que, sem definir o conteúdo do direito, asseguram a ordem jurídica, os princípios da juridicidade, evitando, o arbítrio, balizando a distribuição dos direitos em geral (por exemplo, o princípio da legalidade - *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* - ou o da isonomia ou igualdade - *Todos são iguais perante a lei*). Já as *garantias instrumentais ou processuais* são “as disposições que visam assegurar a efetividade dos direitos materiais e das garantias normais, cercando, por sua vez, sua aplicação de garantias; sendo exemplos, as garantias do processo, como o da ampla defesa, a instrução contraditória, etc.”¹⁵

Assim, a garantia de proteção judicial constitui a “garantia das garantias constitucionais” e esta “há de ser eficaz, sob pena de haver denegação de jurisdição”.¹⁶ As garantias judiciais surgem a partir do instituto inglês do “habeas corpus” (1679), usado para proteger a liberdade de locomoção, tornando-se a matriz de todas as garantias posteriores, criadas para a proteção de outras liberdades fundamentais.¹⁷

Em se tratando de direitos fundamentais, estes merecem, nos ordenamentos jurídicos em geral, uma garantia reforçada.¹⁸ Conforme MARC CARRILLO, a força normativa das normas constitucionais que asseguram direitos fundamentais e liberdades públicas é plena, pois é exigível diretamente ante juízes e tribunais.¹⁹

Tal garantia reforçada não contempla apenas as garantias formais, mas deve se estender também as garantias processuais ou instrumentais. Entre estas destaca-se a de permitir ao cidadão o livre acesso ao Poder Judiciário.

O LIVRE ACESSO AO JUDICIÁRIO COMO GARANTIA PROCESSUAL

Conforme CAPELETTI, “o acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido: ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.²⁰

O livre acesso implica tanto que o sistema judiciário seja igualmente acessível a todos quanto que produza resultados, individual ou coletivamente, justos.²¹ Assim, a preocupação central deverá ser, não tanto com as garantias processuais clássicas, que assegurem a possibilidade formal de acesso ao Judiciário, mas sim a criação de instrumentos que permitam que as partes estejam, mais do que em igualdade jurídica, mas também em igualdade técnica e econômica.²²

14. CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 2a. edição, 1984).

15. Vicente Grecco Filho, Tutela Constitucional das Liberdades, 1989, ed. Saraiva p. 39. citado em ALMEIDA, Fernando Barcellos de. “Teoria Geral dos Direitos Humanos, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996, p. 36

16. SAMPAIO SILVA, Clarissa. Ob. cit., p. 183.

17. COMPARATO, ob. cit., p. 84

18. Assim, por exemplo, na Espanha, o art. 7 da Lei Orgânica do Poder Judiciário estabelece que os direitos e liberdades fundamentais previstos no Capítulo II del Título I da Constituição “vinculan, en su integridad, a todos los jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

19. “La fuerza normativa de la Constitución es plena cuando se proyecta sobre los derechos fundamentales y libertades públicas; ya no es un simple punto de referencia o parámetro de interpretación de las leyes, sino que sin perjuicio de ello la Constitución es la norma normarum directamente exigible ante los jueces y tribunales”. (CARRILLO, Marc. “La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios”. Boletín Oficial del Estado- Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 33).

20. CAPPELETTI, M. e Garth, B. “Acesso à Justiça”. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, p.13.

21. “A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto insituição estatal, e, sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (Kazuo Watanabe, “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”, in “Participação e Processo”, pg.128, Revista dos Tribunais, 1988). “Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo, Malheiros, 1995).

22. GRINOVER, Ada Pellegrini. “As garantias constitucionais do direito de ação”, pp. 13-4, Revista dos Tribunais, 1973.

Seguindo o pensamento de CAPPELLETTI, o acesso à Justiça constitui, hoje, um movimento mundial, que pode, graficamente, se resumir em três fases (ou ondas) distintas²³:

- a primeira onda, preocupada pela assistência judiciária para os pobres.
- a segunda onda representou a mudança das regras tradicionais do processo civil para a tutela dos interesses coletivos e difusos
- a terceira onda seria a etapa das reformas dos códigos existentes em função da necessidade de um enfoque de justiça mais efetiva.

Por sua vez, BOAVENTURA SOUZA SANTOS aponta três tipos de obstáculos à Justiça: econômicos, sociais e culturais.²⁴

Relativamente aos obstáculos sociais e culturais, releva destacar que, modernamente, tem se entendido da insuficiência da tradicional assistência judiciária, que se limita ao apoio judiciário²⁵, assim entendido o patrocínio gratuito e a dispensa das despesas processuais, mas abrange hoje “toda a assistência jurídica pré-processual, a começar pela informação, com a correlata tomada de consciência, passando pela orientação jurídica (complementada, quando necessário, por outros tipos de orientação), pelo encaminhamento aos órgãos competentes e culminando finalmente, na assistência judiciária propriamente dita”.²⁶

Quanto aos obstáculos econômicos, conforme BOAVENTURA SOUZA SANTOS, estes atingem aos desfavorecidos de forma tripla:

- a) nas sociedades capitalistas em geral os custos da litigação são muito elevados;
- b) a relação entre o valor da causa e o custo da litigação aumenta à medida que baixa o valor da causa;
- c) a lentidão dos processos facilmente se converte em um custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos.²⁷

Interessa, dentro dos limites deste trabalho, analisar apenas os obstáculos econômicos (ou os fatos relativos à primeira onda do movimento do livre acesso, como diz Cappelletti). Ou seja, partir da constatação que, “em face das diferenças fundamentais entre os homens, a que se reúne o custo da demanda”, nem sempre o exercício do direito de ação “se oferece acessível ao alcance do corpo social, máxime dos despossuídos de recursos financeiros, senão através de órgãos instituídos e mantidos pelo Estado, no desempenho do dever-função de atribuir a cada qual o que lhe pertence”.²⁸ A despeito da importância da assistência jurídica integral, como previsto na Constituição Federal (art. 60, LXXIV), limitaremo-nos, dorante, à assistência judiciária.

23. CAPPELLETTI, ob. cit.

24. SOUZA SANTOS, ob. cit., p. 406.

25. Nos termos da Constituição Portuguesa, “apoio judiciário compreende a dispensa, total ou parcial, de preparos e do pagamento de custas, ou o seu deferimento, assim como do pagamento dos serviços de advogado ou solicitador”(art. 15o, n.1).

26. “Conquanto a assistência judiciária deva ser havida como atividade dinamizada perante o Poder Judiciário, a assistência jurídica, ligada à tutela de direitos subjetivos de variados matizes, porta fronteiras acentuadamente dilargadas, compreendendo, ainda, atividades técnico-jurídicas nos campos da prevenção, da informação, da consultoria, do aconselhamento, do procuratório extrajudicial, e dos atos notariais. (PEÑA DE MORAIS, Humberto. “Democratização do acesso à Justiça. Assistência Jurídica e Defensoria Pública” in Associação dos Magistrados Brasileiros, “Justiça: promessas e realidade, Editora Nova Froneira, Rio de Janeiro, 1996, p. 356)

27. SOUZA SANTOS, ob. cit., p. 407.

28. PEÑA DE MORAIS, ob. cit., p.334.

A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - ENTENDIMENTO MODERNO

Embora a assistência judiciária aos necessitados existisse desde a Idade Média, foi no século XX que esta se elevou à garantia constitucional em inúmeros países, tornando-se importante instrumento de viabilização e democratização do acesso ao Judiciário.²⁹

No Brasil, ao tempo que tiveram vigência as leis portuguesas, o instituto da assistência judiciária era aplicado como previsto nas Ordenações Filipinas. Sucessivas legislações nacionais trataram da matéria até chegarmos à Constituição Federal de 1946, que, em seu art. 141, parágrafo 35 estabeleceu que “o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.³⁰ Chama-se atenção para o contido no art. 514 da Consolidação das Leis do Trabalho, de 1946, que atribui aos sindicatos a obrigação de manter serviços de assistência judiciária para seus associados, assim como os artigos 782 e 789 parágrafo 7o, que tratam da justiça gratuita.

Ainda em vigor, a Lei Federal de 05/02/50 assegura assistência judiciária ao necessitado, assim considerado “aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 2o).

Chega-se à Constituição de 1988, que dispõe no art. 5º, LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Já o artigo 134, ao tratar da Defensoria Pública, atribui a esta a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Dois pontos, aqui, merecem ser destacados: primeiro, a norma do art. 5º constitui-se uma garantia constitucional prevista no capítulo dos direitos individuais, verdadeiro “direito subjetivo público”, que se fundamenta nos princípios da solidariedade social e da isonomia, ambos agasalhados pela Carta Magna.³¹ Segundo, o texto constitucional destaca a assistência **jurídica integral**, claramente situando-se em um conceito mais moderno que, como já se fez referência, não se limita ao simples apoio judiciário. Terceiro, o legislador constitucional, não apenas instituiu a garantia, mas também atribuiu a determinado órgão estatal a missão de torná-la efetiva. Mais ainda, constituiu a assistência judiciária em “atividade estatal essencial ao exercício da função jurisdicional”.³²

Apesar da clara intenção do legislador de assegurar a efetiva assistência jurídica a todo cidadão brasileiro, é notória a insuficiência e o desaparecimento material das poucas Defensorias Públicas criadas nos Estados da Federação, frustrando-se a expectativa social criada a partir da Carta de 1988.

Reconhecendo tal situação deficitária, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao examinar esta demora no atendimento no disposto no art. 134 da Carta Magna, sendo Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, manifestou-se no sentido da subsistência do art. 68 do Código de Processo Penal, pelo qual “Quando o titular de direito à reparação do dano for

29. Constituição Portuguesa, de 02/4/76, art. 20; Constituição Espanhola, de 31/10/78, art. 119; Constituição da República Italiana, 1948, art. 24; Constituição Uruguaia, de 24.8.66, art. 254; Constituição Paraguai, maio/92, art. 17; Lei Fundamental do Suriname, de 31/10/87, art. 12; Japão, 3/11/46, art. 37; Constituição da Coreia, de 12/7/48, art. 12; Constituição das Filipinas, de 15/10/86, art. III seção 11; Constituição da Guiné-Bissau, art. 30; Constituição de Cabo Verde, 12/1/81, art. 29o; Constituição de Zâmbia, 1967; Embora sem o “status constitucional”, o instituto da assistência jurídica aos necessitados é acolhido na Inglaterra (Legal Aid Act, de 1974), Suíça, Malta, Suécia, Estados Unidos, México, Panamá, Cuba, Austrália e Nova Zelândia. (PENÁ DE MORAIS, ob. cit. pp. 336-351).

30. Uma evolução histórica do instituto da assistência judiciária no Brasil em RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio. “Garantia de Acesso à Justiça: Assistência Judiciária e seu Perfil Constitucional”, capítulo na obra “Garantias Constitucionais do Processo Civil”, Editora Revista dos Tribunais, 1.999, página 77-86.

31. RIBEIRO LOPES, ob. cit., p. 68.

32. RIBEIRO LOPES, ob. cit., p. 48.

pobre (art. 32, parágrafos 1o e 2o), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida a seu requerimento, pelo Ministério Público”.³³

Tratou-se no julgamento da alta Corte de reconhecer as dificuldades da realidade, não para negar o texto constitucional, para buscar e lograr dar-lhe eficácia, de qualquer modo, ainda que não da maneira desejada, diante da relevância do tema.³⁴

A solução que parece melhor atender aos ditames constitucionais, portanto, não é a interpretação conformista de assegurar-se a assistência judiciária apenas onde esta é possível ante as deficiências materiais dos órgãos criados por lei para assegurá-la ao cidadão hipossuficiente, mas, ao contrário, uma visão ampliativa, pela qual o Estado - e não apenas determinado órgão estatal - é responsável pela sua implementação.

A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Na Justiça do Trabalho, ainda que represente hoje a mais importante via de acesso judicial da população carente a seus direitos básicos, persiste um modelo de assistência judiciária ultrapassada, em que vige o contido na Lei 5.584/70 - um retrocesso mesmo em relação à Lei 1060/50. O jurisdicionado trabalhista, vale dizer o empregado, é um discriminado em relação aos de outros ramos do poder judiciário.

Com base em concepção superada do processo trabalhista - como se este fosse simples, elementar e destituído de maiores indagações jurídicas - e a pretexto de manutenção do “jus postulandi”, as normas processuais trabalhistas não prevêem a sucumbência e, em decorrência, parte-se do pressuposto que a parte vencida (na esmagadora maioria das vezes um empregador inadimplente) somente deve pagar os honorários advocatícios da parte adversa em situações excepcionais, que são aquelas ainda previstas na Lei 5.584 com as pequenas modificações introduzidas pela nova redação do art. 789 da CLT:

a) trabalhador que perceba salário igual ou inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão de encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda;³⁵

b) a assistência judiciária é prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertence o trabalhador, sendo que os honorários pagos pelo vencido revertem em favor do sindicato assistente.

O processo do trabalho tornou-se complexo e as chances do empregado prescindir de advogado (“jus postulandi”) são pequenas. Resulta que, para obter advogado que patrocine sua causa, em geral o empregado que não se enquadre nas restritivas hipóteses da lei, ou tem condições de antecipar parte dos honorários do advogado antes do ajuizamento de ação ou se compromete a pagar um percentual bem superior ao valor de mercado a título de honorários a final.

33. “A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia ex tunc faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuida de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fática que a viabilizou. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art 68 do C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado - se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art 68 do C. Pr. Penal será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o Plenário no RE 135.328” (Acórdão Recurso Extraordinário nº 147.776-SP, Primeira Turma, Revista Trimestral de Jurisprudência, volume 175, janeiro de 2.001, página 310).

34. Esta situação foi comentada por um dos signatários em texto sobre o discutível conceito de “reserva do possível”, in “Direito e Castelos”, Editora LTr, 2.002, página 9.

35. Redação atual do art. 789 da CLT, modificado pela Lei 10.288 de 20/9/2001

Além da flagrante injustiça, há de se considerar também uma severa restrição ao direito de ação, uma vez que boa parte das causas de pequeno valor terminam por não chegar ao Judiciário, por não encontrarem os trabalhadores necessitados advogados que queiram defendê-las. O mesmo ocorre com causas com poucas chances de vitória, o que implica empobrecimento das matérias levadas à juízo, com prejuízo à criação jurisprudencial. Por fim, cria-se também evidente desequilíbrio processual, pois, ao passo que os advogados dos trabalhadores são mal remunerados e pouco motivados, as empresas, ao contrário, contam com profissionais muito qualificados e bem pagos, recebendo assessoramento de escritórios bem equipados. Tais disparidades desde muito têm sido analisadas, entre outros, por Roberto Aguiar.³⁶

Assim, a inexistência de sucumbência no processo do trabalho resulta em graves prejuízos ao trabalhador.

Procura-se justificar a persistência de tal lacuna supostamente para evitar que o empregado carente deixe de exercer seu direito de ação por temer que, ao final do processo, seja obrigado a pagar honorários advocatícios do empregador.³⁷ Em realidade, como já se disse, na prática, as hipóteses em que o empregado é totalmente vencido no processo trabalhista são pequenas e não representariam fator de restrição ao ajuizamento de demandas. Por outro lado, bastaria que se estendesse, com a amplitude desejada pelo legislador constitucional, o direito à assistência judiciária ao jurisdicionado trabalhista para que tal problema fosse solucionado.³⁸

Em realidade, a previsão legal atinge uma minoria de processos ajuizados. A norma legal restringe a assistência judiciária aos sindicatos, o que, por si só, representa uma verdadeira restrição a escolha do advogado. Além disso, nem todos trabalhadores estão amparados por sindicatos representativos ou preparados.

A idéia de que o trabalho de assistência judiciária prestado pelos sindicatos pudesse ser complementado por escritório de serviços jurídicos gratuitos (consultoria pública, faculdades de direito, etc.) mostra-se incorreta, na medida que tais escritórios, enfrentam conhecida escassez de recursos, advogados menos preparados, com menor experiência e pouco motivados (já que não há sequer pagamento dos serviços prestados). Ademais, inexistente atuação da Defensoria Pública em processos trabalhistas.

As críticas doutrinárias existem já de há muito. Para citar apenas dois autores, cujas palavras, por sua agudeza de raciocínio, merecem integral transcrição.

Mozart Victor Russomano propondo uma retomada do que se entendia por assistência judiciária, assinalava que:

“Tudo repousa, em nosso juízo, em graves equívocos: a) a assistência devida pelo sindicato não deveria ter sido definida como “assistência judiciária”. Embora tornada obrigatória, é *serviço* assistencial decorrente da natureza de suas finalidades. b) Em

36. AGUIAR, Roberto AR. “A Crise da Advocacia no Brasil - diagnóstico e perspectivas”, Editora Alfa Omega, São Paulo, 1.991.

37. Na verdade, desta maneira, se está quase que anulando ou desfazendo os avanços mais gerais quanto aos direitos sociais, já comentados. Ao se negar a efetividade de uma prestação de assistência judiciária, deixa-se o trabalhador de mãos amarradas, apenas visualizando, ao longe, o belo quadro que lhe é mostrado apenas parcialmente ou retirado do alcance da mão. Medite-se que situação semelhante ocorre no processo civil, quando a Lei 10.444 viabiliza a expressiva agilização do procedimento de execução mas, contraditoriamente, sinaliza que, na hipótese de a sentença ser reformada, pode haver “responsabilidade do exequente”, art 588 do CPC, assim alterado.

38. Nesse sentido, é interessante observar a tendência moderna de estender a assistência judiciária para além da necessidade econômica, criando-se o conceito do “hipossuficiente jurídico”. “Aos necessitados tradicionais, que eram - ainda são, os carentes de recursos econômicos, acrescentaram-se os carentes de recursos jurídicos. E, assim, a assistência judiciária aos economicamente fracos foi estendida aos hipossuficientes jurídicos. O primeiro passo nesse sentido foi dado para a defesa penal, quando se tratasse de acusado revel, independentemente de sua capacidade econômica” (PENÁ DE MORAIS, ob. cit. p. 357).

nenhum caso se pode admitir que o trabalhador pobre não tenha direito de escolher seu defensor em juízo. c) O recebimento, pelo Sindicato, dos honorários advocatícios é surpreendente e desvirtua sua posição social em face do trabalhador.”³⁹

Valentin Carrion argumentava que a Lei 5.584, art 14, não pode ser utilizada para que se restrinja a anterior Lei 1.060, de modo que o sindicato passe a ter a exclusividade da assistência a ser prestada:

“...a) porque o texto não diz (como poderia parecer) que na Justiça do Trabalho a assistência “só será prestada pelo sindicato”; b) porque uma interpretação limitadora que se deixe levar pela primeira impressão gramatical que transmite o texto, contraria o processo histórico brasileiro; este é no sentido de seu aperfeiçoamento. Pontes de Miranda afirma mesmo que “a escolha de advogado pela parte marca a evolução da justiça gratuita no Brasil” (Comentários ao CPC, 39, art. 67); viola ainda os postulados igualitários; significa retrocesso no próprio direito processual comum brasileiro; falta-lhe visão da grandeza da Justiça e da missão do Advogado; c) porque, perquirindo-se a finalidade da lei, não há vantagem na discriminação contra o necessitado trabalhista, em cotejo com o necessitado do processo comum; seja o advogado do sindicato ou seja o advogado escolhido pelo trabalhador, os honorários serão pagos pelo adversário vencido; d) porque é inconsistente o argumento de que na Justiça do Trabalho o advogado é desnecessário mesmo que se queira conservar o direito da parte postular. E, além do mais, seria como dispensar-se assistência médica dizendo-se que o doente pode automedicar-se sozinho; e) porque se deixariam sem assistência judiciária: os trabalhadores das cidades onde não há sede do sindicato e existe Junta de Conciliação e Julgamento (os promotores nesses casos não tem atribuições); os trabalhadores de sindicatos que não possam organizar a assistência; os servidores públicos estaduais e municipais que não tenham categoria que os represente; as domésticas e seus patrões; as hipóteses em que o advogado do sindicato está impedido; o pequeno empreiteiro; o cliente deste; o pequeno empregador arruinado; certos humildes reclamados (tão hipossuficientes quanto seus reclamantes); o trabalhador que discorde da orientação adotada pelo sindicato. O remédio não será permitir a aplicação da L. 1060 a estes casos apenas, mas reconhecer francamente a coexistência das duas, sem limitações”.⁴⁰

O ilustre jurista, salienta que a “defesa dos pobres deve ser igual à de seu adversário”, conforme Gaetano Franceschini, *Il Patrocinio*, Milano, 1903, e lembra estudo na Revista LTr 42/1208, sob o título “Assistência Judiciária”. Em proposta de ação mais imediata, chegou a expressar que não pode esperar mais para atender os mandamentos constitucionais. A “complicada rede de cargos públicos de chefias e super-chefias (art 134 CF)” pode tardar mas nosso desejo de cumprir a Constituição, utilizando inclusive “a vontade dos bacharéis que se dispõem, sem grandes sacrifício” tal como já ocorre com os peritos inscritos em cada Unidade Judiciária.

Tudo se passa, ademais, como se tal interpretação restritiva da Lei 5.584 fosse compatível com os mandamentos constitucionais que garantem a assistência jurídica integral a todo cidadão carente de recursos.

39. RUSSOMANO, Mozart Victor. “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”. Forense, 10a. edição, Rio de Janeiro, 1983, p. 851-2.

40. CARRION, Valentim. “Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho”. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 16a. edição, pp. 560-2.

Infelizmente, tanto o Tribunal Superior do Trabalho através dos Enunciados n. 219 e 329⁴¹, como o Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região, através de seu Enunciado n.20⁴², têm interpretado o direito à assistência judiciária de forma bastante restritiva e desconectada com as normas constitucionais, constituindo-se tais interpretações jurisprudenciais como, talvez, um dos mais importantes obstáculos atuais ao livre acesso ao Judiciário Trabalhista.

Na verdade ao se dificultar a assistência judiciária completa, suficiente e eficaz se está aceitando grave violação ao direito de acesso e ao direito de ação do trabalhador brasileiro.

Clama-se por reforma imediata.

CONCLUSÕES

O grande avanço constitucional relativamente aos Direitos Sociais exige que se tenham instrumentos que o consolidem. A assistência judiciária, na área trabalhista, tem tido interpretação mais restrita do que nas demais esferas. Neste momento, acredita-se ser possível e necessário certa retomada dos debates já travados para que obtenham novos aperfeiçoamentos da democracia, no âmbito do acesso do trabalhador ao Poder Judiciário. Por ora, apresentamos estas conclusões, mais gerais, para o melhor embate:

1. Os direitos sociais de natureza trabalhista, constituem importante parcela dos direitos humanos ou fundamentais, agasalhados principalmente no art. 7º de nossa Constituição Federal e, como tal, merecem ser considerados “verdadeiros direitos” e, como tal, devem gozar de proteção especial.
2. Na proteção especial que o sistema jurídico deve assegurar aos direitos fundamentais deve estar contemplada a existência de garantias que assegurem a todo cidadão exigir do Estado a efetividade do direito previsto em lei.
3. Um dos pilares do sistema de garantias é o livre acesso do cidadão ao Poder Judiciário, constituindo-se este ponto central da moderna processualística.
4. O livre acesso compreende, não apenas o “acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas viabilizar o acesso à ordem jurídica justa” (Kazuo Watanabe).
5. Tendo em conta a desigualdade social, mormente a existente em nosso país, um dos fatores mais relevantes de limitação do livre acesso ao Poder Judiciário é de natureza econômica, seja na forma de custas, honorários advocatícios, despesas processuais (peritos, etc.)
6. Tanto a Constituição Brasileira, como normas ordinárias, prevêem um conjunto de medidas destinadas a assegurar o acesso do hipossuficiente à assistência jurídica ampla.
7. Na Justiça do Trabalho, entretanto, apesar dos insistentes alertas da doutrina e de parte da jurisprudência, persiste entendimento que leva à severa restrição ao livre acesso ao Poder Judiciário Trabalhista dos trabalhadores sem recursos econômicos para custear advogado. Tal fato, hoje, um dos mais graves desrespeitos ao direito fundamental de ação do trabalhador brasileiro.
8. A sistemática atual de assistência judiciária é insuficiente, incompleta e insatisfatória, clamando-se por sua imediata reforma.

41. Enunciado n. 219 do TST: Honorários advocatícios. Hipótese de cabimento. Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios, nunca superiores a 15%, 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”.

Enunciado n. 329 do TST: “Honorários advocatícios. Art. 133 da Constituição da República de 1988. Mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado 219 do Tribunal Superior do Trabalho”.

42. Enunciado 20 do TRT-4ª Região: “Na Justiça do Trabalho, somente a assistência judiciária prestada pelo sindicato representante da categoria a que pertence o trabalhador necessitado enseja o direito à percepção de honorários advocatícios, nos termos da Lei nº 5.584/70, artigos 14 a 16, no percentual nunca superior a 15%”.

REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO COMO FATOR DE COMBATE AO DESEMPREGO

Antônio Mazzuca*

A redução da jornada de trabalho, como fator de combate ao desemprego, tem precedente na França, do Presidente Jacques Chirac, onde a ordem é o homem como ponto primordial na sociedade, com a economia a seu serviço e não o homem a serviço da economia. O Presidente da França, fiel ao entendimento de colocar a economia a serviço do homem, implantou, no país, a redução da jornada de trabalho para abrir novos empregos. Essa redução da jornada de trabalho não aconteceu de modo fácil, não aconteceu com poucas críticas. As críticas foram muitas e notável parcela de empresários opôs resistência à proposta, preocupados com o novo tempo de trabalho, com a redução da produção, com o custo final do produto ou do serviço.

Mas todas essas barreiras foram vencidas, com o governo legislando a respeito da redução e ajudando a indústria e o comércio a se adaptarem aos novos tempos. O desemprego, problema social relevante, de responsabilidade do Estado, precisava ser resolvido de uma forma ou de outra. E o foi, ao que se sabe, com a imposição de uma jornada de trabalho de 33 horas semanais. E outros países também procuravam resolver o problema do desemprego. Procuravam resolver esse drama de forma diferente do que aconteceu na França, é verdade, mas buscavam soluções, como aconteceu no Japão.

No Japão, onde há a garantia de emprego, o governo injetou dinheiro como aplicação, dando vales ao povo no valor de duzentos dólares para cada pessoa, para que comprassem mais, tendo como finalidade a aceleração da economia, adotando-se a política de gastar um pouco antes, para não ter que gastar muito mais logo depois.

É o investimento implementando o comércio, para acelerar a produção na indústria.

Tudo isso está acontecendo desde o ano de 1998. Hoje, os bons resultados colhidos são conhecidos e aplaudidos pelos países que se quedaram inertes. Não perceberam, não ouviram, não sentiram, não procuraram soluções para esse problema que incomoda a consciência de todos nós.

Mas há esperanças de haver soluções iguais ou melhores, do lado de cá do mundo.

A redução da jornada deu certo na abertura de novos empregos na França. O Brasil já devia ter caminhado para soluções iguais ou melhores. Para tanto é importante que fiquemos espertos e atentos para tudo o que acontece no mundo. Principalmente espertos e atentos para os avanços tecnológicos. Com eles o mundo ficou bem menor e por isso muito mais competitivo. É óbvio que quem tem mais para oferecer no mercado de venda, vende mais. Quem dispõe de tecnologia mais avançada, compete melhor. Os que não dispõem de nada disso, se desesperam no comércio mundial. Têm pouco para vender e ainda sofrem a concorrência de preços com os países de técnicas mais refinadas. Perdem o mercado.

* Juiz Togado do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e Professor de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Prática Jurídica, nas Faculdades Metropolitanas Unidas-FMU.

O que sobra é a quebradeira das indústrias que não têm condições de competir e o resultado é a massa obreira desempregada. E nunca é demais lembrar que o desemprego é um flagelo que desajusta a família, embaraça a sociedade, adoce a pessoa. Ele cria no ser humano a doença da ansiedade, a tensão, a depressão, o pânico, a dependência da nicotina e do álcool. Essa situação deletéria, além de trazer esses transtornos aos que não têm emprego, atinge, também, os que ainda têm trabalho, tendo em vista a incerteza da sua manutenção, no dia seguinte.

Vejam, porém, que agora há uma luz querendo acender no fim do túnel, renovando esperanças.

Quando Presidente da República, o Doutor Fernando Henrique Cardoso, em Hannover, na Alemanha, em palpitante pronunciamento à imprensa, alertou para os riscos da globalização e chamou a atenção para o fundamentalismo do mercado, onde se procura buscar apenas a interdependência econômica e financeira. Além de alertar para o risco do crescimento do contingente dos excluídos, disse da necessidade de uma sociedade global que se oriente por um humanismo renovado, defendendo a tese de que os avanços tecnológicos não são suficientes para que o mundo se torne melhor. Lançou a idéia de uma nova arquitetura sócio-internacional. O seu pronunciamento foi dado junto a outros treze chefes de Estado, no encontro chamado "Governança Progressiva para o Século 21". Foi um encontro para discutir as formas de redução da pobreza no mundo. Há os que falam que essa proposta seria uma reedição ampliada da chamada 3ª Via, do Primeiro Ministro da Inglaterra, o socialista Tony Blair, e não afastam a esperança de se encontrar uma solução que realmente ajude a minorar o sofrimento no mundo.

É importante discutir os riscos da globalização, o fundamentalismo do mercado, o crescimento do contingente dos excluídos, a orientação para um humanismo renovado, uma vez que os avanços tecnológicos não são suficientes para tornar o mundo melhor e a intenção de reduzir a pobreza no mundo.

Tudo isso nos traz a alegria própria da esperança. Vamos torcer para que não fique só nas intenções e para que não sejam só palavras tiradas de um ótimo discurso de viagem.

Impressionado com a diminuição da taxa de desemprego na França, o então Presidente propôs que se adote aqui a solução encontrada naquele país, com a redução das horas de trabalho semanal, propiciando a abertura de inúmeros outros empregos. Sugere que essa prática deve ser inserida no Brasil através de acordos e convenções coletivas, discutidas entre os sindicatos das categorias de empregados e de empregadores. Sugere a negociação, sem a interferência do governo.

É certo que, se houver a diminuição da jornada de trabalho, alguns milhões de novos empregos surgirão. A questão proposta é a de se saber se essa alteração de horas de jornada deve ser implantada por lei, ou através da negociação direta entre as partes. A solução mais rápida que se vislumbra é aquela que é dada pela legislação, como aconteceu na França. Nesse país o governo legislou a respeito, e deu incentivo às indústrias. As horas de trabalho diminuíram e muitos novos empregos surgiram. Aqui, no Brasil, se adotarmos a solução pela autocomposição, as negociações poderão se arrastar, as posições das partes poderão eclodir em greves de reivindicações, pela teimosia em ceder. O modelo francês deveria ser seguido por inteiro, com a lei impondo a redução e a ajuda às empresas. Se é para se adotar o modelo que deu certo na França, por que fazê-lo de modo diferente, aqui no Brasil?

Ocorre que no Brasil há outros problemas tão ou mais sérios, que contribuem para a redução de empregos. Há, por exemplo, o uso indiscriminado das horas extraordinárias, a chamada hora esticada. Essa cultura de se fazer exagerado número de horas extras, tão comum nos mercados de trabalho e imensamente castradora de novos empregos, é usada por todos, o tempo todo, todo o tempo e a qualquer tempo.

É sabido que a economia vem se aquecendo e são as horas extras que suportam esse aquecimento. Em certa ocasião, a pesquisa do DIEESE informou que, no comércio, 61,6% dos empregados fizeram horas extras, na indústria foram 43,8% e, no setor de serviços, 43,9%.

O uso abusivo dessa modalidade de trabalho é responsável pela redução de três milhões de novos empregos. O número é assustador e preocupante.

Por outro lado, a redução da jornada de trabalho, na França, não foi implantada com muita facilidade. Como já salientado, houve resistência e o temor das empresas. O Governo criou-lhes incentivos.

As nossas empresas também estão com as mesmas preocupações. A jornada reduzida traria aumento dos custos, e prejudicaria a competitividade internacional.

Opinam outros que não haveria aumento de custos, já que a produtividade na indústria, com a chegada de novas tecnologias, cresceu nos últimos anos e essa produtividade, ao que se sabe, não foi repassada aos salários.

O certo é que a experiência francesa é válida, deu certo, reduziu o desemprego e deveria ser seguida tal qual como foi implantada.

Todavia, se precisamos da vaidade de uma solução tida como caseira, só nossa, vamos inserir ao lado da experiência francesa, exatamente juntas, a proibição do uso indiscriminado das horas extraordinárias. É uma solução diferenciada para mais, que criaria muito mais empregos e seria a nossa solução.

Deve ser proposta a idéia para se adotar, através de lei, nova jornada semanal de trabalho, sem nenhum medo de pensar grande, diminuindo-se de 44 para 40 horas semanais, com a proibição do uso abusivo de horas extraordinárias, criando-se o necessário incentivo à indústria, para que não perca a competitividade mundial.

Há que se lembrar, sempre, que o drama do desemprego é uma questão de ética. A ética no seu sentido mais amplo e também universal. A mesma ética que aglutina um conjunto de princípios e de valores aceitos, universalmente, e que nos dão o norte a seguir. A ética que nos orienta nas relações humanas, que nos recomenda solucionar esse sério problema do desemprego, agindo rápido, não nos omitindo.

Tal ética recomenda a atenção de todos para a situação desesperadora dos desempregados que sofrem, e sofrem muito. Muitos estão condenados a situações assemelhadas ao suplício da esmola mal dada, da miséria, da fome e das doenças. Vamos fazer a nossa parte e vamos lembrar aos outros que façam a parte deles.

O DEFICIENTE SOB A LUZ DA LEI

Genaura Maria da Costa Tormin*

"(...) tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigalam." Rui Barbosa

Vivemos num dos maiores Países do mundo! O terceiro em extensão territorial. É um País rico, detentor do maior ecossistema, destacando-se em todo o cenário mundial por suas matas, flora e fauna, além das riquezas minerais que o classifica entre os de maiores economias do planeta. Somos hoje a terceira maior democracia do mundo.

É um País sem guerras, sem vulcões, sem terremotos. Entretanto, ainda se situa entre os de terceiro mundo.

Como todo País em desenvolvimento, tem os seus problemas: com a educação, com a segurança, com a saúde, e muitos outros. Entre esses, está a situação das pessoas com deficiência, cuja noção está ligada ao problema geral da exclusão. Vítimas de problemas congênitos, enfermidades ou causas traumatológicas, perfazem 14,5% de todo o seu contingente, conforme o censo realizado no ano 2000.

Como toda minoria, essas pessoas são relegadas a segundo plano, tendo em vista não existir uma consciência popular valorativa sobre os seus potenciais como se a cabeça estivesse na disfunção de um membro locomotor ou no atrofiamento de um braço.

Ter um defeito físico, andar numa cadeira de rodas, geralmente significa ser inválido, estar cerceado do sagrado direito de sustentar-se com o fruto do próprio trabalho. É a chamada rotulagem despreziva que tanto mal nos faz. Os órgãos estatais fecham as portas. E para qualificar-se nem se fala, pois as barreiras arquitetônicas das escolas relegam o aluno, logo no primeiro dia de aula, bem como o mobiliário das cidades e o transporte coletivo, que não são planejados para esses "imperfeitos seres".

A discriminação por parte da própria família, que tem por tradição esconder os seus deficientes, é a mais crucial, numa amostra, sem dúvida, de preconceito e desumanidade. É o retrato de um País que não encara os seus problemas, não sabe transformá-los, aceitando, apenas, os fortes, perfeitos e vencedores.

Graças a Deus, não estamos vivendo nos dias do médico alemão Josef Mengele - o Anjo da Morte, que sob o comando de Adolf Hitler, exterminava os portadores de corpos imperfeitos, tentando estabelecer a pureza da raça ariana. Era a teoria em que as vidas humanas sem valor vital deveriam ser eliminadas.

Quantos gênios existiram e existem em corpos imperfeitos! O inglês Stephen Hawking, com esclerose lateral amiotrófica, que lhe paralisou os movimentos, emudeceu-lhe as cordas vocais, é um testemunho perfeito, pois, mesmo assim, continua produtivo e é considerado o mais brilhante físico teórico desde Albert Einstein. "Eu poderia viver recluso numa casca de noz e me sentiria o rei do Universo."

* Escritora, Analista Judiciário, lotada na DSRD. Ex-delegada de polícia do estado de Goiás, é especializada em Direito Penal, Processual Penal, Administrativo e Constitucional.

Exemplo digno de nota é o de Beethoven, o maior gênio da música de todos os tempos, que mesmo depois de ficar surdo em plena atividade musical, continuou compondo, produzindo sua obra mais importante: A nona sinfonia. "O que está em meu coração precisa sair à superfície. Por isso preciso compor" - dizia ele.

Outro exemplo, aqui bem perto de nós, é o de Cláudio Drewes Siqueira, que ficou tetraplégico por causa de um mergulho em águas rasas, quando era adolescente, e mesmo assim, por méritos próprios, mediante acirrados concursos públicos, ascendeu aos cargos de Procurador do Estado de Goiás e em seguida ao de Procurador da República, um dos mais elevados cargos da República Federativa do Brasil, em que se classificou em 23º lugar entre os mais de 5.000 concorrentes a 73 vagas em todo o País. Por meio de uma adaptação presa a um capacete, o competente Procurador folheia livros e processos, além de digitar suas próprias peças, elogiadas pelo excelente conteúdo jurídico. É um exemplo e a certeza de que o querer é poder. Tudo é possível quando a mente está ílesa e bem direcionada. É preciso somente que os sonhos estejam sempre acesos.

A sociedade não sabe conviver com essas pessoas. Ainda não conseguiu entender que o maior potencial humano é a mente e, se essa está ílesa, a vida é possível e o trabalho é digno dentro da capacitação.

A informação e o espírito de solidariedade ainda são muito pequenos entre nós. Nunca paramos para pensar como é o dia-a-dia de uma pessoa que tem por pernas quatro rodas de uma cadeira. Estamos sempre ocupados com os nossos próprios problemas, esquecendo-nos de que as fatalidades não avisam nem escolhem status. Quando deparamos com alguém de muletas ou cadeira de rodas, a idéia é de que está aposentado ou aposentando embora sirvam as pernas, apenas, para cumprir a simples missão de andar. Se a pessoa for do sexo feminino, principalmente, presume-se logo que jamais encontrará companheiro. Se a seqüela for recente, fatalmente será abandonada por ele. É como se, de repente, o ser humano se transformasse num objeto sem valor.

Por isso não devemos deixar para amanhã o que podemos fazer hoje. Devemos viver todos os momentos como se fossem os últimos, tentando ser feliz e fazer felizes as pessoas que nos cercam.

É raro vermos uma pessoa deficiente física ocupando um cargo público de comando. Se a fatalidade ocorre durante o exercício dele, a aposentadoria é compulsória, sem nenhuma chance de readaptação dentro do órgão. Nem sequer pensa-se numa transferência para outro cargo mais compatível com a limitação física adquirida. Simplesmente, descarta-se. Afinal, estamos na era dos descartáveis. É um marco da personalidade brasileira e do machismo arraigado de governantes desinformados que não sabem buscar, transformar, aproveitar, mesmo tanto tempo depois da teoria de Lavoisier: "(...) nada se perde, tudo se transforma." Quando uma parte do corpo se fragiliza, as outras se encarregam do trabalho, provando que não há problema sem solução.

A mídia é a grande responsável por essa imagem tão negativa do deficiente físico. Fulcrada em desinformações, as novelas banem até a sua sexualidade, forçando-o, mesmo, a tornar-se um cadáver vivo. Estar deficiente fisicamente, não significa estar assexuado. Sempre há uma saída, tendo em vista a lei da compensação e a perfeição da natureza.

É costume, também, mostrar a penúria, a fatalidade, a invalidez da pessoa com deficiência, e nunca o seu trabalho digno, a sua competência, o seu esforço para vencer barreiras. Vê-se sempre o invólucro e nunca o conteúdo. É pena que não entendam que, do mínimo indispensável, é possível construir uma obra de arte. "O essencial é mesmo invisível aos olhos. É preciso buscar com o coração."

Apesar de não sermos detentores dos nossos movimentos físicos, não precisamos da caridade pública e não devemos ser excluídos do sistema socioeconômico e político do País. Precisamos ser reconhecidos como força de trabalho, com o direito de competirmos e mostrar que somos capazes, quebrando tabus, preconceitos e discriminações.

Afinal, somos desiguais, mas tem que haver respeito a essas diferenças pessoais, além de nos ser resguardado o sagrado direito de legar a nossa participação de trabalho.

A Constituição Federal de 1988, que aprovou as mais amplas garantias públicas da história, concedeu-nos direitos de cidadania como participantes da vida da seguinte forma:

- Art. 7º, XXXI - proibiu quaisquer discriminações no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador com deficiência.
- Art. 23, II - determina competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência. (O Decreto 914, de 6.9.93, instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência).
- Art. 24, XIV - falou da proteção e integração social; (Lei 7.853/89 dispõe sobre apoio ao deficiente, institui a tutela jurisdicional, cria a CORDE, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências).
- Art. 37, VIII (e lei 8.112/90, art. 5º pará. 2º) - falou sobre os cargos e empregos públicos. Reconheceu e abriu mercado de trabalho aos deficientes físicos, destinando-lhes até 20% das vagas dos concursos públicos. Contudo, nos concursos em que são disputadas poucas vagas, somos preteridos, uma vez que os órgãos estatais, em suas leis regulamentares, não nos têm destinado mais do que 3 ou 4% dessas vagas. Sem se falar de Estados e Municípios que até hoje não procederam à edição de suas leis.
- Art. 93, da Lei 8.213/91 - destina 2 a 5% das vagas em empresas, com mais de 100 empregados, a deficientes. À medida que a sociedade provê meios para que o deficiente possa atuar produtivamente no sistema capitalista em que vivemos, estará realizando um investimento social, uma vez que o deficiente deixará de ser um consumidor de políticas de previdência e assistência social para capacitar-se como produtor de receitas públicas, mediante o recolhimento de impostos sobre sua atividade profissional.

Não queremos paternalismo nem diferenciação, queremos apenas respeito e oportunidades para mostrar a nossa capacidade de conquista, de trabalho, embasados na célebre frase de Rui Barbosa: "... tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam."

Referindo-me à política desenvolvida nos Estados Unidos sobre a reabilitação, acessibilidade arquitetônica e o trabalho do deficiente, gostaria de dizer que o retorno é de sete para cada dólar aplicado nesse sentido, pois o tornando reabilitado, independente e produtivo, não só ele estará liberado para o mercado de trabalho, mas também a pessoa que o assistia no ambiente doméstico.

Trabalho é saúde, é progresso. Cabeça vazia é sempre "oficina para o diabo". E a ociosidade é um chamarisco para as enfermidades mentais, redundando, muitas vezes, em depressão, suicídio e tristeza para a família e amigos.

- Art. 203, IV - garantiu a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.
- Art. 203, V (e lei 8.742/93, art. 2º, V, de 7.12.93 - Lei Orgânica da Assistência Social) - garantiu um salário mínimo mensal aos deficientes carentes que não possam manter-se, também ao idoso.

- Art. 227, parág. 2º e art. 244 - defenderam o acesso adequado a logradouros e edifícios públicos, fabricação de veículos de transporte coletivo e adaptação dos existentes. Medida muito importante, pois precisamos conviver com as pessoas, executar o nosso caminhar pelas ruas da cidade, mostrar que existimos. Assim, estaremos participando e ostensivamente reivindicando o nosso espaço, pois, primeiro o fato social, depois as normas. Sabe-se que casas de diversões públicas, com capacidade para mais de 100 pessoas, deverão ter acesso e banheiros adaptados para deficientes, bem como restaurantes e hotéis. A acessibilidade é o pré-requisito básico para que o deficiente viva com dignidade.
- Lei 8.899/94 - concedeu passe livre interestadual ao deficiente carente que, por motivo justificável, necessite deslocar-se para outro Estado.
- O Decreto - Lei 3.298/99 - preconiza uma Reserva Legal de mercado de trabalho para as pessoas com deficiência por meio de cotas a serem preenchidas pelas empresas com mais de 100 empregados. É um comportamento ético, porque não dizer, uma responsabilidade social em busca de uma relação mais justa com a sociedade, diminuindo as desigualdades e aumentando o exercício da cidadania.

Ao deficiente físico é, também, facultado adquirir veículo adaptado às suas condições físicas com isenção de IPI (lei 8.989/95), conseqüentemente ICMS e IPVA. Partindo do princípio de que o veículo, além de instrumento de trabalho é o substituto de nossas pernas, torna-se de muita importância essa isenção fiscal, pois nos permite a celeridade do caminhar, inserindo-nos com mais facilidade no mercado de trabalho e na convivência social. De acordo com a Lei nº 10.690, art. 1º, IV, de 16.06.2003, foi facultado a aquisição do veículo, com isenção de IPI, às pessoas com deficiência visual, mental severa ou profunda, ou autistas, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

Entretanto sabemos que nem todos os artigos são auto-aplicáveis, necessitando de leis regulamentadoras (federais, estaduais e municipais) que morosamente se arrastam pela burocracia até hoje. Mas já é um avanço que tem melhorado a qualidade de vida do deficiente físico, aumentando-lhe a auto-estima e proporcionando-lhe o sustento com o próprio trabalho. Ouso dizer que não se deve dar ao homem o que ele pode conseguir com o fruto do seu trabalho, sob pena de roubar-lhe a dignidade.

O trabalho remonta aos tempos do *homo sapiens*, das cavernas, por estar ligado à sobrevivência. E para nós significa dignidade além de uma verdadeira terapia ocupacional que nos devolve o sentimento de utilidade. É a oportunidade justa para provar que podemos ser, não apenas força produtiva, mas força transformadora, aumentando a esperança num País justo e progressista, diminuindo-lhe os problemas sociais, além de servirmos também de motivação e incentivo aos muitos "paralíticos andantes", que se alicerçam numa ociosidade crônica para nada fazerem ou mal fazerem.

- Ao art. 98 da lei 8.112/90 foi acrescentado, por força da Lei 9.527, de 10.12.97, o parág. 2º, concedendo horário especial ao servidor com deficiência, quando comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário. Portanto, mesmo com uma grande limitação, tendo o querer por escudo, é possível fazer do trabalho uma terapia e uma razão a mais para viver e deixar as pegadas de esforço, obstinação e coragem.

Segundo a Constituição Federal, o deficiente deve ter prioridade em atendimentos, isto é, deve-se-lhe respeitar a condição e atendê-lo em primeiro lugar, o que não é uma benesse, mas o cumprimento de dever legal, pois não há acessibilidade adequada, principalmente aos banheiros que, quando existem, geralmente não seguem as normas da ABNT.

Com a abertura do mercado de trabalho, por meio da Carta Magna, chegou a hora de provar a que viemos. Chegou a hora de mostrarmos à sociedade que o mais perfeito caminhar executa-se com a mente, além do famoso “querer é poder”. Chegou a hora de darmos exemplo. A deficiência é apenas uma referência, pois o que importa mesmo é a disposição e a coragem que nos alicerçam, tornando-nos bons profissionais. O resto dá-se um jeito com os acessórios que a tecnologia vai nos emprestando de acordo com a crescente escada do progresso, além do entusiasmo de viver.

“Se a gente não pensar que quer sempre mais, fatalmente terá sempre menos. O homem só fracassa quando desiste de tentar. Todos os dias me levanto para vencer” - disse Aristóteles Onassis.

É bom que nos engajemos em associações classistas para conseguirmos prática de vida, mercado de trabalho e qualificação para tal. É lá que encontramos pessoas iguais com as mesmas amarras físicas, mas com grande desejo de conquista, pois poderemos ser vítimas do destino, não da indiferença.

Não obstante os muitos cerceamentos que sofreremos na pele, impostos pela deficiência, temos que rebatê-los com uma só ação: CORAGEM! Coragem de ir à luta e vencer, deixando sempre à amostra a competência, o preparo técnico científico peculiar ao desempenho da função que conquistarmos, nunca nos escudando sob o pretexto da deficiência para auferirmos vantagens ou buscar protecionismo. Não há discriminação que resista à competência.

Por isso sou contente por viver num corpo com uma deficiência física. Sou contente por ter voz e oportunidade de acalantar e admoestar. Sou contente por tentar construir um mundo melhor, formando mentalidades, fazendo denúncias, cobranças, exigindo respeito a quem, num dia qualquer da vida, vê romper-se a “farda de carne”, para dar início a uma vida de sacrifícios e desafios diários.

Agora, resta-nos exigir o cumprimento das leis na satisfação dos direitos. Necessário se faz um trabalho conscientizador a partir do próprio deficiente, da sua família (que deve se engajar) até a sociedade e governantes tão desinformados sobre os potenciais humanos. É preciso que a sociedade troque os sentimentos de paternalismo, compaixão ou desprezo por outros valorativos, respeitosos e reconhedores, devolvendo ao deficiente físico a cidadania, o direito de participar desta caminhada que chamamos de VIDA.

O REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS

Características Jurídicas Específicas

Leonardo Ayres Santiago*

I) INTRODUÇÃO

Os bens públicos, disciplinados pelos artigos 65 e seguintes do atual Código Civil Brasileiro¹, sob do título dos Bens Públicos e Particulares, e já com o advento do novo Código Civil (art. 98) nos informa que bens públicos são aqueles pertencentes às Pessoas Jurídicas de Direito Público.

Para que esses bens pudessem, corretamente, ter aplicabilidade à finalidade a que foram destinados, amoldados sempre pelo interesse público, mister que os mesmos tenham determinadas proteções (regime jurídico dos bens públicos), evitando qualquer tipo de desvio de finalidade que possa daí surgir.

As características jurídicas específicas dos bens públicos decorrem do regime jurídico a que estes bens estão sujeitos. Destarte, em função de sua destinação ou afetação a fins públicos, notadamente os bens de uso comum do povo e os de uso especial, apresentam em seu bojo as seguintes características: alienabilidade condicionada, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não-onerabilidade.

Todas essas quatro características ou regime jurídico de bens públicos, são abraçados pelo Princípio da Indisponibilidade do bem público. Sendo, a que mais se destaca é a inalienabilidade dos bens públicos.

II) CONCEITO DE BENS PÚBLICOS

Conforme já salientado, a regra básica acerca do conceito de bens públicos está no artigo 65 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual:

“São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Em decorrência do conceito, duas observações devem ser feitas: aplicar-se-ia o conceito ao Distrito Federal? E quanto às autarquias, também estariam seus bens subordinados ao regime jurídico dos bens públicos?

A resposta de ambos os questionamentos passa, sobretudo, pela época em que foi editado o Código Civil Brasileiro (1917). Quanto à primeira indagação, entendemos que não resta dúvida, até mesmo por um princípio de adequação, o artigo 65 do CCB também se aplica ao Distrito Federal.

* Advogado no Estado do Rio de Janeiro; Pós-graduando em Direito da Administração Pública pela UFF; Bacharel em Direito pela UFRJ.

1. A Lei 10.406 (Novo Código Civil Brasileiro), de 11/01/2002, faz menção aos Bens Públicos no Título III, Capítulo I, da Parte Geral, tratando da matéria nos artigos 98 a 103. O art. 98 desse Codex traz o conceito de bem público. Em virtude da vacatio legis de 1 (um) ano, tal Código entrará em vigor a partir de 11/01/2003, conforme previsão expressa do art. 2044 do aludido diploma legal.

Quanto às autarquias, também não vemos nenhum óbice em considerar seus bens como públicos, até porque tais entidades, embora não se confundam com os entes da administração direta, também possuem natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público.

Com o advento do novo Código Civil², consertou-se tal distorção ao adotar-se positivamente a interpretação que já era pacificamente encampada pela doutrina e pela jurisprudência.

Uma questão que devemos salientar, revela-se no que tange aos bens pertencentes às fundações governamentais. Mister que façamos uma separação, com o escopo de aclararmos tal situação: em se tratando de fundação de direito público, seus bens serão públicos, enquanto os bens das fundações de direito privado serão bens privados. Tal distinção tem importância nos efeitos: as primeiras (fundações de direito público) estarão sujeitas à execução via o procedimento de precatório, enquanto as outras, aplica-se a penhora.

III) NATUREZA DOS BENS DAS PESSOAS ADMINISTRATIVAS PRIVADAS

Inicialmente, as entidades paraestatais, cuja definição se encontra no Decreto-Lei 200/67³, em nosso modesto entendimento, têm seus bens qualificados como bens privados.

Em que pese a opinião do ilustre e renomado publicista Hely Lopes Meirelles, segundo o qual os aludidos bens são "*bens públicos com destinação especial e administração particular das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários*"⁴, não concordamos com o posicionamento adotado pelo referenciado mestre.

Não há razão para qualificar os bens das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações públicas de direito privado como bens públicos, mas como bens privados.

A nosso ver, o prof^o Hely Lopes Meirelles ao adotar tal conceito, baseou-se nos efeitos decorrentes da criação e da extinção das aludidas entidades, tendo em vista que os bens advêm de pessoas de direito público, assim como ao se extinguirem, poderá ocorrer o retorno dos bens ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público correspondente, de onde se haviam originado.

Como bem salienta o professor José dos Santos Carvalho Filho⁵, o regime jurídico dos bens das pessoas privadas da Administração será, em princípio, o mesmo aplicável às pessoas privadas. Entretanto, no momento da criação de um ente paraestatal, a lei instituidora pode trazer alguma norma de direito público, que derogará a norma de direito privado, mas não terá o condão de afastar o regime jurídico dos bens paraestatais, qual seja, o regime privado.

Os bens das empresas públicas e das sociedades, conforme pensamos, estão submetidos à execução e penhora, daí não haver razão para qualificá-los como bens públicos, independentemente de tais entes exercerem atividade econômica ou prestarem serviço público.⁶

Mister mencionar que com o advento do novo Código Civil (art. 98), não resta dúvida quanto à privacidade dos bens dos entes paraestatais.

-
2. Art. 98: "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem."
 3. As Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista estão definidas no art. 5º, incisos II e III, respectivamente do DL 200/67. Acrescente-se que o art. 77, §2º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro também traz a mesma definição apresentada pelo DL 200/67.
 4. HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", pág. 428.
 5. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "Manual de Direito Administrativo", pág. 803.
 6. Diversamente, entendeu o Pretório Excelso no leading case quanto à Penhora de Bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. (Informativo nº 210 - STF. RE 220.906-DF).

IV) CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

A classificação dos bens públicos se subdivide em três critérios, não se tratando, destarte, numa classificação unilateral, mas de acordo como os diferentes aspectos em que o bem público se situa, conforme analisaremos em seguida: titularidade, destinação e disponibilidade.

IV.1) QUANTO À TITULARIDADE

Quanto à titularidade, os bens públicos podem ser federais, estaduais/distritais e municipais. Logo, não resta dúvida que esta classificação envolve a questão do princípio federativo, consubstanciado na repartição de competências.

Os bens públicos federais estão elencados no art.20 da CRFB/88. Como observa o prof José dos Santos Carvalho Filho com a acuidade que lhe é peculiar *"a Carta levou em conta alguns critérios ligados à esfera federal, como a segurança nacional, a proteção à economia do país, o interesse público nacional e a extensão do bem"*.

Na legislação infraconstitucional, os bens públicos federais estão disciplinados pelo Decreto-lei n 9.760/46, dentre os quais destacamos, os terrenos de marinha e seus acrescidos, as terras devolutas⁷ e os terrenos ocupados tradicionalmente pelos silvícolas.

Quanto aos bens públicos estaduais, os mesmos estão disciplinados no art.26 da CRFB/88, cuja enumeração é enunciativa e não taxativa. Pelo princípio da adequação, já que a Carta Magna não aludiu aos bens do Distrito Federal, também se aplica o art.26 da CRFB/88 àquele ente.

No que se cinge aos Municípios, aplica-se semelhante raciocínio, ou seja, o fato da Constituição Federal não ter disciplinado os bens municipais, não significa que eles não os possuam. Situam-se como bens municipais, dentre outros, as praças, as ruas, bem como os bens imóveis e móveis que compõem o patrimônio da municipalidade.

IV.2) QUANTO À DESTINAÇÃO

Em função da destinação, os bens públicos podem ser:

- Bens de uso comum do povo;
- Bens de uso especial;
- Bens dominicais.

Essa classificação se encontra positivada no art. 66 do Código Civil Brasileiro. Do mesmo modo, o novo Código Civil (art. 99) traz essa distinção ao tratar dos bens públicos e particulares.

Nos termos da referida norma do Código Civil, infere-se que os bens de uso comum do povo são os bens franqueados ao uso da própria população, como as ruas, as praças, estradas, águas do mar e ilhas oceânicas. Nas precisas palavras da Prof^a Maria Sylvia Di Pietro⁸, são *"aqueles por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração"*.

Uma questão que se coloca presente na atualidade é a que diz respeito à possibilidade de cancelas em vias públicas, sob o fundamento de garantir-se a segurança pública da área. Por outro lado, invoca parte da doutrina violação ao princípio da isonomia, não se podendo limitar a utilização de um bem do uso comum do povo. Ao nosso sentir, a melhor solução passa pela adoção do Princípio da Ponderação de Interesses⁹, que possibilita ao exegeta, diante do caso concreto, ponderar os diferentes valores envolvidos na *quaestio*.

7. Quanto ao tema terras devolutas, a prof^a MARIA SYLVIA DI PIETRO, págs. 469-470, descreve toda a evolução histórica das mesmas, desde a época colonial até os dias atuais.

8. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", pág. 427.

9. Acerca do Princípio da Ponderação de Interesses, vide SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2000.

A título ilustrativo, mencionamos o acórdão acerca do tema discutido acima:

EMENTA: Bem Público - Praia - Posse Por Particular - Impossibilidade

"Inexiste titularidade de posse do particular sobre bem de uso comum do povo. Se este não exerce a posse, não lhe assiste o direito de vê-la mantida, por faltar-lhe o pressuposto à ação possessória, qual seja, posse anterior, já que bem público é insuscetível de domínio por posse. Noutra pólo, não se legitima, mesmo com o decurso dos anos, a restrição imposta pelo particular ao livre acesso à praia, bem de uso comum da coletividade." (TJ/RJ, 15ª Câmara Cível, DJ 26/10/2000 - Ap. 11.684/99, Rel. Des. José Pimentel Marques),

Igualmente ao que ocorre com os bens de uso comum do povo, o Código Civil não define os bens de uso especial, somente exemplificando-os. De maneira sintética, os bens de uso especial são aqueles bens que visam à execução dos serviços administrativos e dos serviços públicos em geral.

Há um aspecto que pode gerar dúvidas acerca da natureza dos bens de uso comum do povo, tendo em vista a dicção do art. 66, inciso II do Código Civil, que menciona apenas os bens imóveis.

Nesse tocante, e de maneira acertada, a profª Maria Sylvania Di Pietro¹⁰, menciona que "os bens de uso especial são todas as coisas, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para realização de suas atividades e consecução de seus fins".

Por conseguinte, são bens de uso especial não só os edifícios públicos ou os terrenos (bens imóveis), mas também os bens móveis que sirvam à Administração Pública na realização de seus misteres, como por exemplo, os carros oficiais, os computadores das repartições. Daí, porque se diz que o art. 66, inciso II, do Código Civil é *numerus abertus*.

Já no que pertine aos bens públicos dominicais, eles assumem um caráter residual em relação aos dois tipos anteriores. O atual Código Civil Brasileiro, art. 66, III, define como sendo "os que constituem patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades".

Em que pese o novo Código Civil (art. 99, III) possuir a mesma definição, disciplina no parágrafo único, espancando qualquer tipo de dúvida, que os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, serão considerados bens dominicais, desde que não haja previsão legal em contrário.

Como exemplo de bens dominicais, situam-se as terras sem destinação específica, os prédios públicos desativados, os bens móveis inservíveis.

Verifica-se, então, que a classificação dos bens públicos quanto à destinação é intercambiante, ou seja, não há uma perenidade, e sim uma maleabilidade na classificação. Os bens podem reverter para outra modalidade de classificação de acordo com o caso concreto.

IV.3) QUANTO À DISPONIBILIDADE

Orienta-se essa classificação pela disponibilidade que o bem possui em relação às pessoas de direito público da qual compõem o seu patrimônio.

Nesse sentido, os bens públicos podem situar-se como:

- Indisponíveis;
- Patrimoniais indisponíveis;
- Patrimoniais disponíveis.

10. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", pág. 427.

Os bens públicos indisponíveis são aqueles de que não se pode dispor de molde a preservarem a finalidade a que foram destinados. Neste tocante, colocam-se os bens de uso comum do povo, bens não-patrimoniais, que não podem ser alienados ou onerados.

Os bens patrimoniais indisponíveis, ao revés, da modalidade anterior, têm o caráter de patrimonialidade, mas não podem ser alienados, tendo em vista que estão sendo utilizados na consecução de algum fim estatal.

Em decorrência, enquadram-se na modalidade acima, os bens de uso especial, móveis ou imóveis, que estejam destinados a atingir alguma finalidade, como a prestação de um serviço público.

Os bens patrimoniais disponíveis possuem a característica da patrimonialidade. Entretanto, diferentemente, dos anteriores, os mesmos podem ser alienados dentro dos parâmetros estabelecidos pela lei. Como espécie de bens patrimoniais disponíveis, localizam-se os bens dominicais.

Por conseguinte, verifica-se que ocorre uma correlação direta entre a disponibilidade e patrimonialidade dos bens públicos com a destinação que é dada aos bens públicos.

V) AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

A afetação (ou a sua desafetação) de um bem público está relacionada à presença ou não dos pressupostos para que determinado bem esteja destinado.

No dizer da palavra da Prof^a Maria Sylvania Di Pietro¹¹ *"trata-se do ato ou fato pelo qual um bem passa da categoria de bem do domínio privado do Estado para a categoria de bem do domínio público"*.

Ressalva a renomada autora que a afetação ou desafetação pode se dar de maneira expressa ou tácita. Na primeira hipótese, decorrem de ato administrativo ou de lei, enquanto na segunda, resultam de atuação direta da Administração, sem manifestação expressa de sua vontade, ou de fato da natureza.

Tome-se, por exemplo, uma máquina destinada a um serviço específico, que emprega baixa tecnologia e que com o passar do tempo, torna-se obsoleta, de modo a não ser mais viável a sua utilização (alto consumo de energia, por exemplo), podendo até acarretar prejuízo. Ora, parece-nos claro que se trata de um típico exemplo de desafetação tácita.

VI) A ALIENABILIDADE CONDICIONADA

Diz-se a alienabilidade ser condicionada em função da dicção do art. 67 do atual Código Civil¹², ao prescrever que *"os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever"*.

Neste sentido, parece equivocada a alusão que fazem alguns autores como sendo os bens públicos inalienáveis, haja vista que em havendo lei autorizativa e nos limites da mesma, os bens públicos podem ser alienados.

Fixado tal ponto, cabe distinguirmos as hipóteses a seguir elencadas: os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial não são alienáveis enquanto conservarem tal qualificação, ou seja, somente após a desafetação (passando a categoria dos bens públicos dominiais) podem ser alienáveis, e assim, mesmo nos termos da Lei. Ressalte-se que como bem lembra o Prof. José dos Santos Carvalho Filho, *"somente alguns bens de uso comum do povo são insuscetíveis de alienação, e assim mesmo por sua natureza especialíssima. Estão neste caso os mares e os rios navegáveis"*.¹³

11. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", pág. 429.

12. O Novo Código Civil, art. 100, resulta mais específico ao estabelecer que "os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar" (grifo nosso).

13. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "Manual de Direito Administrativo", pág. 810 - item 23.

No que tange aos bens públicos dominicais, o simples fato de pertencerem a esta categoria de bens não significa que possam ser alienados ao alvedrio da Administração, pois nos termos do art. 67 do atual Código Civil¹⁴, podem ser alienados se houver Lei autorizativa e nos limites da mesma.

Em relação ao exposto, a prof^a Maria Sylvania Di Pietro¹⁵ ratifica tal distinção ao esclarecer que *"também a alienabilidade não é absoluta, pois aqueles que têm esse caráter, por não terem qualquer destinação pública (os bens dominicais ou bens de domínio privado do Estado) podem perdê-la pelo instituto da afetação"*.

Em nossa modesta opinião, independente do Código Civil, a simples subordinação da Administração à Lei (Princípio da Legalidade) já serve de fundamento para que a Administração só possa alienar tais bens se houver Lei autorizativa.

A alienabilidade dos bens públicos encontra guarida nos artigos 17, 18 e 19, da Lei 8.666/93, na seção relativa às alienações de bens públicos móveis e imóveis, desde que respeitadas as limitações que enumera, como, por exemplo, avaliação prévia e procedimento licitatório. Outro diploma legal também alude à alienabilidade: art. 46 e arts. 134 a 174 do Decreto-Lei 9.760/46 (Bens Imóveis da União)¹⁶.

VII) A IMPENHORABILIDADE

Em primeiro lugar, tendo em vista que o instituto da penhora consiste *"no ato pelo qual se apreendem bens para empregá-los, de maneira direta ou indireta, na satisfação do crédito exequendo"*¹⁷, os bens públicos, por mandamento constitucional (art. 100), não estão submetidos ao regime da penhora, uma vez que aquele dispositivo estabelece de forma clara que a satisfação dos créditos contra o Poder Público inadimplente só pode ser realizada via o pagamento de precatórios.¹⁸

Em decorrência do acima exposto, o Supremo Tribunal Federal dando interpretação elástica ao *caput* do art. 100 da Constituição Federal, estendendo às empresas públicas e sociedades de economia mista, decidiu que os bens das aludidas entidades, uma vez que estejam afetados a um serviço público, também não podem sofrer penhora. A título ilustrativo, segue abaixo decisão daquela Corte acerca da constitucionalidade do art. 12 do Decreto-lei n 509/96, que criou e disciplina a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), corroborando tal posicionamento:

"Preceitua o artigo 12 do Decreto-lei n° 509/69, verbis:

'A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.'

(...)Ante o exposto, tenho como recepcionado o Decreto-lei n° 509/69, que estendeu à

14. O Novo Código Civil positiva tal entendimento em seu Art. 101, enfatizando que "Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei".

15. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", pág. 429.

16. Art. 195 do Decreto-Lei n 200/67: "A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização em decreto e será sempre precedida de parecer do órgão próprio responsável pelo patrimônio da União, quanto à sua oportunidade e conveniência".

17. BARBOSA MOREIRA, "O Novo Processo Civil Brasileiro", p.225.

18. O Prof. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO lembra, que com o advento da EC n 20/98, introduziu-se o §3º ao art. 100, dispondo que para créditos de pequeno valor, a ser definido em lei, não há necessidade de observar o sistema de precatórios. A título exemplificativo, as Leis 10.099/00 (Estabelece as hipóteses de pagamento da Previdência nos reajustes e concessões de benefícios previdenciários) e 10.259/01 (Insitui os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal) excluem a via dos precatórios. Ressalte-se que, não obstante tal previsão, subsiste a garantia da impenhorabilidade dos bens públicos ("Manual de Direito Administrativo", pág. 811).

Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos os privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre eles o daimpenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, devendo a execução fazer-se mediante precatório, sob pena de vulneração ao disposto no artigo 100 da Constituição de 1988. Por conseguinte, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento.” (Informativo n 213 do STF- RE 220.906-DF - Extrato do Voto do Min. Maurício Corrêa)

VIII) A IMPRESCRITIBILIDADE

Por esta regra, depreende-se que os bens públicos sejam de que categoria for, não são suscetíveis de usucapião, tendo previsão constitucional (Art. 183, §3 c/c Art. 191, *caput*, CRFB/88). Em nível infraconstitucional, o art. 200 do Decreto-lei 9.760/46, também trata da hipótese.

Ressalta-se neste contexto o Verbete 340 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “*Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião*”.

Questão pertinente diz respeito ao chamado usucapião *pro labore*, que consistia na possibilidade de “*assegurar o direito de propriedade àquele que cultivasse a terra com o próprio trabalho*”¹⁹, que com a promulgação da CRFB/88 (Art. 191), explicitamente restringiu a utilização deste instituto para imóveis públicos.

Outro aspecto concernente à imprescritibilidade, exsurge do chamado usucapião especial, disciplinado pela Lei n 6969/91, que incidia sobre terras devolutas situadas na área rural, após o período de cinco anos de posse ininterrupta e sem oposição, além de outros requisitos anteriormente estabelecidos para o usucapião *pro labore*. Ocorre que como já frisado anteriormente, por previsão constitucional, não se admite usucapião de imóvel público, quer na zona urbana, quer na zona rural (Art. 183, §3º e Art. 191, § único, respectivamente).

IX) A NÃO - ONERABILIDADE

Os bens públicos não podem ser gravados com direitos reais de garantia (hipoteca, anticrese e penhor).

Em que pese a posição doutrinária acima parecer estar correta, *ex vi* dos arts. 100 da CRFB/88 e arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil, esclarece a Prof.^a Maria Sylvania que “*com relação à instituição de direitos reais de garantia sobre os bens dominicais, formaram-se duas correntes, uma entendendo impossível esta oneração, tendo em vista a impenhorabilidade desses bens, e a outra a considerando possível e enquadrando-a como uma das espécies de execução forçada contra a Fazenda Pública*”.

Não haveria razão de entender-se acerca da possibilidade dos bens públicos serem gravados com aqueles direitos reais, e tal fato decorre de várias razões.

Em primeiro lugar, não há como compatibilizar o instituto da impenhorabilidade dos bens públicos com a viabilidade de uma execução direta e penhora sobre estes bens. Neste diapasão, opina Hely Lopes Meirelles²⁰ que neste contexto “*não seria, de modo algum, garantia real*”.

Ademais, o Prof. José dos Santos Carvalho Filho nos traz à colação que “*outra razão decorre da própria lei civil*”²¹. O artigo 756 do diploma substantivo estabelece expressamente que só aquele que pode alienar poderá hipotecar, dar em anticrese, ou empenhar.

19. Cf. esclarece a Prf.^a MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, Ob. Cit., Pág. 432.

20. HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, pág. 451.

21. JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, Ob. Cit., pág. 812.

Destarte, sendo os bens públicos (de uso comum do povo e de uso especial) inalienáveis, não poderão ser onerados por qualquer tipo de garantia real.

No que tange aos bens públicos dominicais, incompatível seria a possibilidade de oneração de tais bens, porque a Administração Pública só pode aliená-los nos casos e formas que a lei prescrever, e uma vez que se estipule garantias reais sobre esses bens, as mesmas serão nulas de pleno direito, submetendo o credor ao sistema dos precatórios.

X) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO FILHO - "Manual de Direito Administrativo". Rio de Janeiro, 2000. Ed. Lumen Juris, 6ª Edição.
- DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA - "Direito Administrativo". São Paulo, 1997. Ed. Atlas, 8ª Edição.
- FIGUEIREDO, LUCIA VALLE - "Curso de Direito Administrativo", São Paulo, 1995.
- GASPARINI, DIÓGENES - "Direito Administrativo". São Paulo, 1992.
- MEIRELLES, HELY LOPES - "Direito Administrativo Brasileiro". São Paulo, 1993.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa - "O Novo Processo Civil Brasileiro". 19ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2000.

ACÓRDÃOS

PROCESSO TRT18-AR-00604-2002-000-18-00-8

Relator: Juiz OCTÁVIO JOSÉ DE MAGALHÃES DRUMMOND MALDONADO
Revisor: Juiz BRENO MEDEIROS
Autor: JOÃO EVANGELISTA GOMES
Advogado: João Gaspar de Oliveira
Ré: AGROPECUÁRIA PRIMAVERA LTDA
Advogados: Péricles Emrich Campos e Outro
Publicação: DJE-GO nº 14.090, de 19.08.2003

Ementa: **"AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. DOLO DA PARTE VENCEDORA EM DETRIMENTO DA VENCIDA. ART. 485, III, DO CPC. INVIÁVEL.** Se a decisão rescindenda é homologatória do acordo, não há parte vencedora ou vencida, razão pela qual não é possível a sua desconstituição calcada no inciso III do art. 485 do CPC (dolo da parte vencedora em detrimento da vencida), pois constitui fundamento de rescindibilidade que supõe solução jurisdicional para a lide." (Orientação Jurisprudencial nº 111 da SDI-2 do C. TST).

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Ordinária, **por unanimidade**, admitir a ação rescisória para, no mérito, JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO NELA VEICULADO, concedendo, porém, ao reclamante os benefícios da assistência judiciária, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada da Juíza KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidente) e do Juiz MARCELO NOGUEIRA PEDRA (Convocado - RA 36/2003).

Goiânia, 29 de julho de 2003 (data do julgamento)
Juiz OCTÁVIO JOSÉ DE MAGALHÃES DRUMMOND MALDONADO - Relator

RELATÓRIO

Vistos os autos.

JOÃO EVANGELISTA GOMES ajuizou a presente ação rescisória em face de AGROPECUÁRIA PRIMAVERA LTDA., visando rescindir, com espeque no inciso III do art. 485 do CPC, a r. sentença homologatória do acordo celebrado nos autos da RT-1.513/02, que se processou na Eg. Vara do Trabalho de Rio Verde-GO.

Sustenta o autor que a referida transação resultou de coação perpetrada pela ré e que fora homologada sem a presença do advogado do então reclamante na audiência.

Citada, a ré apresentou defesa às fls. 54/59, pugnando pela improcedência do pedido rescisório.

O autor não se manifestou sobre a defesa.

As partes não apresentaram razões finais.

O d. Ministério Público do Trabalho, às fls. 79/83, oficia pela admissão da ação, e, no mérito, pela improcedência do pedido. Na eventualidade de ser acolhido o pleito rescisório, em sede de judicium rescissorium, é pela declaração de improcedência dos pedidos formulados nos autos do processo originário.

É, em síntese, o relatório.

FUNDAMENTOS

1. DO CABIMENTO DA AÇÃO

O acordo que se busca desconstituir foi homologado em 08.10.02 (fls. 38), tendo sido ajuizada a presente rescisória em 20.11.02, restando, pois, observado o prazo a que se refere o art. 495 do CPC.

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, admito-a.

2. MÉRITO

Pretende o autor a desconstituição da sentença homologatória do acordo celebrado nos autos da RT-1.513/02 - Vara do Trabalho de Rio Verde-GO -, sob a alegação de que seu procurador não esteve presente na audiência em que ocorreu a homologação da avença e que fora coagido pela ré a celebrar o acordo, não resistindo à pressão psicológica a que fora submetido, por mais de uma hora.

Alega que “o acordo foi uma armadilha da reclamada, aproveitando que o reclamante não conhece as leis e seu advogado não estava presente”, e que “a reclamada faltou com a ética e lealdade, levando o reclamante a assinar sem ter consciência da dimensão e sentido verdadeiro daquilo que (sic) estava concordando” (fls. 03).

Acresce que, “muito embora tenha assinado a Ata da Audiência, não expressou a sua vontade. É semi-analfabeto, trabalhador rural e borracheiro, tem dificuldade para entender os procedimentos judiciais. O seu desejo é o julgamento do pedido” (fls. 03).

Diz que o valor acordado (R\$ 250,00) se distancia muito daquele postulado na inicial (R\$ 19.432,97), concluindo que “houve erro essencial de consentimento do autor (assinatura) que somente após a audiência foi informado pelo seu procurador que não mais receberia o valor pleiteado e que não podia reclamar” (fls. 03).

Fundamenta o seu pedido rescisório no inciso III do art. 485 do CPC, ao argumento de que houve dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida.

Sem razão.

Na esteira da melhor doutrina, o termo dolo indica toda sorte de ardil ou artifício colocado em prática por alguém, com o intuito de induzir outrem à realização de determinado ato jurídico, em detrimento deste e em benefício daquele.

Sob o enfoque do processo, consiste o dolo no emprego de meios astuciosos com o objetivo de impedir ou dificultar a atuação da parte contrária, dentre os quais arrolam-se as hipóteses de frustrar a produção de provas, adulterar documentos etc.

Consoante o magistério do ilustre mestre e magistrado Manoel Antonio Teixeira Filho: “Não é, portanto, qualquer ato doloso que desafia o uso da rescisória, e sim aquele que acarreta *prejuízo processual* ao adversário - prejuízo que se materializa com a emissão de sentença contrária aos interesses da parte contra a qual o dolo se dirigiu. Se o ato for efetivamente doloso, mas, apesar disso, a sentença não vier em detrimento do direito ou dos interesses da parte inocente, a consequência desse dolo, para o processo, será nenhuma, até porque não há nulidade sem prejuízo. Escorreíta, por esse motivo, a lição de *Attardi*, no sentido de que o dolo da parte não pode consistir em um fato juridicamente ineficaz para determinar, por si só, o resultado do julgamento, como seria o caso de uma propositada falsidade de alegação; ele não pode se resumir à mera alegação, devendo exteriorizar-se, por isso, sob a forma de *comportamento* do litigante: ‘um comportamento tal a conduzir o juiz em engano sobre a real situação substancial, e isto através de um engano. A parte ou o juiz não podem dizer-se enganados pela simples afirmação falsa, diante da qual não é nem mesmo necessária uma atividade de contestação (dado que a parte é tutelada pela obrigação do juiz de fundamentar a decisão sobre as provas propostas (...)) e é livre na escolha e no desdobramento de seus meios de defesa’. Acrescenta o renomado jurista que, em razão disso, somente se poderá falar de dolo quando, em decorrência do engano tecido, a atividade de defesa seja diminuída ou paralisada” (in “Ação Rescisória no Processo do Trabalho”, 3ª ed., São Paulo, LTr, 1998, pág. 231).

Tem-se, portanto, que, para a caracterização do dolo processual, ensejador da desconstituição do julgado, é necessário que tenha havido solução jurisdicional para a lide, o que não ocorre nas hipóteses de homologação de acordo, cujo conteúdo é, em regra, a aceitação de concessões mútuas, não havendo, assim, vencedor nem vencido.

Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial de nº 111 do C. TST, *verbis*:

“AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. DOLO DA PARTE VENCEDORA EM DETRIMENTO DA VENCIDA. ART. 485, III, DO CPC. INVIÁVEL. Se a decisão rescindenda é homologatória de **acordo**, não há parte vencedora ou vencida, razão pela qual não é possível a sua desconstituição calcada no inciso III do art. 485 do CPC (dolo da parte vencedora, em detrimento da vencida), pois constitui fundamento de rescindibilidade que supõe solução jurisdicional para a lide.”

Nesse passo, não procede o pleito rescisório com fulcro no inciso III do art. 485 do CPC.

Ainda que, com apoio na OJ nº 32 da SDI-2, admita-se que o autor tenha capitulado, de forma errônea, a causa de pedir, apontando como fundamento de rescindibilidade o inciso III e não o inciso VIII do art. 485 do CPC (que trata da existência de fundamentação para invalidar a transação), não merece acolhida o pedido de rescisão.

Vê-se pela ata de fls. 38, que o autor esteve presente à audiência de instrução, na qual se deu a homologação do acordo rescindendo, não apresentando qualquer insurgência quanto ao conteúdo da avença.

Embora tenha-lhe sido dada oportunidade (fls. 71), o autor não produziu prova testemunhal, ou qualquer outra que pudesse comprovar a alegada coação na celebração do acordo.

Tem-se, pois, que o ato de transação foi judicial, portanto, livre de pressões e persuasões, motivo pelo qual se mostra perfeitamente válido o acordo realizado entre as partes.

E como bem destacou o d. Ministério Público do Trabalho, em parecer da lavra da eminente Procuradora Dr^a Janilda Guimarães de Lima Collo:

“Com efeito, o simples fato de o autor ser uma pessoa *semi-analfabeta, trabalhador rural e borracheiro* não se constitui em vício do consentimento, de modo que, em se tratando de acordo celebrado por pessoa capaz - o que se presume seja o caso do autor - não se vislumbra a possibilidade de rescisão da decisão homologatória de fls. 38.

Igualmente, não invalida o acordo o fato de que, naquela ocasião, o reclamante estava desacompanhado do seu advogado.

Ocorre que, em abrindo a parte mão do *jus potulandi*, cabe a ela a livre escolha do advogado que lhe representará em juízo, presumindo-se que tal escolha recaia sobre um profissional responsável e da sua inteira confiança.

Ora, se o procurador regularmente constituído pelo reclamante estava ciente da audiência de prosseguimento (fls. 16) não tendo a ela comparecido para orientar o obreiro e defender seus interesses, cabe a este arcar com os ônus decorrentes de sua infeliz escolha (*culpa in eligendo*), restando-lhe tão-somente lançar mão de ação regressiva em face daquele causídico pelos prejuízos eventualmente sofridos em razão da sua incúria profissional e não requerer a desconstituição de acordo regularmente firmado” (fls. 81).

Destarte, não demonstrada a existência de vício de manifestação da vontade do autor quando da celebração do acordo, impõe-se a improcedência do pedido rescisório com fulcro no inciso VIII do art. 485 do CPC.

DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Concede-se ao autor o benefício da gratuidade da Justiça, em face da declaração de fls. 06, com apoio na Lei nº 1.060/50, isentando-o do pagamento das custas processuais.

CONCLUSÃO

Isso posto, admito a ação rescisória e, no mérito, julgo totalmente improcedente o pedido.

Custas pelo autor, no importe de R\$ 19,43, calculadas sobre R\$ 971,64, valor dado à causa, isento.

É o meu voto.

Juiz OCTÁVIO JOSÉ DE MAGALHÃES DRUMMOND MALDONADO

Relator

PROCESSO TRT18-RO-00421-2004-007-18-00-9

Relator: Juiz LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM
Revisor: Juiz PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO
Recorrente: 1. BANCO BRADESCO S/A
Advogados: Eduardo Fernandes Loureiro e Outros
Recorrente: 2. RÚBIA CARLA FERREIRA (ADESIVO)
Advogados: Luiz Miguel Rodrigues Barbosa e Outros
Recorridos: OS MESMOS
Publicação: DJE nº 14.380, de 26.10.2004

Ementa: CONTRATO DE TRABALHO. PREJUÍZO PARA A TRABALHADORA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL. CABIMENTO DE INDENIZAÇÃO. A reclamante deixou o emprego motivada pela possibilidade concreta de ser admitida pelo reclamado. A contratação não se consumou, porque o banco que negociava com ela foi sucedido pelo reclamado e este não concordou com o salário combinado. Como sucessor, o reclamado responde pelo dano causado à demandante (art. 186 do Cód. Civil atual).

Acórdão: Vistos e relatados estes autos, ACORDAM os juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região em sessão ordinária, **por unanimidade**, conhecer de ambos os recursos e, no mérito, NEGAR-LHES PROVIMENTO, nos termos do voto do Juiz-Relator. Vista em mesa ao Juiz BRENO MEDEIROS. Impedido de atuar no presente feito o Juiz GENTIL PIO DE OLIVEIRA (art. 134, IV, CPC). Ausência ocasional e justificada da Juíza KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta).
Goiânia, 5 de outubro de 2004 (data do julgamento)
Juiz LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM - Relator

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recursos ordinários, oriundos da 7ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA, em que são recorrentes BANCO BRADESCO S/A e RÚBIA CARLA FERREIRA, ambos recorridos.

Pela sentença das fls. 84/91, cujo relatório adoto, o juízo *a quo* rejeitou a prefacial de inépcia da inicial, declarou a inexistência de vínculo de emprego entre as partes e condenou a reclamada a pagar à reclamante indenização por dano moral na fase pré-contratual.

Da sentença recorrem as partes.

O reclamado discorda da condenação. Entende que não ficou provado o dano reconhecido pela sentença, muito menos a culpa, e que houve julgamento *extra petita*, porque o prejuízo declarado no julgado seria de ordem material.

Em apelo adesivo, a reclamante pleiteia reforma da sentença quanto ao vínculo de emprego e ao valor da indenização deferida.

No primeiro tópico, alega que foi contratada verbalmente pelo gerente geral do reclamado, após aprovação da diretoria, e chegou a trabalhar uma semana, a partir de 1/10/2002.

Sobre o valor da indenização, pleiteia sua elevação nos termos do pedido. Destaca que, ante a proposta de trabalho do reclamado, deixou o emprego (Banco Santander), onde tinha carreira promissora, donde o dano sofrido.

A recorrente também pleiteia a aplicação de pena de litigância de má-fé ao recorrido, pela alteração da verdade dos fatos.

Contra-razões da reclamante presentes (fl. 118).

Sem intervenção do Ministério Público.

É o relatório.

VOTO

1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Regularmente interpostos, conhecimento dos recursos interpostos pelas partes.

2. JUÍZO DE MÉRITO

2.1. RECURSO DO RECLAMADO

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO

O julgado de primeiro grau condena o reclamado ao pagamento da importância de R\$ 5.500,00, a título de ressarcimento de dano moral, pela não concretização do contrato de trabalho e pela perda do emprego anterior.

O reclamado discorda da condenação. Em resumo, alega que não ficou demonstrada a ofensa à dignidade da reclamante nem a conduta ilícita da empresa. Também entende que não há causa de pedir para o deferimento de ressarcimento de dano patrimonial. Nesse sentido, a decisão seria *extra petita*.

Sem razão o reclamado.

Embora a reclamante refira-se a dano moral na inicial, cuja ocorrência não conseguiu provar, ela também mencionou a perda patrimonial sofrida em virtude da expectativa de obter o emprego do Banco BCN.

Não se configurou a lesão a direito personalíssimo. A reclamante, efetivamente, experimentou frustração em sua expectativa, o que não é suficiente para lhe assegurar indenização por dano extrapatrimonial.

De outra parte, está dito, na inicial, que a demandante deixou um emprego (Banco Santander), onde era gerente de negócios, em virtude de que estava em vias de concretizar seu ingresso no quadro do reclamado (fl. 3).

Estava certo que a reclamante seria contratada pelo Banco BCN, o que não ocorreu em razão da sucessão do virtual empregador.

Como o reclamado é o sucessor trabalhista do referido banco e rompeu as negociações com a reclamante, simplesmente por não concordar com o salário ajustado, ele deve responder pelo prejuízo material acarretado a ela, na forma do art. 159 do Cód. Civil antigo e 186 do atual.

Os entendimentos preliminares foram suficientes para infundir à reclamante a certeza de que sua contratação adviria. Donde a culpa do recorrente em suscitar a expectativa pelo contrato de trabalho.

Os fatos resultam provados, como bem concluiu o juízo *a quo*, cujos termos da sentença são aqui reproduzidos à guisa de fundamentação. *Verbis*:

“Assim, as tratativas estabelecidas entre as partes geraram na autora expectativa razoável de sua contratação pelo reclamado, mormente diante da sinalização dada pelo banco, por intermédio do Sr. Clóvis e da testemunha inquirida, Sr. Rubens Lopes Ferreira, de que havia sido autorizada sua contratação. Tanto é verdade que a reclamante empreendeu esforços no sentido de se inteirar das normas do banco e iniciar o contato com clientes, ainda que de forma incipiente, tendo inclusive rescindido o contrato de trabalho anterior, com o Banco Santander, segundo comprova o documento de fls. 09/10.

A frustração de sua contratação, já após ter sido demonstrado interesse inequívoco do banco em admiti-la, afirmado o réu que sua contratação havia sido autorizada, imprimiu inegável dano moral, e até material, à autora posto que, a par de lhe criar a expectativa plausível de que seria admitida pelo reclamado, incentivou a reclamante a pedir demissão de seu emprego anterior, para posteriormente ser frustrado o estabelecimento do novo emprego.

Assim, em que pese não ter havido prejuízo à obreira em contrair novo contrato de trabalho com outro empregador após novembro/2002, restou certo que a sinalização dada pelo reclamado de que seria contratada impingiu à demandante que pedisse demissão do emprego anterior, em 01.10.2002, tanto que encaminhou a documentação ao reclamado já no dia seguinte, em 02.10.2002, para que fosse formalizada sua admissão." (fl. 89).

A conclusão é que a reclamante deixou o emprego motivada pela possibilidade concreta de ser admitida pelo reclamado. A contratação não se consumou, porque o banco que negociava com a reclamante foi sucedido pelo reclamado e este não concordou com o salário combinado. Como sucessor, o reclamado responde pela perda patrimonial causada à reclamante.

Nego provimento.

2.2. RECURSO DA RECLAMANTE (ADESIVO)

2.1.1. VÍNCULO DE EMPREGO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO

Analisando a pretensão ao reconhecimento de vínculo de emprego e rescisão indireta, o julgador *a quo* considerou não configurada a relação empregatícia. Entendeu, com apoio na declaração da única testemunha ouvida, que a relação entre as partes não passou das conversações da fase pré-contratual.

Insiste a recorrente em que foi contratada verbalmente pelo gerente geral do reclamado, para exercer a função de gerente de contas, com proposta de salário de R\$ 4.000,00/mês. A contratação teria ocorrido depois de entrevista com diretores do banco e aprovação do salário. Segundo afirma, ela trabalhou uma semana na agência bancária do reclamado, a partir de 1/10/2002, após ter deixado o emprego de outro banco, de carreira promissora. Sobre o trabalho prestado, dá a seguinte explicação (*verbis*):

"A Recorrente chegou a trabalhar uma semana, inclusive, fez contato com clientes e efetuou algumas transações, mas como ainda não tinha chegado a sua matrícula, teve que concluir o serviço em nome de outros colegas de trabalho".

Carece de razão.

Conforme os termos da inicial, a reclamante trabalhou para o Banco BCN S/A, sucedido pelo reclamado, no período de 1/10 a 30/11/2002, na função de gerente de contas e sem receber o salário ajustado (R\$ 4.000,00/mês).

Ao fundamentar o pedido de dano moral, ela expôs que trabalhava para o Banco Santander do Brasil S/A e recebeu proposta de emprego do reclamado. Acresceu que, após o primeiro mês de trabalho, depois da sucessão do BCN pelo reclamado, foi-lhe proposto o salário de R\$ 2.000,00, com que não concordou, e considerou rescindido o contrato pela redução salarial ocorrida.

A demandante não juntou nenhum documento da pretensa relação empregatícia. Apresentou somente o termo da rescisão contratual do emprego anterior (Banco Santander (fl. 9)).

O reclamado negou tanto a prestação de serviços como a oferta de trabalho mencionada na inicial.

A reclamante não se desincumbiu de provar o contrato de trabalho (arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC).

Ela confessou, no depoimento prestado em juízo, que não houve a conclusão do pacto trabalhista. Outrossim, reconheceu que não lhe era exigida a prestação de serviços, tampouco sua presença na agência do banco.

Isso mostra que os contatos com clientes do banco e as operações bancárias, de que ela teria participado, ocorreram por sua própria iniciativa.

Eis as declarações da reclamante:

"...enquanto estava sendo preparada a documentação de sua contratação, comparecia na agência, mantendo contato telefônico com clientes e fazendo proposta de abertura de conta e venda de produtos do banco; ... não assinava pelo banco e os negócios que intermediava eram assinados pelo outro gerente de contas da agência, sob o código deste, pois não havia prontuário da reclamante; ... não era exigida a presença da reclamante na agência; ... lhe foi requerido que aguardasse a formalização do contrato para trabalhar, mas sua presença não era vedada na agência; ... não dava ordens na agência nesta época, nem recebia ordens; ... no final de 11/2002, simplesmente deixou de comparecer ao reclamado, sem comunicar nenhuma pessoa do banco, porque percebeu que seu contrato não seria sacramentado; ... o reclamado não estava concordando com a proposta de salário feita à reclamante e pedia que esta devia aguardar a resposta pelo banco; ... não era exigido pelo reclamado o comparecimento da reclamante na agência, nem a realização dos serviços; ... o único documento que assinou no banco foi um 'contrato de admissão' constando as informações pessoais da reclamante e o valor da proposta feita pelo reclamado; ... não se recorda se esse documento foi assinado por alguém do banco;" (fl. 80).

Pelo relato testemunhal (testemunha única), houve indicação da reclamante para gerente de contas do Banco BCN e conversações com ela nesse sentido. Segundo o depoente, a contratação não se efetivou em virtude da sucessão desse banco pelo reclamado, que teria suspenso, na transição, as admissões de pessoal, a par de ter discordado do salário discutido (R\$ 4.000,00/mês).

Afirmou a testemunha: *"... o banco iria analisar a possibilidade de sua contratação; ... em 02/10/2002 a reclamante encaminhou os documentos para que fosse formalizada a contratação pela matriz em São Paulo; ... a reclamante permaneceu cerca de uma semana inteirando-se das normas do banco e mantendo contato com alguns clientes, quando o depoente soube que sua contratação não havia sido formalizada;"*.

A prova mostra que as partes tinham a intenção de celebrar o contrato de trabalho, que não foi levada a termo por causa da sucessão do banco (BCN).

Neste ponto, mostra-se correta a decisão recorrida, cuja conclusão é que as partes não passaram dos entendimentos preliminares da fase pré-contratual.

A hipótese refere-se, pois, a negociações pré-contratuais, e não a proposta de contrato ou prestação de serviços.

Nego provimento.

2.2.2. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. VALOR

A sentença defere à reclamante indenização de R\$ 5.500,00 por dano patrimonial, ocasionado pela não conclusão do contrato de trabalho entabulado.

A recorrente pretende a elevação da condenação.

Insiste ela em que ficou caracterizado o dano moral. Explica que teve de pedir demissão de um emprego promissor no Banco Santander, para aguardar o novo posto de trabalho, oferecido pelo Banco BCN. O reclamado, sucessor daquele, acabou por não aceitar o salário combinado.

Pretende a majoração do valor da indenização para dez vezes o salário prometido (10 X R\$ 4.000,00).

Sem razão a recorrente.

Como já dito acima, não ficou caracterizado o dano moral na espécie.

A reparação devida à recorrente é a que resultou da perda do emprego no Banco Santander.

Pelo que ficou provado nos autos, a reclamante afastou-se do Banco Santander em 1/10/2002, onde a maior remuneração mensal percebida fora de R\$ 1.636,85 (fl. 9). No final de novembro de 2002, ela desistiu do emprego do reclamado, porque encontrara nova oportunidade de trabalho, como afirmou em seu depoimento (fl. 80).

Levando em conta a remuneração que a reclamante tinha no emprego anterior e o tempo que ela despendeu nas negociações com o reclamado, de não mais que dois meses, tem-se como satisfatório o quantum arbitrado na sentença.

Registra-se que a reclamante não comprovou despesas que tivesse feito em razão do emprego frustrado.

Nego provimento.

2.2.3. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Busca a recorrente a condenação do reclamado por litigância de má-fé. Argumenta que o demandado nega, apesar das provas, sua contratação para a função de gerente de contas.

Sem razão a recorrente.

Primeiro, a litigância de má-fé não foi apreciada na sentença, a despeito de que teria ocorrido na defesa do reclamado.

Depois, embora provadas as negociações entre as partes, para a contratação da reclamante, fato negado pelo reclamado, não ficou caracterizada a má-fé ou o dolo na conduta do defendente.

A simples contestação dos fatos não traduz qualquer das condutas indicadas no art. 17 do CPC, porquanto se insere nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. O fato de existir nos autos provas favoráveis à tese da demandante não é suficiente para caracterizar a má-fé evidente do reclamado. O dispositivo aludido (inciso II do mencionado artigo) exige prova irrefutável da distorção da verdade, para caracterizar o *improbus litigator*.

Não é esse o caso dos autos, em que não é insofismável o comportamento malicioso do reclamado.

Indefiro.

CONCLUSÃO

DIANTE DO EXPOSTO, conheço dos recursos, e no mérito, nego-lhes provimento, e indefiro o pedido de multa por litigância de má-fé.

É o voto.

Juiz LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM

Relator

PROCESSO TRT18-RO-01821-2003-003-18-00-5

Relator: Juiz LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM
Revisora: Juíza IALBA-LUZA GUIMARÃES DE MELLO
Recorrente: ESPÓLIO DE ANTÔNIO GOMES PEREIRA
Advogados: Anderson Zampronha e Outro
Recorrido: GUARANY TRANSPORTES E TURISMO LTDA
Advogados: Marcelo Braghini e Outros
Publicação: DJE-GO nº 14.282, de 01.06.2004

Ementa: **ESPÓLIO - REPRESENTAÇÃO - VIÚVA HABILITADA COMO PENSIONISTA DO EMPREGADO NO INSS E ADMINISTRADORA PROVISÓRIA DOS BENS.** A viúva do empregado, na condição de administradora provisória dos bens, bem assim estando habilitada como dependente na previdência social para fins de recebimento da pensão do *de cujus*, é pessoa legitimada para representar o espólio do empregado perante a Justiça do Trabalho, dispensando-se a prova da condição de inventariante. Inteligência dos artigos 985 e 986 do CPC e art. 1º da Lei nº 6.858/80.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos, ACORDAM os juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região em sessão ordinária, **por unanimidade**, conhecer do recurso e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada da Juíza KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e do Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS.

Goiânia, 18 de maio de 2004 (data do julgamento)
Juiz LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM - Relator

RELATÓRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso ordinário, oriundos da 3ª Vara do Trabalho de Goiânia, sendo recorrente ESPÓLIO DE ANTÔNIO GOMES PEREIRA, e recorrida GUARANY TRANSPORTES E TURISMO LTDA.

O Juízo de primeiro grau, pela sentença de fls. 120/123, cujo relatório adoto, constatando ter transcorrido *in albis* o prazo concedido para que a viúva do empregado demonstrasse sua nomeação como inventariante, considerou irregular a representação do espólio do empregado e extinguiu o processo sem julgamento do mérito, a teor do art. 267, inciso IV, do CPC, cominando custas processuais ao autor, de cujo recolhimento ficou isento, em razão do deferimento de assistência judiciária.

Inconformado, o autor (ESPÓLIO DE ANTÔNIO GOMES PEREIRA) interpõe recurso ordinário, alegando a regularidade da representação processual pela Srª. Valdete Pessoa Gomes, cônjuge supérstite administradora provisória dos bens e pensionista pelo MPAS/INSS, em decorrência do falecimento do empregado (fls. 126/134).

Contra-razões foram ofertadas às fls. 143/146.

O Ministério Público não interveio nos autos.

É o relatório.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do recurso e de suas contra-razões.

MÉRITO

ESPÓLIO - REPRESENTAÇÃO

O Juízo de primeiro grau, constatando ter transcorrido *in albis* o prazo concedido para que a viúva do empregado demonstrasse sua nomeação como inventariante, considerou irregular a representação do espólio do empregado e extinguiu o processo sem julgamento do mérito, a teor do art. 267, inciso IV, do CPC, cominando custas processuais ao autor, de cujo recolhimento ficou isento, em razão do deferimento de assistência judiciária.

O autor insurge-se, alegando ser regular a representação processual pela Sr^a. Valdete Pessoa Gomes, cônjuge supérstite administradora provisória dos bens e pensionista pelo MPAS/INSS, em decorrência do falecimento do empregado. Pugna pelo retorno dos autos à origem para julgamento do mérito.

Com razão o recorrente.

A viúva do empregado, habilitada como dependente na previdência social para fins de recebimento da pensão do *de cujus*, é pessoa legitimada para representar o espólio do empregado perante esta Justiça, dispensando-se a prova da condição de inventariante.

Esta é a hipótese dos autos, pois a viúva pensionista, Sr^a Valdete Pessoa Gomes, está habilitada como pensionista junto ao INSS e representa o autor, conforme se depreende da inicial e doc. de fl. 137.

Demais, a Sr^a Valdete Pessoa Gomes constitui-se administradora provisória dos bens, evidenciando o atendimento do disposto no art. 985 e 986 do CPC, bem assim o art. 1º da Lei nº 6.858/80, que dispõe sobre o pagamento de créditos trabalhistas aos herdeiros ou sucessores do empregado falecido, independentemente de inventário ou arrolamento.

O fato de que a procuração de fl. 07 foi outorgada pela Sr^a Valdete, em vez do espólio, constitui-se mero equívoco de forma, pois a inicial é clara quanto à representação do Espólio do empregado pela viúva pensionista, além disso ela é administradora provisória dos bens, estando regular a representação.

Dou, pois, provimento ao recurso para, reformando a decisão de fls. 120/123, declarar regular a representação do autor pela Sr^a Valdete Pessoa Gomes e determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que prossiga no andamento do feito, proferindo julgamento, como entender de direito.

Quando da liberação do crédito, se for o caso, o MM. Juiz observará o disposto na Lei nº 6.858/80.

Reformo.

CONCLUSÃO

DIANTE DO EXPOSTO, CONHEÇO do recurso e, no mérito, DOU-LHE PROVIMENTO, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Juiz LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM

Relator

PROCESSO TRT18-RO-00041-2004-004-18-00-5

Relator: Juiz PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO
Revisor: Juiz BRENO MEDEIROS
Recorrente: SANTANA PEREIRA DOS REIS
Advogados: Ilamar José Fernandes e Outros
Recorrido: MUNICÍPIO DE GOIANIRA
Advogado: Ribas Ribeiro
Recorrido: INSTITUTO RECICLA BRASIL - IRB
Publicação: DJE-GO nº 14.360, de 24.09.2004

Ementa: **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DECORRENTE DE TERMO DE PARCERIA. RECONHECIMENTO.** A Administração Pública, caso tenha sido beneficiária da prestação de serviços, responde subsidiariamente pelos créditos trabalhistas dos empregados de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, contratados para execução de serviços decorrentes da assinatura de termo de parceria celebrado com base na Lei 9.790/99. Trata-se de mera contratação de pessoal por pessoa interposta, que atrai a aplicação do E. 331/TST.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos de Recurso Ordinário, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, **por unanimidade**, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada das Juízas KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e IALBA-LUZA GUIMARÃES DE MELLO.

Goiânia, 8 de Setembro de 2004 (data do julgamento)
Juiz PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO - Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Juiz Aldivino A. da Silva, da Eg. 4ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO, julgou procedente, em parte, o pedido formulado por SANTANA PEREIRA DOS REIS em face do INSTITUTO RECICLA BRASIL - IRB, mas rejeitou o pleito de responsabilização solidária/subsidiária do MUNICÍPIO DE GOIANIRA.

Em sede de recurso ordinário, o reclamante pugna pela condenação do segundo reclamado, como responsável solidário, invocando em seu favor o E. 331/TST.

Foram apresentadas contra-razões.

O d. Ministério Público do Trabalho opina pelo conhecimento e provimento do recurso, para se declarar a responsabilidade subsidiária do segundo reclamado pelos créditos deferidos ao reclamante.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Interposto a tempo e modo, conheço do recurso.

MÉRITO

O Município de Goianira-GO, segundo reclamado, firmou com o Instituto Recicla Brasil um "termo de parceria" cujo objeto é o "desenvolvimento da coleta seletiva do lixo urbano, sua reciclagem e destino final", estabelecendo-se entre as partes contratantes um "vínculo de cooperação" (fl. 61).

Pelo que se pode depreender do cotejo dos elementos trazidos aos autos, o primeiro reclamado ficou encarregado da limpeza urbana do Município - inclusive de cuidar do aterro sanitário municipal, com investimento de R\$ 100.000,00 - e, em contrapartida, poderia explorar o negócio de reciclagem do lixo coletado.

A reclamante trabalhava no serviço de varredura da cidade, conforme alegação da inicial que, a par de não ter sido objeto de impugnação, foi corroborada pelo documentos de fls. 09/11.

Como se vê, o Município realizava um serviço público mediante a contratação de pessoa interposta, o que atrai a aplicabilidade do E. 331, IV, do C. TST ao caso, e sua conseqüente responsabilização subsidiária.

A propósito, este Eg. TRT já decidiu no mesmo sentido nos seguintes julgamentos, envolvendo os mesmos reclamados:

PROCESSO TRT18-RO-01720-2003-010-18-00-2

Relator: Juiz BRENO MEDEIROS

Revisor: Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS

Data do julgamento: 25 de maio de 2004

PROCESSO TRT18-RO-01729-2003-007-18-00-0

Relatora: JUÍZA IALBA-LUZA GUIMARÃES DE MELLO

REVISOR: JUIZ BRENO MEDEIROS

Data do julgamento: 1º de junho de 2004.

PROCESSO TRT18-RO-00037-2004-004-18-00-7

Relatora: JUÍZA IALBA-LUZA GUIMARÃES DE MELLO

Revisor: JUIZ SAULO EMÍDIO DOS SANTOS

Data do julgamento: 13 de julho de 2004

Há de se fazer apenas uma ressalva.

Não se aplicam ao caso os dispositivos da Lei 8.666/93, haja vista que a assinatura do termo de parceria previsto na Lei 9.790/99 dispensa o procedimento de licitação, eis que não visa em essência a prestação de serviços, mas sim estabelecimento do vínculo de cooperação para o fomento e a execução de atividades previstas no artigo 3º desse último diploma legal. Assim, o termo de parceria firmado entre as partes teria, em tese, respaldo no artigo 3º, VI, da Lei 9.790/99 - "defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável".

Mas, repita-se, tendo os serviços prestados pela reclamante favorecido o Município, aplica-se o E. 331 do C. TST, ainda com mais razão, haja vista a indiscutível não-incidência do artigo 71 da Lei 8.666/93.

Isto é, a Administração Pública, tendo sido beneficiária da prestação de serviços, responde subsidiariamente pelos créditos trabalhistas dos empregados de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, contratados para execução de serviços decorrentes da assinatura de termo de parceria celebrado com base na Lei 9.790/99. Trata-se de mera contratação de pessoal por pessoa interposta, que atrai a aplicação do E. 331/TST.

Calha notar que as estipulações contidas no termo de parceria não prejudicam a reclamante, que não participou do negócio jurídico e está ao abrigo da norma protetiva insculpida no artigo 9º consolidado.

Finalmente, o artigo 37, XXI, da CF, autoriza a Administração Pública a contratar mão-de-obra terceirizada, mas não afasta a responsabilidade pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela pessoa interposta.

Portanto, dá-se provimento parcial ao recurso, para reconhecer a responsabilidade do Município pelos débitos oriundos da condenação, mas apenas de forma subsidiária, e não solidária como pretendia a recorrente.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial.

É o meu voto.

Juiz PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO

Relator

PROCESSO TRT18-RO-00163-2004-008-18-00-7

Relator: Juiz PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO
Revisor: Juiz GENTIL PIO DE OLIVEIRA
Recorrente: MEZZALUNA RESTAURANTE ITALIANO LTDA
Advogado: Gercino Gonçalves Belchior
Recorrido: MANOEL MESSIAS MARTINS DANTAS
Advogado: Marizete Inácio de Faria Moura
Publicação: DJE-GO nº 14.360, de 24.09.2004

Ementa: VÍNCULO EMPREGATÍCIO. VIGILANTE DE VEÍCULOS EM ESTACIONAMENTO DE RESTAURANTE. INEXISTÊNCIA. Quem vigia carros de clientes de estabelecimento comercial, recebendo valores apenas dos motoristas dos veículos, não é empregado, em razão da ausência de onerosidade em relação ao reclamado. O fato de o estacionamento ser oferecido pelo reclamado é irrelevante se ele nada auferir da receita obtida pelos vigilantes. Por outro lado, esse pagamento feito por terceiros não se equipara à gorjeta, em razão de a vigilância do veículo ser ofertada de forma quase compulsória e ser aceita, em regra, apenas para evitar dissabores com o próprio vigilante.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos de Recurso Ordinário, em que são partes as acima indicadas.

ACORDAM os Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Juiz-Relator. Presente na tribuna para sustentar oralmente as razões do recurso o Dr. Gercino Gonçalves Belchior. Ausência ocasional e justificada das Juízas KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e IALBA-LUZA GUIMARÃES DE MELLO.

Goiânia, 8 de Setembro de 2004 (data do julgamento)
Juiz PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO - Relator

RELATÓRIO

A Exma. Juíza Elza Cândida da Silveira, da Eg. 8ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO, julgou procedente, em parte, o pedido formulado por MANOEL MESSIAS MARTINS DANTAS em face de MEZZALUNA RESTAURANTE ITALIANO LTDA.

O reclamado insurge-se, em sede de recurso ordinário, afirmando que não confessou que o reclamante vigiasse carros no estacionamento contíguo ao restaurante. Alega que nunca existiu pagamento de salário, pessoalidade, e subordinação jurídica. Aponta contradição entre a inicial, o teor do depoimento do reclamante e o da primeira testemunha por ele apresentada. Pretende seja excluída a multa de 1% sobre o valor dado à causa, alegando que não teve a intenção de protelar o feito ao aviar os embargos de declaração, tendo procurado apenas esclarecer alguns pontos da sentença que considerava imprescindíveis ao deslinde do feito. Ressalta que o valor dado à causa é calculado unilateralmente, sem nenhum parâmetro legal ou fundamentação jurídica.

Foram apresentadas contra-razões.

Os autos não foram enviados ao d. Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 25 do Regimento Interno deste Eg. TRT.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Regular e tempestivo, conheço do recurso.

MÉRITO

O reclamante, qualificando-se como vigilante e auxiliar de manobra, postulou o reconhecimento do vínculo empregatício com o recorrente, no período compreendido entre 1º.10.2000 e 25.09.2003.

Tendo o d. Juízo de origem declarado a existência da relação de emprego, o reclamado insiste que o reclamante não era seu empregado, pois o labor era desenvolvido sem pessoalidade, subordinação e salário.

Razão assiste ao recorrente.

Este Eg. TRT, ao julgar recentemente recurso interposto em reclamação em face do mesmo reclamado, movida por Manoel Gaspar Teles, a segunda testemunha apresentada pelo reclamante, cujo labor se dava em condições similares à retratada nos autos, manteve a sentença então recorrida, na qual não foi reconhecida a relação de emprego, assinalando que:

“...se persistiu alguma dúvida quanto à subordinação, não se pode dizer o mesmo quanto ao salário. Ficou claro nos autos que o reclamante não recebia salário. Ele mesmo confessa que sua remuneração era composta exclusivamente de gorjetas dos clientes. Não há prova nos autos de que, quando da ‘contratação’, houve a pactuação de salário. A segunda testemunha, conforme já visto, nada poderia afirmar eis que não trabalhava na reclamada quando o reclamante iniciou o labor.”
(RO-00047-2004-002-18-00-0, Relator: Juiz Breno Medeiros. Revisor Juiz Elvécio Moura dos Santos, julg. 22.06.2004, publicado no DJE de 02.07.2004).

E, *data venia*, do Juízo de origem, a despeito de a prova produzida no caso ser um pouco diversa, não há razão para se dissentir do entendimento supra.

No caso vertente, a primeira testemunha apresentada pelo reclamante afirmou textualmente que “a empresa prometeu pagar salário mas nunca pagou” e que “a mesma coisa aconteceu com o reclamante” (fl.58).

Entretanto, analisando o caso à luz da experiência haurida da observação daquilo que ordinariamente ocorre, tem-se que não se pode reputar verdadeira a afirmação. Aliás, nem o d. Juízo de origem a acolheu, frisando que não ficou provada a pactuação de um salário mínimo mais gorjetas, tendo indeferido o pedido de pagamento do salário retido.

Uma vez estabelecido que o dinheiro auferido pelo reclamante provinha exclusivamente dos frequentadores do reclamado ou da vizinha casa Ciao Bella, cujos proprietários eram os mesmos, tem-se que efetivamente faltava à relação o requisito da onerosidade.

Isso porque, e aqui a experiência cotidiana não pode ser relegada ao oblívio, o indivíduo que vigia veículos e “auxilia” nas manobras de estacionamento, não espera receber a contraprestação de outro senão daquele que deixou o veículo sob sua vigilância. E o caráter desse pagamento efetuado não pode ser equiparado à gorjeta, isto é, uma recompensa pelo serviço prestado, pois quem efetua o pagamento pretende, em essência, evitar dissabores, mormente se pretende retornar futuramente ao local, eis que se trata de um serviço oferecido de forma praticamente compulsória.

Em suma, como o valor auferido provinha de terceiros e não se destinava propriamente à remuneração de um serviço prestado pelo reclamante, a onerosidade em relação ao reclamado mostra-se ausente.

É verdade que, se o reclamado permitia que os vigilantes permanecessem em área do restaurante e ainda fornecia refeições aos mesmos, obtinha algum proveito com isso, como por exemplo a inibição de pequenos furtos ou utilização mais racional do concorrido estacionamento. Mas, tendo em vista que não tinha nenhuma participação nos valores recebidos, conforme admitiu o reclamante (fl. 57), e que o estacionamento constituía uma comodidade oferecida à clientela, não integrando o núcleo essencial da atividade econômica, esses fatores prevalecem para efeito de definição da relação entre as partes como não-empregatícia.

Nesse passo, como somente se reconhece a relação de emprego quando se detectam concomitantemente os quatro requisitos previstos no artigo 3º da CLT, à míngua de um deles, há de se reformar a sentença que declarou o liame empregatício.

Dá-se provimento ao recurso, julgando-se improcedentes os pedidos formulados pelo reclamante.

MULTA POR EMBARGOS PROTETATÓRIOS

A despeito de a parte ter ventilado nos embargos de declaração matéria de natureza eminentemente recursal, bem como afirmar que pretendia prequestioná-la, o que é completamente desnecessário em virtude da devolutibilidade ampla do recurso ordinário, não se detecta, *data venia*, a intenção meramente protetatória. Pode-se imputar à parte a falta de domínio da boa técnica processual, mas não se vislumbram motivos para se apená-la apenas por isso.

Reforma-se a sentença para excluir a penalidade imposta na sentença de embargos de declaração.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso e dou-lhe provimento.

Inverto a obrigação das custas, de cujo pagamento fica dispensado o reclamante, por ser beneficiário da assistência judiciária (fl. 69).

É o meu voto.

Juiz PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO

Relator

PROCESSO TRT18-MS-00024-2004-000-18-00-2

Relator: Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS
Impetrante: LODI COMERCIAL LTDA
Advogado: Mikael Borges de OliveiraeE Silva
Impetrado: Juízo da 4ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA
Litisconsorte: AGDERALDA ALICE DE FARIA LEITE
Advogado: Alcio Ronnie Peixoto Farias
Publicação: DJE nº 14.249, de 13.04.2004

Ementa: **PENHORA SOBRE OS RENDIMENTOS DA EMPRESA. LIMITE DE 30%.**
A determinação de penhora na “boca do caixa” não se reveste de ilegalidade, porque se mostra como o único meio para que a exequente receba efetivamente o seu crédito, haja vista que não houve a arrematação dos bens móveis penhorados anteriormente. Deve, porém, ser observado o limite de 30%, a fim de não inviabilizar o próprio funcionamento da empresa. Concede-se parcialmente a segurança.

Acórdão: Vistos e relatados os autos acima identificados, acordam os Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, **por unanimidade**, admitir a ação mandamental para, no mérito, **CONCEDER PARCIALMENTE A SEGURANÇA IMPETRADA**, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada da Juíza KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e dos Juizes LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM e IALBA-LUZA GUIMARÃES DE MELLO.

Goiânia, 30 de março de 2004 (data do julgamento)
Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS - Relator

RELATÓRIO

Mandado de Segurança impetrado por LODI COMERCIAL LTDA. em face do despacho exarado pelo Exmº Juiz da 4ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO, que determinou a penhora do total da fêria diária da executada/impetrante, conforme requerido pela exequente, AGDERALDA ALICE DE FARIA LEITE, nos autos da RT nº 1244-2002-004-18-00-7.

Sustentou a impetrante que tal pedido não poderia ter sido deferido, porque importou em nova penhora sem que tivesse sido desconstituída a constrição judicial anterior, incidente sobre bens móveis que garantem totalmente a execução, resultando em excesso de penhora. Explicou que somente seria justificável essa segunda penhora, caso tivesse ocorrido algum dos casos de anulação da primeira, conforme enumerados pelo artigo 667 do Código de Processo Civil. Ressaltou que, mesmo se assim fosse, a executada teria a preferência na indicação de novos bens, nos termos do artigo 655 do CPC.

Aduziu que a penhora “na boca do caixa”, de todo o movimento diário, até o valor total da execução, inviabiliza a manutenção das atividades da impetrante, o que caracteriza o *periculum in mora*. Ressaltou que nos casos em que é cabível esse tipo de penhora, ela deve ser feita de forma proporcional, a fim de permitir a continuidade das atividades da empresa, em respeito ao artigo 620 do Código de Processo Civil. Requereu a concessão de liminar, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei nº 1.544/51 e 37 da Carta Magna, porque também não houve a intimação da segunda penhora.

Juntou documentos às fls. 14/47.

O pedido liminar foi parcialmente deferido, por meio da decisão de fls. 52/54, que limitou a penhora a 30% da fêria diária da executada.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às fls. 60/62, mencionando que a impetrante deveria ter esgotado a via da correição parcial antes de eleger o *writ* constitucional.

A litisconsorte passiva Agderalda Alice de Faria Leite manifestou-se às fls. 64/75, pugnando pela cassação da liminar deferida, ao argumento de que a impetrante não teria demonstrado o seu faturamento, impossibilitando a aferição do patamar alcançado pela penhora realizada na “boca do caixa”, no valor de R\$1.500,00.

O d. Ministério Público do Trabalho opinou pela admissão da ação e pela concessão parcial da segurança (fls. 79/81).

ADMISSIBILIDADE

Cumpra registrar, inicialmente, que a correição parcial, mencionada pela autoridade coatora como sendo a solução para o caso em tela, não atende aos interesses da impetrante/ executada, porque diz respeito a decisões que resultam unicamente em inversão ou tumulto processual, ou seja, de caráter meramente formal, não abarcando o direito material da parte, que no caso é apontado como líquido e certo.

Assim, diante da inexistência de recurso urgente previsto em lei para atacar o ato, é cabível o mandado de segurança, na hipótese.

MÉRITO

A presente ação mandamental, com pedido de liminar, é impetrada contra ato do Exmº Juiz da 4ª Vara do Trabalho de Goiânia, que determinou a penhora diária na “boca do caixa” de todo o faturamento da empresa, até que se atinja o total do crédito da exequente.

Sustentou a impetrante que a realização dessa segunda penhora, sem que se verificasse a ocorrência das hipóteses previstas no artigo 667 do CPC, e já estando a execução garantida por bens móveis, importa em excesso de penhora. Acrescentou que, de qualquer modo, seria do devedor a preferência na indicação de novos bens a serem penhorados, nos termos do que dispõe o artigo 655 do CPC. Requereu liminar para que fosse revogada a determinação de penhora “na boca do caixa”, ou, pelo menos, restringida a 10% do faturamento.

Razão parcial lhe assiste.

Conforme mencionado na decisão liminar de fls. 52/54, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* estão presentes no caso em tela, porque não foi estabelecido um percentual para a penhora da fêria diária da empresa, de forma a não comprometer o seu regular funcionamento, nos termos da OJ nº 93, da SDI-2, do C. TST. Desse modo, constatou-se ofensa ao direito líquido e certo da impetrante de que a execução seja processada de maneira menos gravosa, conforme previsto no artigo 620 do CPC, razão pela qual foi deferida a liminar estabelecendo o limite de 30%.

Aqui é importante esclarecer que, independentemente do faturamento da empresa, a constrição judicial do total da fêria diária inviabiliza o funcionamento de qualquer estabelecimento, que fica impedido de desenvolver suas atividades normais, bem como o pagamento das despesas relativas a empregados e outros encargos. Assim, entendo que o direito da impetrante nesse sentido é líquido e certo, apesar de não ter provado o real comprometimento de suas atividades em razão da penhora efetuada.

Quanto ao percentual fixado em liminar, de 30% da fêria diária, ele se mostra adequado porque resguarda o regular funcionamento da empresa, bem como permite que a penhora seja efetivada em quantias razoáveis, e não insignificantes, o que não seria possível caso fosse determinado o percentual de 10% solicitado pela impetrante.

Porém, no que pertine aos argumentos da impetrante, visando a revogar a determinação de penhora “na boca do caixa”, não lhe assiste razão, pelos motivos que passo a expor.

Primeiro, porque a segunda penhora, incidente sobre os rendimentos diários da empresa, somente foi determinada em razão do fracasso em relação à alienação judicial dos bens móveis inicialmente penhorados. Assim, a decisão visou ao efetivo pagamento do credor, em analogia ao disposto no inciso II do artigo 667 do CPC que, portanto, não foi ofendido. Ademais, em casos tais, é praxe que, após a garantia total do crédito exequendo em dinheiro, seja liberada a constrição judicial anterior, afastando eventual excesso de penhora.

Segundo, porque, diferentemente do que alega a impetrante, a situação ora evidenciada não importa em direito de preferência na indicação de bens pelo devedor, conforme determina o artigo 655 do CPC. Isso porque esse direito já foi exercido na fase própria, sendo que, atualmente, como a execução não comporta recurso ou embargos, conforme mencionado pela própria impetrante, o que se busca é o efetivo recebimento do crédito já discutido, que preferencialmente se faz com dinheiro, que ocupa a primeira colocação na ordem estabelecida no artigo supracitado.

Destarte, impõe-se a manutenção da liminar que deferiu parcialmente a segurança.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço do presente *mandamus*, e mantenho a liminar que concedeu parcialmente a segurança, limitando a penhora a 30% da fêria diária da empresa.

Custas, pela impetrante, no importe de R\$844,39, calculadas sobre o valor dado à causa.

Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS

Relator

PROCESSO TRT18-MS-00067-2004-000-18-00-8

Redator Designado: Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS
Relator: Juiz LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM
Impetrante: LÚCIA OLIVEIRA TAVEIRA
Advogados: Luiz Mauro Pires e Outros
Impetrado: Juízo da 6ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA
Litisconsorte: NADIR JOSÉ DE SOUZA
Advogados: Luciando Jaques Rabelo e Outro
Publicação: DJE-GO nº 14.263, de 04.05.2004

Ementa: **MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE PARTE DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. AUTORIZAÇÃO.** Mostra-se pertinente e salutar o papel político do juiz que, muitas das vezes, e autorizado pelo art. 5º da LICC, tem de julgar por equidade, mitigando os rigores da lei. *In casu*, o interesse social que detém o exequente, credor de verbas salariais (de cunho alimentar, pois), não pode ser suplantado pela proteção ao individualismo da executada, conferida por meio do art. 649, IV, do CPC. Autoriza-se, assim, a penhora de 15% dos proventos da executada. Segurança denegada.

Acórdão: Vistos e relatados os autos acima identificados, acordam os Juizes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, **por unanimidade**, admitir a ação mandamental para, no mérito, **por maioria**, DENEGAR A SEGURANÇA IMPETRADA, vencidos os Juizes Relator e MARCELO NOGUEIRA PEDRA, que a concediam. Designado redator do acórdão o Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS, primeiro a se manifestar em favor da tese vencedora. Ausência ocasional e justificada das Juízas KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e IALBA-LUZA GUIMARÃES DE MELLO.

Goiânia, 20 de abril de 2004 (data do julgamento)
Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS - Redator Designado

Ante os termos do art. 64, § 1º, do Regimento Interno desta Eg. Corte, transcrevo e adoto, como razões de decidir, os seguintes trechos do voto do Exmº Juiz Relator:

“RELATÓRIO

Vistos os autos.

LÚCIA OLIVEIRA TAVEIRA, devidamente qualificada e representada nos autos, impetrou o presente mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato praticado pelo Ex.mo Juiz da 6ª Vara do Trabalho de Goiânia(GO), consistente na determinação de retenção de 15% (quinze por cento) do valor líquido recebido pela impetrante, a título de proventos de aposentadoria, para quitação de crédito trabalhista reconhecido na RT nº 01648-199, no valor de R\$6.442,76 (seis mil, quatrocentos e quarenta e dois reais e setenta e seis centavos) - cópia da decisão às fls. 279/282.

A determinação judicial ressalvou que a retenção seria no limite da responsabilidade da aqui impetrante.

Sustentou a impetrante que referida conta bancária se destina ao recebimento dos proventos de sua aposentadoria, como servidora pública do estado de Mato Grosso, que seria sua única fonte de recursos.

Trouxe como prova de suas alegações cópias dos extratos de sua conta-corrente (fls. 22/29).

A liminar pleiteada foi concedida às fls. 361/364.

O litisconsorte contestou o pedido inicial, argumentando, em síntese, que a impetrante é funcionária pública federal, e percebe 'um salário senão excelente, mas que lhe garante a manutenção de um bom padrão de vida', e em seu pedido, olvida que 'ambas as partes disputam crédito da mesma natureza' (alimentar), razão por que a medida se afigura legal.

Acresce que prestou serviços à impetrante por anos a fio, ajudando-a a formar todo um patrimônio, sendo injusto que sequer tenha o direito de receber as verbas rescisórias decorrentes do extinto contrato de emprego.

Assevera que a impetrante recebe proventos superiores a R\$7.000,00 (sete mil reais), e que a retenção de uma parte não a impedirá de continuar a levar uma vida digna, ao contrário dele, que não possui instrução escolar que lhe possibilite conseguir uma colocação profissional de melhores ganhos.

Igualmente, afirma que a impetrante já visava dar o 'calote' em vários credores trabalhistas, tanto é vero que transferiu a empresa para 'laranjas', que não tinham qualquer patrimônio, justamente para concretizarem tal desiderato.

Finalmente, aduz que foram consumidos todos os bens passíveis de execução, sem que a impetrante envidasse esforço no sentido de quitar seu débito, trazendo à colação, aresto deste Regional em abono de sua tese.

A autoridade impetrada, por intermédio do Ofício de fl. 48, informou que os fundamentos "para penhora parcial do salário da executada estão lançados no despacho de 234/237". Anexou cópia da decisão impugnada neste mandamus (fls. 376/379).

Parecer do Ministério Público do Trabalho da 18ª Região às fls. 382/385, opinando pela admissibilidade da ação mandamental e, no mérito, pela concessão da segurança pleiteada.

É o Relatório.

VOTO

1. JUÍZO DE MÉRITO

A impetrante ajuizou a presente ação mandamental, com pedido de liminar, objetivando o desbloqueio de parte de seus proventos de aposentadoria (15%), alegando, em síntese, que a determinação em comento, para quitação de crédito trabalhista devido ao litisconsorte, na execução decorrente da ação trabalhista ajuizada por este em desfavor da empresa CERRADO COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA, da qual é sócia-retirante, fere seu direito líquido e certo. Argumentou que foi sócia-cotista da empresa executada durante o período de 25/09/1997 a 10/09/1998, participando com apenas 10% (dez por cento) das cotas subscritas; que não participou da relação processual que deu origem ao crédito executado e que é incabível a aplicação do princípio da despersonalização da pessoa jurídica.

Acrescentou também que tem sobrevivido graças à utilização de 'limite de crédito' bancário; que está com problemas de saúde e não dispõe de condições físicas aptas para trabalhar e então saldar suas dívidas, e que o ato impugnado é arbitrário e ilegal."

O Exm^o Juiz Relator acolhia a tese da impetrante, com o que, data venia, não concordo.

O d. juízo da execução considerou que as regras processuais civis não de ser adaptadas aos princípios trabalhistas e, por isso, os altos salários da executada (se comparados com a média nacional) poderiam sofrer constrição parcial, de maneira a não prejudicá-la em honrar com seus compromissos mensais nem, tampouco, o exeqüente, que receberia seus créditos de cunho alimentar (v. fls. 376/379).

Mostra-se pertinente e salutar tal decisão, mormente porque demonstra e realça o papel político do juiz que, muitas das vezes, e autorizado pelo art. 5º da LICC, tem de julgar por equidade, mitigando os rigores da lei. *In casu*, o interesse social que detém o exeqüente, credor de verbas salariais (de cunho alimentar, pois), não pode ser suplantado pela proteção ao individualismo da executada, conferida por meio do art. 649, IV, do CPC. Ademais, a penhora não está recaindo sobre a integralidade dos proventos mas, apenas, 15% destes, quantitativo razoável que permite à executada arcar com suas despesas mensais, não havendo, nos autos, prova do contrário.

Assim, revogo a concessão da liminar (fls. 361/364) e denego a segurança impetrada.

CONCLUSÃO

Admito a ação mandamental, revogo a liminar concedida e, no mérito, denego a segurança impetrada.

Custas, pela impetrante, no importe de R\$10,64, ante o valor dado à causa e ao disposto no *caput* do art. 789 da CLT.

Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS

Redator Designado

PROCESSO TRT18-AP-01497-2000-005-18-00-5

Redator Designado: JUIZ ELVECIO MOURA DOS SANTOS
Relator: Juiz LUIZ FRANCISCO GUEDES DE AMORIM
Revisor: Juiz ELVECIO MOURA DOS SANTOS
Agravante: LUIZ ABRÃO DA SILVA
Advogados: Raul de França Belém Filho e Outros
Agravado: APARECIDO CORREIA DE ALMEIDA
Advogados: Wilson Alencar do Nascimento e Outro
Publicação: DJE nº 14.324, de 03.08.2004

Ementa: **NOTIFICAÇÃO RECEBIDA POR MENOR DE IDADE. VALIDADE. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL.** A comunicação dos atos processuais trabalhistas (citação, intimação, notificação) são tidas como validamente feitas desde que sejam entregues no endereço do destinatário, não havendo que se falar em nulidade da notificação, entregue por oficial de justiça, no endereço do Agravante, simplesmente pelo fato de a referida comunicação forense ter sido entregue a sua neta, que possuía 12 anos de idade.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos de Agravo de Petição, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Juízes do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, **por unanimidade**, conhecer do agravo de petição e, no mérito, por maioria, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto divergente do Juiz-Revisor, vencidos os Juízes Relator e GERALDO RODRIGUES DO NASCIMENTO, que lhe davam provimento. Designado redator do acórdão o Juiz-Revisor. Ausência ocasional e justificada da Juíza KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta).

Goiânia, 13 de julho de 2004 (data do julgamento)
Juiz ELVECIO MOURA DOS SANTOS - Revisor/Redator Designado

Nos termos do Regimento Interno desta Egrégia Corte, transcrevo a parte prevalente do voto apresentado pelo ilustre Juiz Relator.

“RELATÓRIO

O relatório foi efetivado no acórdão de fls. 280/286, onde este Regional, por unanimidade, suscitou Conflito Negativo de Competência.

Retornam os autos para apreciação do mérito do Agravo de Petição de 236/241, em face de o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no acórdão de fls. 299/300 ter decidido ser desta Justiça Especializada a competência para apreciação da matéria objeto do recurso mencionado.

VOTO

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Superado pelo acórdão de fls. 280/286.

JUÍZO PRELIMINAR

Argúi o agravante a nulidade da decisão de fl. 233, ao argumento de que padece de fundamentação. Todavia, pede a imediata apreciação da matéria de mérito da decisão hostilizada.

Rejeito a preliminar, pois na verdade o pedido constante da petição de fls. 223/226 foi indeferido sob fundamento de que preclusa a oportunidade para arguir possíveis nulidades, o que importa afirmar que foi recebida a petição como mero incidente da execução. Assim, não é imprescindível a fundamentação própria da sentença, considerada em seu sentido estrito.

De mais a mais, o acolhimento da nulidade é que acarretaria maior prejuízo ao recorrente, e como ele mesmo pede a apreciação imediata do agravo de petição, há que se entender que são pedidos incompatíveis, o que corrobora o entendimento de rejeição da preliminar.

JUÍZO DE MÉRITO

A fim de perfeitamente compreender a matéria submetida à apreciação desta Corte Trabalhista, transcrevo o resumo de fls. 284/285, verbis:

APARECIDO CORRÊA DE ALMEIDA ajuizou Ação de Imissão de Posse no juízo de Anicuns(GO), em face das pessoas elencadas na peça de fls. 03/05 - num total de 23, dentre eles o aqui agravante, argumentando ter adquirido por arrematação, na praça realizada pela 5ª VT de Goiânia(GO) - nos autos da ação trabalhista aforada por ANTÔNIO AGNALDO REZENDE em desfavor de CERÂMICA CENTRO OESTE LTDA., uma área de terras e respectivas benfeitorias e que, embora o proprietário tivesse desocupado o imóvel espontaneamente, nele permaneciam o locatário e comodatários mencionados.

Tramitando naquela Justiça Comum, o arrematante (autor da ação de imissão de posse) transacionou com o primeiro demandado (locatário do imóvel arrematado), com o objetivo de entregar ao primeiro o imóvel e por fim à referida ação (fls. 127/129). O acordo foi homologado às fl. 133.

Na petição de fl. 138, informando que apenas 09 (nove) dos réus da ação possessória ainda não haviam desocupado o imóvel, o autor pleiteou o prosseguimento da ação quanto a eles.

Pela decisão de fls. 139/140 o juízo da Comarca de Anicuns, de ofício, declarou sua incompetência para apreciar o feito, declinando para a 5ª Vara do Trabalho desta Capital a competência, para onde determinou a remessa dos autos.

Na mesma peça decisória, ponderou que “em razão da sentença homologatória de fls. 132, cuja declaração de nulidade e conseqüentes efeitos não podem ser decretadas de ofício neste grau de jurisdição, ficando possíveis arguições atreladas ao interesse daquelas partes, alcançará a presente declinação tão somente os Réus nominados na petição de fls. 137, sobre os quais ainda pende julgamento.”

Nesta Justiça Especializada foi designada audiência, sendo que dos 09 (nove) demandados, apenas 03 (três) não compareceram, dentre eles o aqui agravante. Na ocasião, as partes presentes celebraram acordo para desocupação do imóvel arrematado, sendo incontinenti homologado (Ata de fls. 159/160).

A certidão de fl. 217 atesta que o autor da possessória (arrematante na execução trabalhista) foi imitado na posse na data 07/11/2002.

Por intermédio da petição de fls. 223/226 o aqui agravante, argüindo vício da notificação inicial, e sustentando não ter celebrado acordo nos autos, pediu a nulidade do processo com relação à sua pessoa, e declaração da procedência do pedido de estabelecer-se o status quo ante à propositura da ação em comento (sic).

O pedido foi indeferido às fl. 233, sob fundamento de que o aqui agravante “teve o momento processual oportuno de alegar possíveis nulidades, tendo se quedado inerte”.

Esta a decisão agravada (fls. 236/241).

Neste Regional, foi suscitado conflito negativo de competência, tendo o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no acórdão de fls. 299/300 decidido ser desta Justiça Especializada a competência para apreciação da matéria objeto do recurso mencionado.

Retornam os autos, pois, para continuidade do julgamento do agravo de petição.

Como acima mencionado, o arrematante do bem levado a praça, na audiência retratada à fls. 159/160, celebrou acordo com os moradores do imóvel, para que desocupassem o bem. O agravante não compareceu à audiência porque, segundo alega, não foi notificado validamente da audiência designada. Diz que quem recebeu a notificação foi sua neta, menor de idade à época.

Na petição de fl. 166, o arrematante compareceu nos autos, informando que quatro moradores do imóvel, dentre eles o agravante, não o haviam desocupado, solicitando que o Juízo determinasse referida desocupação por intermédio de oficial de justiça. O Juízo de origem deferiu o pedido à fl. 167.

Na petição de fls. 178, 179, o agravante pediu vista dos autos, todavia nada requereu. Novamente compareceu aos autos o arrematante - o agravado, pedindo a "desocupação coercitiva" do imóvel, o que foi indeferido, ao fundamento de que esgotada a competência desta Justiça (fl. 190).

O arrematante, mais uma vez, peticionou, reiterando o pedido de desocupação coercitiva do requerido (fls. 203/204).

Pela decisão de fl. 210, foi determinada a expedição de mandado de imissão na posse em favor do agravado.

O mandado foi cumprido, como faz prova a certidão de fl. 217.

O aqui agravante, na peça de fls. 223/226, pleiteou a nulidade do processo, ao argumento de que foi notificado através de sua neta, que na data contava com apenas 12 (doze) anos de idade. Pediu, em consequência, a designação de nova data de audiência, e consequente apresentação da defesa e retorno do processo ao status quo ante.

Alternativamente, alegou que não firmou acordo com o arrematante, portanto não existe título executivo em relação à sua pessoa, o que torna ilegal o mandado de imissão na posse, devendo ser declarada a nulidade do processo a partir da audiência de fl. 159.

Acrescentou que foi despejado do imóvel, de forma desumana, pois cumprido o mandado de imissão em dia chuvoso, sendo seus bens colocados na rua, sem ter onde abrigar-se e a sua família.

Disse que as nulidades referidas lhe ocasionaram enormes prejuízos, seja de ordem processual, seja de ordem econômica/financeira, seja de ordem social, pois ficou sem teto.

Por fim, afirmou que o arrematante reconheceu a sua condição de comodatário do imóvel, e que por força de Lei, ele, agravante, tem direito de retenção do imóvel por benfeitoria, devendo ser indenizado, ressaltando que os demais moradores transacionaram nesse sentido.

O pedido foi indeferido à fl. 233, sob fundamento de que o peticionante "teve o momento processual oportuno de alegar possíveis nulidades, tendo-se quedado silente".

Aviado agravo de petição (fls. 236/241), o recurso não foi recebido, ao fundamento de que não preenchidos os requisitos do art. 897, § 1º da CLT (fl. 242).

Interposto agravo de instrumento (fl. 246/253), foi ele conhecido e provido. Adentrando o recurso de agravo de petição, foi este conhecido, mas o Tribunal, por unanimidade, suscitou conflito negativo de competência (fls. 280/286).

O Colendo STJ, no acórdão de fls. 299/300, conheceu do conflito, declarando a competência deste TRT para processar e julgar questões referentes a imóvel arrematado em hasta pública.

Feita esta exposição dos trâmites do processo, passo à apreciação do pedido recursal. A certidão passada pelo oficial de justiça desta Especializada atesta a veracidade da alegação do agravante, segundo o qual a notificação para audiência inaugural foi recebida por sua neta, então com 12 (doze) anos de idade (fl. 157). A certidão de nascimento desta foi juntada à fl. 227.

Aqui se inicia a minha divergência, acolhida pela maioria dos Juizes em Plenário.

Sem razão o Agravante.

Ao dirimir o conflito de competência, o STJ declarou ser desta Especializada a competência para decidir o incidente de execução de que tratam os presentes autos. Assim, devem ser aplicadas também as normas processuais trabalhistas, e não as do processo civil comum.

Como é cediço, a comunicação dos atos processuais trabalhistas (citação, intimação, notificação) são tidas como validamente feitas desde que sejam entregues no endereço do destinatário (§ 1º do art. 841 da CLT), não havendo o que se falar em nulidade da notificação do Agravante simplesmente pelo fato de a referida comunicação forense ter sido entregue à sua neta, já que ele não nega que o mandado de fls. 156 foi regularmente cumprido no seu endereço.

Nego provimento, portanto.

CONCLUSÃO

Conheço do Agravo de Petição e nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Juiz ELVECIO MOURA DOS SANTOS

Revisor/Redator Designado

PROCESSO TRT18-RO-01585-2003-012-18-00-8

Relator: Juiz ELVECIO MOURA DOS SANTOS
Revisor: Juiz MARCELO NOGUEIRA PEDRA
Recorrente: PAULO ROBERTO REZENDE SILVA
Advogados: Helma Faria Corrêa e Outros
Recorrido: COMPANHIA ENERGÉTICA DE GOIÁS - CELG
Advogados: Creide Maria Vieira Da Silva Ribeiro e Outros
Publicação: DJE-GO nº 14.337, de 20.08.2004

Ementa: LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA (SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL) X LEGITIMAÇÃO ORDINÁRIA (AÇÃO INDIVIDUAL). LITISPENDÊNCIA. POSSIBILIDADE. A legitimação ordinária (art. 6º, do CPC) tem primazia em relação à legitimação extraordinária (substituição processual), de modo que se deve prestigiar aquela em detrimento desta. Entretanto, considerando que o substituído processualmente é o beneficiário final do direito perseguido pelo Sindicato, para evitar o enriquecimento sem causa por parte do obreiro, caso ele prefira demandar individualmente, terá que requerer, na forma da lei, a sua exclusão do rol dos substituídos nos autos onde tramita a ação de substituição processual, sob pena de acarretar a litispendência.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos de Recurso Ordinário, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Juízes do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, **por unanimidade**, conhecer do recurso e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada das Juízas KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e IALBA-LUZA GUIMARÃES DE MELLO.

Goiânia, 10 de agosto de 2004 (data do julgamento)
Juiz Elvecio Moura dos Santos - Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Reclamante (fls. 431/444), contra a r. sentença de fls. 422/428, proferida pelo MM. Juiz do Trabalho Radson Rangel Ferreira Duarte, no exercício da Presidência da 12ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO, objetivando modificar o julgado no que diz respeito ao acolhimento da litispendência, bem como no tocante às horas extras e sua base de cálculo.

Regularmente intimada nesse sentido, a Reclamada apresentou contra-razões (fls. 447/452).

Os autos não foram enviados ao Ministério Público, conforme disposição regimental.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, bem como das contra-razões.

PRELIMINAR

DA LITISPENDÊNCIA

O MM. Juiz a *quo* acolheu a litispendência do pedido de diferença do adicional de horas extras, relativamente ao período de 09/98 até 18/08/03 (data limite do idêntico pedido formulado pelo Sindicato) e, *ipso facto*, extinguiu o processo sem julgamento do mérito em relação ao pedido em questão, com base no art. 267, V, do CPC.

O Reclamante busca a reforma da r. sentença, sob a alegação de que *“já que os processos coletivos se encontram arquivados provisoriamente a pedido das partes, e não estando o obreiro mais laborando no quadro de pessoal da reclamada, não há nada que o impeça de pleitear individualmente seus direitos”* (fls. 433).

Sustenta, ainda, que *“a jurisprudência é unânime a cerca do direito do obreiro em desistir da ação coletiva em detrimento de uma ação individual proposta”*.

Sem razão o Reclamante.

Neste particular, acolho como razões de decidir os fundamentos constantes da r. sentença de origem, *in verbis*:

“A reclamada afirma o sindicato profissional, em substituição a vários empregados (dentre eles o reclamante), postulou o pagamento do adicional de horas extras.

Pela petição às fls. 401/414, percebe-se que o sindicato obreiro postulou em nome dos substituídos, dentre eles o reclamante (fl. 416), sob o título de ‘retenção de parte das remunerações de horas extras’, o pagamento de diferenças de adicional de 50%, enquanto o correto seria de 100%. No presente processo, o reclamante postulou essa mesma parcela. A única diferença, que é parcial, consiste no período de postulação: na presente ação, foram postuladas parcelas desde 09/98 até ao desligamento, ocorrido em 01/09/03; já na ação ajuizada pelo sindicato, foi postulado o pagamento da parcela a partir de abril/95 e, não havendo limitação expressa, deve se reconhecer como tendo sido até 18/08/03 (uma vez que a postagem da notificação, ocorrida em 20/08/03 - fl. 401 - deve ser feita no prazo de 48 horas do ajuizamento, conforme caput do artigo 841 da CLT). Assim, constata-se que não houve repetição de demanda em relação ao período 19/08/03 a 01/09/03.

As causas de pedir são idênticas em ambos os processos.

Também há identidade de partes, uma vez que, embora no primeiro processo o autor seja o sindicato, postula direito do reclamante.

Assim, há identidade de ação em relação ao pedido de pagamento de diferenças de adicional de horas extras - exceto em relação ao período 19/08/03 a 01/09/03 -, razão pela qual acolho a litispendência em relação ao pedido, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito nos termos do artigo 267, V, CLT.” (fls. 423/424)

Registre-se que a despeito de o Recorrente fazer supor que ele teria desistido da ação coletiva, o fato é que, efetivamente, não houve a suposta desistência.

De fato, a legitimação ordinária (art. 6º, do CPC) tem primazia em relação à legitimação extraordinária (substituição processual), de modo que se deve prestigiar aquela em detrimento desta.

Entretanto, considerando que o substituído processualmente é o beneficiário final do direito perseguido pelo Sindicato, para evitar o enriquecimento sem causa por parte do obreiro, caso ele prefira demandar individualmente, terá que requerer, na forma da lei, a sua exclusão do rol dos substituídos nos autos onde tramita a ação de substituição processual, sob pena de acarretar a litispendência.

Aliás, esta Egrégia Corte já teve a oportunidade de apreciar a matéria em questão ao julgar o RO 1675-2003-001-18-00-5, que teve como Relatora a Juíza Ialva-Luza Guimarães de Mello, em que era parte a mesma Reclamada destes autos, *in verbis*:

“Alega o reclamante, ora recorrente, que ao propor reclamatória individual desistiu tacitamente da reclamatória coletiva, pelo que não pode ser mantida a litispendência.

Sem razão.

Sendo idêntico o pedido, com a mesma causa de pedir e com a identidade de partes, caracteriza-se a litispendência. Não há como dar guarida à pretensão do recorrente de que a propositura de uma nova reclamação trabalhista importa em desistência tácita da ação anteriormente ajuizada pelo sindicato, como substituto processual. A desistência da ação anteriormente ajuizada dependeria da anuência do recorrido, a teor do disposto no § 4º, do art. 267, do CPC, o que não ocorreu.

Não se há, assim, que falar em primazia da legitimação ordinária sobre a extraordinária, vez que esta não se insere entre as excludentes da litispendência.

Neste sentido vem decidindo a mais alta Corte Trabalhista, in verbis:

‘LITISPENDÊNCIA. AÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO PELO SINDICATO E RECLAMAÇÃO INDIVIDUAL. DESISTÊNCIA DA PRIMEIRA PRESUMIDA PELO AJUIZAMENTO DA SEGUNDA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 267, § 4º, DO CPC. Nos termos do art. 267, § 4º, do CPC, ‘depois de decorrido o prazo para resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação’. Logo, para elidir-se a litispendência por força de eventual desistência do reclamante na ação em que figura como substituído pelo sindicato, inadmissível a mera presunção de desistência: era imprescindível que o v. acórdão regional houvesse consignado a concordância da reclamada com tal desistência. Se referido fato não foi ali consignado, impossível na presente esfera recursal cogitar-se de desistência daquela ação, ante o óbice do Enunciado nº 126 do TST.’ (Proc. TST ED-RR 371826, 1997, 9ª Reg., Rel. Juiz Convocado Horácio R. de Senna Pires) in DJ de 27.09.02.

‘LITISPENDÊNCIA. LEGITIMAÇÃO ‘AD CAUSAM’ ORDINÁRIA E EXTRAORDINÁRIA. Decisão regional em que se declarou a ocorrência de litispendência no que diz respeito à ação individual proposta com pretensão de condenação da Reclamada ao pagamento de complementação de aposentadoria, em face de ação coletiva ajuizada anteriormente pelo Sindicato, com mesmo objeto. Presentes a identidade de partes materiais, de pedido e de causa de pedir, consoante o previsto no art. 301, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Civil. Violação de dispositivos da Constituição Federal e de lei, contrariedade a enunciados desta Corte e divergência jurisprudencial não demonstradas. Recurso de revista de que não se conhece.’ (Proc. TST- RR-584305/99, 2ª Reg. Rel. Min. Gelson de Azevedo) in DJ de 12/12/03.

Também assim já decidi este Eg. Tribunal, em acórdão da lavra da ilustre Relatora Juíza Dora Maria da Costa, no qual foi adotada como ementa decisão do Terceiro Regional:

‘LITISPENDÊNCIA - SINDICATO - SUBSTITUIÇÃO - AÇÃO PLÚRIMA X AÇÃO INDIVIDUAL - Quando o sindicato propõe ação, como substituto processual de toda a categoria ou de todos os empregados da empresa, configura-se litispendência a repetição do pedido, por empregado isoladamente, em ação individual, não podendo esse, para insistir na tramitação, renegar a tutela sindical, porque a lei não permite e representaria retrocesso social, nem considerar sua ação individual como manifestação expressa de renúncia à outra, porque qualquer ato seu nesse sentido teria que ser, previamente, praticado nos autos da outra ação” (RO/5362/93 - Rel. Juiz Paulo Araújo, MG 24/07/93 - Boletim Jurisp. DOU. Tr, V, 14, nº 03 jul/set 93).’ (RO 2633/94 - Ac. 2283/95, DJE 03/10/95, pág. 23) (TRT 18ª Reg.-RO 4653/98, Ac. N° 3592/99, data do julgamento 02/06/99). Nada a reformar.” (DJ/GO de 19/03/04)

Nego provimento, portanto.

MÉRITO

DA DIFERENÇA DE ADICIONAL DAS HORAS EXTRAS

Sob esse título, o Reclamante alega que, em sendo reformada a sentença de origem no ponto em que acolheu a litispendência, as horas extras abrangidas por ela também deveriam ser deferidas.

Sem razão, contudo.

Conforme visto no item anterior, restou confirmada a sentença que acolheu a litispendência alegada pela Reclamada, de forma que o processo foi extinto sem julgamento do mérito em relação às horas extras anteriormente postuladas em ação coletiva.

Nego provimento também neste particular.

DA BASE DE CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS

Na inicial, o Reclamante alegou que a Reclamada pagava as horas extras a menor pois não incluía na referida base de cálculo a parcela adicional e a gratificação adicional por tempo de serviço, citando como exemplo o mês de julho/2003.

O MM. Juiz a *quo* indeferiu o pedido sob o fundamento de que o Reclamante não forneceu elementos suficientes para se poder verificar se realmente a Reclamada pagava as horas extras sobre base de cálculo inferior à devida.

O Reclamante busca a reforma da r. sentença alegando que mediante a análise dos contracheques juntados aos autos seria possível constatar-se que as horas extras eram calculadas sobre o salário base, e não sobre todas as parcelas que integram a remuneração (fls. 442).

Pede que seja deferido *“ao obreiro os pedidos de diferenças salariais de horas extras, observando o número de horas pagas mês a mês, com de adicional de 100%, integração na base de cálculo dos salários, parcela adicional, adicional por tempo de serviço e adicional de periculosidade. Por conseqüente (sic) requer o pagamento dos reflexos das diferenças de horas extras, diante de sua natureza salarial, sobre aviso prévio, repousos semanais remunerados, 13º salário, férias mais 1/3 e FGTS mais 40%”* (fls. 443).

Sem razão o Reclamante.

De início, registre-se que as diferenças de horas extras, a serem apuradas com o adicional de 100% e reflexos, referentes ao período de 19/08/03 a 01/09/03 - não abrangido pela litispendência - já foram deferidas pelo Juízo a *quo* (fls. 425).

Quanto à base de cálculo, verifica-se no contracheque do mês de agosto/03 (fls. 239) que o valor da hora normal era de R\$ 11,25 ($R\$ 2.249,83 : 200 = R\$ 11,25$), cuja base de cálculo era formada pela soma do salário base (R\$ 1.454,20), adicional noturno (R\$ 188,50), parcela adicional 12,5 (R\$ 181,78) e Adicional tempo serviço (R\$ 425,35), de forma que a hora extra calculada sobre essa mesma base de cálculo, com adicional de 50%, seria igual a R\$ 16,87 ($R\$ 11,25 \times 1,5 = R\$ 16,87$).

Ainda no mesmo contracheque, consta que foram pagas 102 horas extras + 50% no valor global de R\$ 1.752,13, sendo possível concluir que a hora extra com adicional de 50% era paga pela Reclamada no valor de R\$ 17,18 ($R\$ 1.752,13 : 102 = R\$ 17,18$).

Do mesmo modo, pelos dados constantes do TRCT (fls. 219), verifica-se que na rescisão, ocorrida em 01/09/03, a Reclamada pagou o mesmo valor pela hora extra, a saber, os mesmos R\$ 17,18 [$R\$ 3.401,19$ (horas extras 50%) : 198 (qtd hs extras 50%) = R\$ 17,18].

Como se vê, restou provado que a base de cálculo das horas extras utilizada pela Reclamada para remunerar o Reclamante no período em questão era constituída por todas as parcelas remuneratórias por este recebidas.

Destarte, mantenho a sentença também neste particular, ainda que por outros fundamentos.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso e nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação supra.

É o relatório.

Juiz Elvecio Moura dos Santos

Relator

PROCESSO TRT18-AP-01485-2002-002-18-01-6

Redator Designado: JUIZ BRENO MEDEIROS
Relator: Juiz SAULO EMÍDIO DOS SANTOS
Revisor: Juiz BRENO MEDEIROS
Agravante: BANCO BEG S.A.
Advogados: Eliane Oliveira De Platon Azevedo e Outros
Agravado: ROGÉRIO JESUS BORGES CARNEIRO
Advogados: Rejane Alves Da Silva Brito e Outros
Publicação: DJE-GO nº 14.298, de 25.06.2004

Ementa: **EXECUÇÃO PROVISÓRIA - LIMITES DOS ATOS EXECUTÓRIOS.** Pendendo a sentença de recurso recebido só no efeito devolutivo, é nula a sentença que julga embargos, pois a execução provisória, por expressa dicção do art. 899 da CLT, só prossegue até a penhora. Agravo de Petição a que se dá provimento para suspender a execução até o trânsito em julgado da r. sentença exequenda.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos de Agravo de Petição, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho - 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, **por unanimidade**, conhecer do agravo de petição e, no mérito, **por maioria**, DECLARAR A NULIDADE DA SENTENÇA DE EMBARGOS À EXECUÇÃO, nos termos do voto divergente do Juiz-Revisor, vencido o Juiz-Relator, que lhe dava provimento. Designado redator do acórdão o Juiz-Revisor. Ausência ocasional e justificada da Juíza KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e do Juiz MARCELO NOGUEIRA PEDRA (convocado).

Goiânia, 1º de junho de 2004 (data do julgamento)
Juiz BRENO MEDEIROS - Redator Designado

Adoto o relatório do Exmo Juiz Relator:

"RELATÓRIO

O Exmº Juiz Antônio Gonçalves Pereira Júnior, da Eg. 2ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO, julgou parcialmente procedentes os embargos à execução aviados pelo BANCO BEG S.A., na reclamatória trabalhista ajuizada por ROGÉRIO JESUS BORGES CARNEIRO (fls. 497/498).

O embargante avia agravo de petição (fls. 501/508), pretendendo seja determinada a suspensão da execução, como também que nenhum valor seja liberado ao exeqüente até o efetivo trânsito em julgado da decisão recorrida. Busca, por outro lado, a reforma do decisum a quo quanto aos cálculos de liquidação, no que se referem à base de cálculo para apuração das horas extras.

Contramínuta do exeqüente, às fls. 515/518.

Os autos não foram remetidos à d. Procuradoria Regional do Trabalho, em razão do que dispõe o artigo 25 do Regimento Interno deste Eg. TRT".

VOTO

ADMISSIBILIDADE

O Exmo. Juiz Relator não conhecia do agravo na parte em que o recorrente suscitava preliminar de suspensão da execução e da contramínuta pelos seguintes fundamentos:

“O recurso é adequado e tempestivo. A matéria impugnada foi devidamente delimitada e garantido o juízo. Regular a representação, dele conheço, parcialmente. Com efeito, a preliminar de suspensão da execução, em face de sua provisoriedade, não pode ser admitida. Ocorre que o tema somente fora suscitado nesta sede, em resposta ao entendimento exarado pelo d. juízo da execução de que os embargos à execução podem, sim, ser analisados em sede de execução provisória, razão por que viria a conhecer de tal remédio processual aviado pelo próprio agravante. Ora, se for afastado tal entendimento, tem-se que os embargos à execução sequer teriam sido admitidos, daí concluir-se que, no particular, o agravante não detém interesse em recorrer.

Não conheço, igualmente, da contraminuta do exeqüente, por intempestiva. O exeqüente foi intimado da interposição do agravo em 05.03.2004 (sexta-feira), iniciando-se o seu octídio legal no dia 8 seguinte. Findado o prazo para resposta em 15.03.2004, o exeqüente somente protocolizara sua contraminuta no dia 16 do mesmo mês, extemporaneamente”.

Entretanto, por ocasião do julgamento, no que atine à preliminar de suspensão da execução, prevaleceu a divergência apresentada por este Juiz Revisor:

DA NULIDADE DA SENTENÇA

Data venia do Exmo Juiz Relator, entendo que a r. decisão agravada deve ser anulada.

Sem embargo das opiniões em sentido contrário, a meu ver, o art.899 da CLT, ao admitir a execução provisória, permite o desenvolvimento dos atos executórios somente até penhora, não podendo ser praticados atos posteriores, vez que a sentença pende de recurso recebido no efeito meramente devolutivo.

Frise-se que entendimento diverso poderia tornar inócua não só a liquidação, mas outros atos judiciais, inclusive julgamento de recursos, sendo que o objetivo da lei é impedir atos expropriatórios embasados em sentença que ainda não transitou em julgado, justamente em face da possibilidade de modificação substancial da decisão exeqüenda.

Ao tratar do assunto, Manoel Antonio Teixeira Filho tece as seguintes considerações:

“Os que admitem a possibilidade de a execução provisória abranger não só a penhora, mas o próprio julgamento dos embargos que forem apresentados pelo devedor, argumentam com o fato de que, a não se proceder desse modo, a penhora poderia ser mais tarde desfeita, frustrando-se, então, a finalidade e os interesses da execução, que era o de garantir, com o apesamento de bens o adimplemento da obrigação derivante do título executivo. Redargüimos, contudo, que se esse é o aspecto positivo da tese, o negativo está em que: a) a sentença poderia vir a ser modificada pelo tribunal, fazendo com que se tornasse absolutamente inútil aquele dispêndio de atividade jurisdicional, consistente no oferecimento de embargos, pelo devedor, e no seu julgamento; b) além disso, da sentença proferida nos embargos em pauta caberia o recurso de agravo de petição (CLT, art. 897,a), particularidade que motivaria a existência anômala de dois recursos, a saber: um, interposto da sentença resolutive da lide (processo de conhecimento; título executivo); outro, da sentença que apreciou os embargos do devedor. Essa duplicidade de recursos poderia causar, na prática, graves embaraços à execução provisória, tornando-a, quem sabe, mais demorada que a própria definitiva.

É inegável que se os embargos à execução fossem rejeitados (declarando-se, em consequência, subsistente a penhora) e da decisão não fosse interposto agravo de petição, justificar-se-ia que a execução provisória devesse sempre ir além da simples penhora de bens, sendo útil e conveniente que também o juízo da execução se pronunciasse a respeito da perfectibilidade e da subsistência daquele ato de constrição

patrimonial. Nem sempre, entretanto, isso se verificará, porquanto o devedor que já interpusera, digamos, recurso ordinário da sentença que compôs a lide, por uma questão de coerência e de preceito lógico irá, como é lícito presumir, interpor agravo de petição da sentença prolatada nos embargos, ensejando, com isso, a presença, num mesmo processo, daqueles dois recursos a que há pouco nos referimos; se esse fato não é, por si só, defeso (tanto que ambos os recursos foram interpostos), seria, no mínimo, desaconselhável diante da possibilidade, já denunciada, de o tribunal dar provimento integral ao recurso ordinário, de sorte a tornar prejudicado -por perda de objeto- o agravo de petição. Isso acarretaria, vale reiterar, um malbaratamento da atividade jurisdicional, que poderia ser evitado se se houvesse estancado a execução provisória no ato de apreensão de bens do devedor (penhora)". (in Execução no processo do trabalho, 7ªed. LTr, 2001, p.208/209).

Logo, deve ser declarada a nulidade da sentença que julgou os embargos à execução, conforme julgado abaixo transcrito:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO PROVISÓRIA. Dispõe o art. 899, caput, da CLT, que o termo final da execução provisória coincide com a penhora. Deve ser sobrestado o julgamento dos embargos à execução que versam sobre matéria pendente de julgamento definitivo, em grau de recurso ordinário. Decreta-se a nulidade da decisão agravada, que julgou os embargos na presente carta de sentença, eis que não se trata de execução definitiva de parcelas incontroversas, mas sim de execução provisória de títulos que ainda pendem de decisão resolutive da lide."(TRT 4ª Região. AP: 40110.402/96-0/1996. DJ:10-01-2000. RELATOR JUIZ PAULO CARUSO).

Frise-se que a primeira oportunidade para manifestação nos autos se deu em grau recursal, no momento da interposição do agravo de petição, eis que somente com a intimação da decisão é que o devedor teve ciência do prosseguimento da execução.

Destarte, declaro a nulidade da sentença que julgou os embargos à execução, ficando sustado o prosseguimento do procedimento executório até que se torne definitiva a r. sentença exequenda.

CONCLUSÃO

Conheço do agravo e declaro a nulidade da decisão que julgou os embargos à execução.

É o voto.

Juiz BRENO MEDEIROS - Redator Designado

PROCESSO TRT18-MS-00355-2003-000-18-00-1

Relator: Juiz BRENO MEDEIROS
Impetrante: LEONARDO CAIRO RIZZO
Advogado: Thiago Rodrigues Rizzo
Impetrado: Juízo da 10ª VARA DO TRABALHO DE GOIÂNIA-GO
Litisconsorte: EDÉZIO FERNANDES DA SILVA
Advogadas: Simone Cássia dos Santos e Outra
Publicação: DJE nº 14.303, de 02.07.2004

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE DINHEIRO EM CONTA CORRENTE DE DIRIGENTE DE ENTIDADE DE PRÁTICA DESPORTIVA. POSSIBILIDADE. A inadimplência quanto aos créditos trabalhistas e o insucesso da execução contra a sociedade devedora autoriza a responsabilização dos dirigentes ou sócios de entidades de práticas desportivas, atraindo a teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, mormente porque a Lei Pelé (Lei nº 9.615/98), com as alterações da Lei nº 10.672/2003, passou a prever expressamente a responsabilidade dos dirigentes.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos de Mandado de Segurança, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Juizes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho - 18ª Região, em Sessão Plenária Extraordinária, **por unanimidade**, admitir a ação mandamental para, no mérito, DENEGAR A SEGURANÇA IMPETRADA, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada da juíza KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e dos juizes SAULO EMÍDIO DOS SANTOS e MARCELO NOGUEIRA PEDRA (convocado).

Goiânia, 23 de junho de 2004 (data do julgamento)
Juiz BRENO MEDEIROS - Relator

RELATÓRIO

LEONARDO CAIRO RIZZO impetra mandado de segurança contra ato do Exmo Juiz Aldon do Vale Alves Taglialegna, em exercício na 10ª Vara do Trabalho de Goiânia, que determinou o bloqueio de dinheiro existente em sua conta corrente nos autos da RT nº 01333-2001-010-18-00-4, movida contra o Vila Nova Futebol Clube, sociedade da qual é vice-presidente do patrimônio.

Sustenta que o Vila Nova Futebol Clube possui conta bancária e que a inclusão do impetrante no pólo passivo viola os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Argumenta o impetrante que não deve responder pelas dívidas trabalhistas da sociedade e que o dinheiro encontrado em sua conta corrente é impenhorável, eis que é oriundo de sua produtividade e se destina ao sustento próprio e de sua família.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 18/87.

Por meio da decisão de fls. 93/98, o pedido de liminar foi indeferido.

A autoridade dita coatora prestou informações à fl.100.

O impetrante interpôs agravo regimental questionando a decisão que indeferiu a liminar (fls.102/122), porém, este Eg. Tribunal, por meio do acórdão de fls.171/180, negou provimento ao agravo.

O litisconsorte passivo necessário apresentou defesa (fls.142/147).

O d. Ministério Público do Trabalho, ao se manifestar sobre o agravo regimental, oficiou pela manutenção do bloqueio da conta corrente do impetrante (fls.163/166), razão pela qual não foi determinada nova remessa dos autos à d. Procuradoria antes do julgamento do mandando de segurança.

É o relatório.

VOTO

ADMISSÃO E CABIMENTO

As partes são legítimas e estão regularmente representadas. O ato vergastado, qual seja, determinação de bloqueio de conta corrente, data de novembro/2003 (fls.45 e 52), portanto, a impetração em 01.12.2003 atende ao prazo previsto no art. 18 da Lei 1.533/51.

O uso do mandado de segurança, em casos como o presente, foi consagrado pela jurisprudência deste E. TRT, como único meio adequado à urgência que a situação reclama, ainda que haja recurso previsto em lei, o que, em tese, impediria o manejo do remédio heróico, a teor do art. 5º, II, da Lei n. 1.533/51.

Assim, presentes os pressupostos processuais, assim como as condições da ação, admito o *mandamus*.

MÉRITO

PENHORA DE DINHEIRO EM CONTA CORRENTE

Cuida a espécie de caso típico de mandado de segurança em que o devedor, no curso da execução, pretende derrubar ordem de garantia da execução por meio de bloqueio de dinheiro em sua conta corrente.

No caso, o bloqueio ocorreu sobre dinheiro existente na conta corrente do vice-presidente do patrimônio do Vila Nova Futebol Clube.

Segundo alega o impetrante, o Vila Nova Futebol Clube possui conta bancária e vem direcionando sua receita para quitar débitos trabalhistas, sendo que sequer há indícios de fraude nas suas finanças. Alega que a inclusão do impetrante no pólo passivo, sem a sua regular citação, viola os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, já que a reclamação principal foi movida somente contra o Vila Nova Futebol Clube e que o reclamante não pediu a inclusão do impetrante.

Argumenta que, na condição de vice-presidente do patrimônio do clube, não responde pelas dívidas trabalhistas da sociedade, exceto se tivesse agido com dolo, excesso de mandato ou em contrariedade à lei ou ao estatuto, o que não é o caso. Diz, ainda, que a sua pessoa física distingue-se da pessoa jurídica do Vila Nova.

Por fim, afirma que o dinheiro encontrado em sua conta corrente é impenhorável, eis que é oriundo de sua produtividade e se destina ao sustento próprio e de sua família.

Todavia, deve ser mantida a decisão de fls.93/98 pelos seus próprios fundamentos:

“De fato, a documentação apresentada com a inicial revela que o impetrante não ocupa o pólo passivo da execução em trâmite nos autos da RT 10ª VT nº1333/2001, mas apenas o Vila Nova Futebol Clube.

Todavia, o descumprimento da legislação trabalhista acarreta a responsabilização patrimonial dos sócios, ainda que não tenham figurado no pólo passivo da demanda, em razão da teoria da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

A jurisprudência trabalhista tem se pronunciado no sentido de que os bens dos sócios respondem pelos débitos das sociedades de que os mesmos participem, presumindo-se a fraude à ordem jurídica, quando o ato da empresa, ou de quem têm a incumbência de administrá-la, viola normas de proteção ao trabalho e, por serem na sua grande maioria de ordem pública, lesa o trabalhador.

Assim, não é necessário averiguar a ocorrência de dolo ou culpa, pois o descumprimento das normas trabalhistas atrai a responsabilidade patrimonial dos sócios.

Quanto ao fato do reclamante ser o Vice-Presidente do patrimônio do clube, deve-se esclarecer que a Lei Pelé (Lei 9615/98), com as alterações da Lei 10672/2003, passou a prever expressamente a responsabilidade dos dirigentes:

'Art. 2º(...)

Parágrafo único. A exploração e a gestão do desporto profissional constituem exercício de atividade econômica sujeitando-se, especificamente, à observância dos princípios: (...)

III - da responsabilidade social de seus dirigentes (...)

Art. 27. **As entidades de prática desportiva** participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, **independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, além das sanções e responsabilidades previstas no caput do art. 1.017 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros. (...)

§ 9º É facultado às entidades desportivas profissionais constituírem-se regularmente em sociedade empresária, segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (...)

§ 11. **Apenas as entidades desportivas profissionais que se constituírem regularmente em sociedade empresária na forma do § 9º não ficam sujeitas ao regime da sociedade em comum e, em especial, ao disposto no art. 990 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.**

§ 12. (VETADO)

§ 13. **Para os fins de fiscalização e controle do disposto nesta Lei, as atividades profissionais das entidades de prática desportiva, das entidades de administração de desporto e das ligas desportivas, independentemente da forma jurídica como estas estejam constituídas, equiparam-se às das sociedades empresárias, notadamente para efeitos tributários, fiscais, previdenciários, financeiros, contábeis e administrativos.** (grifou-se).

Frise-se que a referida lei 10.406/2002 trata-se do Novo Código Civil e prevê em seu art.50 que 'em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica'.

Como se vê, com as alterações na Lei Pelé, as entidades que exploram o desporto profissional devem ser constituídas regularmente em sociedade empresária, segundo um dos tipos regulados nos arts. 1039 a 1092 do novo Código Civil, sendo que, assim não procedendo, o §11º do art.27 da Lei Pelé é claro ao prever que ficam sujeitas ao regime da sociedade em comum, previsto no art. 990 do novo Código Civil, o qual prevê que 'todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade'.

Aliás, a Lei 9981/2000 já facultava às entidades de prática desportiva a transformação em sociedades comerciais.

Registre-se que não veio aos autos documento comprobatório da transformação do Vila Nova Futebol Clube em sociedade comercial, mas apenas o seu estatuto social, que o define como entidade sem fins lucrativos (art.1º, fl.22).

Frise-se que antes mesmo da alteração da Lei 9615/98 pela Lei n. 10672/2003, existiam julgados admitindo a responsabilização dos sócios, mesmo em se tratando de entidades sem fins lucrativos, que é o caso do Vila Nova Futebol Clube:

'PESQUISA CIENTÍFICA. ASSOCIADOS. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA. A entidade sem fins lucrativos, criada para a pesquisa científica e que cessa a sua atividade por inviabilizada a sua existência, faz com que os seus sócios-fundadores respondam, solidariamente, pelas obrigações trabalhistas inadimplidas' (TRT 12ª Região. AC.: 02228. DECISÃO: 21.11.2000. AG-PET: 06224/2000. 1ª T. DJ/SC: 13.03.2001. REDATOR DESIGNADO Juiz C. A. GODOY ILHA).

'BENS DO SÓCIO - ASSOCIAÇÃO SEM FINS LUCRATIVOS - PENHORA - POSSIBILIDADE. Ainda que se trate de associação sem fins lucrativos os sócios são responsáveis pelos encargos da empresa. Ao credor não cabe acionar todos os sócios, pode escolher um, na medida em que o executado poderá ressarcir-se dentro da sociedade quando da sua efetiva dissolução'.(TRT 15ª Região. Ac.: 034839/1998. DECISÃO: 01.12.1999. AP: 019870/1998. 1ª Turma. DOE:01-12-1999. RELATOR Relator: LUIZ ANTONIO LAZARIM).

Ressalte-se que o fato do estatuto social isentar os sócios de qualquer responsabilidade (art.1º, parágrafo único - fl.22) não prevalece diante da literalidade da Lei Pelé.

No que se refere aos rendimentos oriundos da condição de sócio da empresa LEONARDO RIZZO PARTICIPAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA (fl.58), deve-se esclarecer que, diversamente do que sustenta o impetrante, não se trata de bem impenhorável, pois não se refere a salário ou vencimento de que trata o inciso IV do art.649 do CPC.

É certo que os documentos de fls.80/84 demonstram que o impetrante possui compromissos financeiros mensais que superam R\$2.000,00. Todavia, não se pode olvidar que o crédito que está sendo executado também constitui um compromisso financeiro do impetrante, e que aliás possui preferência face a natureza alimentar.

Registre-se que, embora o impetrante tenha apresentado extrato da conta bancária do Vila Nova Futebol Clube com saldo de R\$2.197,94 em 28.11.2003 (fl.70), não há notícia de que o devedor tenha indicado outro bem à penhora, sendo que a decisão atacada registra que restou 'frustrada a tentativa de proceder-se a execução em face da empresa demandada' (fl.45).

Ademais, a jurisprudência do C. TST é assente no sentido de que 'não fere direito líquido e certo do impetrante o ato judicial que determina penhora em dinheiro de banco, em execução definitiva, para garantir crédito exequendo, uma vez que obedece à gradação prevista no art. 655 do CPC' (OJ nº60 da SBDI2). Frise-se que o impetrante não alegou tratar-se de execução provisória." (fls.94/97).

Registre-se que a d. Procuradoria, ao manifestar-se sobre o agravo regimental, ratificou o entendimento acima exposto em razão da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

O parecer do *parquet* ainda acrescentou que:

"Desse modo, considerando que o parágrafo único do art.2º da Lei nº 9615/98 (Lei Pelé) consagra a responsabilidade social dos seus dirigentes, não resta dúvida de que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica é aplicável ao requerente, de modo que se afigura correta a decisão que indeferiu a liminar pleiteada.

Também não há que se falar em inconstitucionalidade da Lei nº10.672/03, na parte que alterou a Lei Pelé, haja vista que a responsabilização dos dirigentes das entidades desportivas não fere a autonomia prevista no art.217 da Constituição Federal, quanto à sua organização e ao seu funcionamento." (fl.166).

Frise-se que não tem razão o impetrante ao dizer que houve ofensa aos princípios do devido processo legal, legalidade, contraditório e ampla defesa (art.5º, II, XXXV, LIV e LV, da CF/88), eis que o ato atacado está amparado pelo art.655 do CPC e a parte não foi impedida de buscar os meios adequados para impugná-lo.

Assim, denega-se a segurança pretendida.

CONCLUSÃO

Admito o *mandamus* e denego a segurança postulada, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

Juiz BRENO MEDEIROS

Relator

PROCESSO TRT18-RO-00158-2003-221-18-00-0 (RO-00139-2003-221-18-00-3)

Relator: Juiz BRENO MEDEIROS
Revisor: Juiz MARCELO NOGUEIRA PEDRA
Recorrente: 1 - NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA
Advogados: Valéria Jaime Pelá Lopes Peixoto e Outros
Recorrentes: 2 - MARILEUZA DIVINA DE ARAÚJO E OUTROS
Advogados: Maria Aparecida de Araújo Aguiar e Outro
Recorridos: OS MESMOS
Publicação: DJE-GO nº 14.285, de 04.06.2004

Ementa: EXIGÊNCIA DE CARTA DE FIANÇA PARA ADMISSÃO E OU MANUTENÇÃO DO EMPREGO. ILEGALIDADE. A exigência de apresentação de carta de fiança para admissão no emprego ou manutenção deste extrapola a liberdade de contratação assegurada pelo art. 444 da CLT, porquanto traduz nítida transferência dos riscos da atividade a terceiro (art. 2º da CLT), furtando-se o empregador do ônus decorrente de seu dever de vigilância (culpa *in vigilando*). Acrescenta-se que a carta de fiança mostra-se inconciliável com o contrato de trabalho, porque este é de natureza *intuito personae*, não podendo obrigar, ainda que resultante o ônus de contrato acessório, quem não seja empregado ou empregador.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos de Recurso Ordinário, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho - 18ª Região, em Sessão Plenária Ordinária, **por unanimidade**, conhecer dos recursos interpostos nos autos do RO-00139-2003-221-18-00-3 e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO AO DA RECLAMANTE e JULGAR PREJUDICADO O DA RECLAMADA; **por unanimidade**, conhecer do recurso interposto pelo reclamante nos autos do RO-00158-2003-221-18-00-0, reconhecer a competência da Justiça do Trabalho em razão da matéria, em relação aos 2º e 3º reclamados, vencidos, nessa parte, os Juízes Revisor e GERALDO RODRIGUES DO NASCIMENTO; no mérito, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, tudo nos termos do voto do Juiz-Relator. Vista em mesa ao Juiz ELVECIO MOURA DOS SANTOS. Presente na tribuna para sustentar oralmente pelos recorrentes Marileuza Divina de Araújo e outros, a Drª Maria Aparecida de Araújo Aguiar e, pela recorrente Novo Mundo Móveis e Utilidades Ltda, a Drª Valéria Jaime Pelá Lopes Peixoto. Ausência ocasional e justificada das Juízas KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e ANTÔNIA HELENA GOMES BORGES TAVEIRA (convocada).

Goiânia, 18 de maio de 2004 (data do julgamento)
Juiz BRENO MEDEIROS - Relator

RELATÓRIO

Nos autos do processo nº 00158-2003-221-18-00-0, a Exma. Juíza Jeovana Cunha de Faria, em exercício na Eg. Vara do Trabalho de Goiás, proferiu sentença (fls. 147/155), declarando a incompetência material da Justiça do Trabalho com relação aos 2º e 3º reclamados, rejeitando a inépcia da inicial e, no mérito, julgando improcedentes os pedidos formulados por NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA em face de MARILEUZA DIVINA DE ARAÚJO.

Embargos de declaração pela autora da reclamação (fls. 162/167), rejeitados em sentença de fls. 190/191, condenando a embargante em multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.

A autora da ação NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA interpõe recurso ordinário (fls. 194/204), visando, inicialmente, a manutenção do 2º e 3º reclamados no pólo passivo, por entender aplicável, na hipótese, a parte final do art. 114 da CF/88. Suscita nulidade da sentença que julgou os embargos de declaração, por negativa de prestação jurisdicional, invocando a presença de omissões na sentença recorrida, que não foram sanadas quando oportunamente apontadas e, de conseqüência, expungindo da condenação a multa por embargos protelatórios. No mérito, propriamente dito, requer seja acolhida a pretensão de condenar os reclamados ao ressarcimento de valor apropriado pela 1ª reclamada, no caixa da reclamante, conforme apurado em inspeção, cuja rejeição em primeiro grau decorreu, no seu entender, apenas da má apreciação da prova produzida.

O recurso foi trancado pela decisão de fl. 226, mas depois recebido no exercício do juízo de retratação, conforme decisão de fl. 250.

Contra-razões às fls. 209/223.

À fl. 267, os reclamados peticionam requerendo a juntada de fotocópia da petição inicial da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, visando a condenação do reclamante em abster-se de efetuar exigência de apresentação de carta de fiança quando da admissão no emprego. De conseqüência, pugnam os reclamados pela declaração de ilicitude e ineficácia da carta de fiança acostada aos autos.

Nos autos do processo nº 00139-2003-221-18-00-3, a Exma. Juíza Cleuza Gonçalves Lopes, em exercício na MM. Vara do Trabalho da Cidade de Goiás-GO, julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados por MARILEUZA DIVINA DE ARAÚJO, em face de NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA (fls. 220/226).

A reclamante interpõe recurso ordinário (fls. 229/250), suscitando, preliminarmente, a nulidade da r. sentença primária por cerceio de defesa, ausência de fundamentação e, ainda, por afronta ao princípio da coisa julgada. No mérito, requer, em primeiro lugar, a aplicação da confissão ficta à recorrida, haja vista o desconhecimento, pelo preposto, de fatos relevantes para o deslinde da lide. Por fim, pugna pela reforma da r. sentença que reconheceu, no caso, a justa causa para a dispensa, nos termos do art. 482, "a", da CLT.

A reclamada interpõe recurso ordinário (fls. 257/259), buscando, preliminarmente, a conexão destes autos com os do processo 158-2003-221-18-00, em razão de possuírem o mesmo objeto, a teor do que dispõe o art. 105 do CPC. Outrossim, busca a reforma do *decisum* que indeferiu o pedido de compensação formulado.

Contra-razões pelo reclamante às fls. 267/294, e, pelo reclamado, às fls. 320/327.

Os autos não foram remetidos à Procuradoria Regional do Trabalho em razão do que dispõe o art. 25 do Regimento Interno deste E. TRT, aprovado pela Resolução Administrativa n. 39/2002, publicado no DJ/GO de 26/04/2002.

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Nos autos nº 00158-2003-221-18-00-0, conheço do recurso interposto pelo reclamante, NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA, eis que presentes os pressupostos processuais de admissibilidade. Dos documentos trazidos às fls. 268/291, também conheço, porquanto preenchidos os requisitos do En. 8 do TST.

Conheço dos recursos interpostos pela reclamante, MARILEUZA DIVINA DE ARAÚJO, e pelo reclamado, NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA, nos autos nº 00139-2003-221-18-00-3, eis que presentes os pressupostos processuais de admissibilidade. Conheço, como peças informativas, da cópia da ata de audiência realizada nos autos da RT OO158/2003 (fls. 251/255), bem como da cópia do recurso interposto pela reclamada naqueles autos (fls. 330/340). Conheço, também, dos documentos trazidos às fls. 295/318, eis que não contrariam o disposto no En. 8 do TST.

PRELIMINARMENTE

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM RELAÇÃO AO 2º E 3º RECLAMADOS - FIADORES DA 1ª RECLAMADA

Aduz a recorrente, NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA, nos autos nº 00158-2003-221-18-00-0, que o 2º e 3º reclamados devem ser mantidos no pólo passivo da presente ação, porquanto figuraram como fiadores da 1ª reclamada, conforme carta de fiança anexada aos autos, exigida pela empresa no ato de admissão no emprego desta última, para a função de caixa.

Assim, sendo obrigação acessória do contrato de trabalho, invoca as disposições do art. 114 da CF/88, entendendo o recorrente serem o 2º e 3º reclamados partes legítimas para responderem à presente ação, em caso de inadimplência da 1ª reclamada.

Pois bem.

O art. 114 da CF/88 está assim redigido:

“Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.” (grifamos!)

Penso que a obrigação nascida como condição ao estabelecimento do vínculo de emprego está com este diretamente vinculada, ou seja, neste caso decorre justamente da relação de trabalho.

Uma visão mais ampla dos contornos traçados pelo legislador constitucional, ao editar o artigo supra, vem sendo propagada pelos Regionais e mesmo pelo TST, conforme se observa da jurisprudência mais recente a respeito.

Logo, reformo a sentença nesse particular, determinando a manutenção no pólo passivo dos 2º e 3º reclamados.

Como estes foram notificados e apresentaram defesa regularmente, não há necessidade de devolver-se os autos à origem.

Reformo.

NULIDADE DA SENTENÇA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL / MULTA POR EMBARGOS PROTRELATÓRIOS

Sem definir expressamente se o que pretende é a declaração de nulidade da sentença que apreciou os embargos ou a reforma tão somente do julgado, renova a recorrente, NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA (autos nº 00158-2003-221-18-00-0), os argumentos lançados por ocasião dos embargos declaratórios, apontando uma série de omissões na sentença proferida, e sugerindo que o Juízo *a quo* negou-se a saná-las.

No mesmo sentido, pede a reforma da sentença quanto à condenação ao pagamento de multa por embargos protelatários.

A priori, cumpre esclarecer que tal nulidade configurar-se-ia caso detectado pelo julgador a necessidade de suprir omissão, sanar contradição ou prestar esclarecimento, quanto a determinado item dos embargos de declaração, porém, negar-se a fazê-lo por qualquer motivo. Este fato não ocorreu.

Conforme farta jurisprudência a respeito, o julgador não está condicionado a responder, uma a uma, as alegações trazidas a Juízo pelas partes. A rigor, a validade do julgado está adstrita aos requisitos dos arts. 832 da CLT e 458 do CPC e, no caso em tela, estes foram observados.

A eventual má apreciação da prova produzida é matéria a ser suscitada em recurso próprio, através do qual a parte pode obter melhor sorte, ou um pronunciamento mais condizente com o intento da parte.

A questão da multa aplicada é matéria a ser aferida em juízo de mérito.

Não há nulidade, no caso. Rejeito.

DA CONEXÃO

Argumenta o reclamado, NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA, nos autos nº 00139-2003-221-18-00-3, que, para se evitar decisões contraditórias, o recurso interposto nos autos de nº 158-2003-221-18-00-0 deverá ser apreciado conjuntamente com estes, em razão de possuírem o mesmo objeto.

Pois bem. Registre-se que, conforme despacho de fls. 351, este Relator já determinou o apensamento do referido processo a estes autos para que os recursos de ambos sejam apreciados em conjunto, haja vista, na hipótese, a conexão das ações, em consonância com o disposto nos artigos 103 e 105 do CPC.

DA COISA JULGADA

Nos autos nº 00139/2003, aduz a reclamante, preliminarmente, que a reclamada, nos autos do processo 00158/2003, propôs ação em seu desfavor e de mais dois empregados (fiadores), buscando a reparação de danos, em razão da suposta apropriação indébita que lhe foi imputada. Argumenta que *“o fundamento da referida ação era exatamente o mesmo fato alegado nesta RT como ensejador da justa causa, ou seja, que a recorrente havia apropriado-se indevidamente da importância de R\$ 15.421,76 (quinze mil, quatrocentos e vinte e um reais e setenta e seis centavos).”* (fls. 232).

Sustenta que a sentença pronunciada naqueles autos já transitou em julgado, porquanto o recurso ordinário interposto pela reclamada não foi conhecido, por deserto.

Desta feita, havendo sentença transitada em julgado que, inclusive, não reconheceu a apropriação indébita também discutida nestes autos, tem-se por nula a sentença, por ofensa ao princípio da coisa julgada.

Sem razão a recorrente.

Conforme dispõe o art. 467 do CPC, *“coisa julgada material é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”*. De consequência, nenhum juiz poderá decidir novamente questões já decididas relativas à mesma lide, em consonância com os arts. 471 e 473 do mesmo diploma legal.

Tudo não obstante, conforme expendido no item anterior, por tratarem-se de ações conexas, os autos do processo nº 00158-2003-221-18-00-0 foram apensados a estes para que ambos os recursos sejam apreciados em conjunto, a teor do que dispõem os artigos 103 e 105 do CPC.

Com efeito, não se há falar que o recurso interposto naqueles autos não foi conhecido por ausência de preparo. Embora, por um equívoco, tenha sido trancado, inicialmente, o fato é que foi recebido no exercício do juízo de retratação (fls. 250 dos autos nº 00158/2003).

Em sendo assim, não havendo naqueles autos, sentença transitada em julgado, não há que se falar em nulidade da decisão proferida nestes, por ferimento à coisa julgada.

Rejeita-se.

DA NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEIO DE DEFESA

Alega a recorrente, MARILEUZA DIVINA DE ARAÚJO (autos nº 00139/2003) que o indeferimento da perícia contábil requerida às fls. 168, causou-lhe sérios prejuízos, cerceando seu direito de defesa, em afronta direta ao princípio insculpido no art. 5º, LV, da CF.

Argumenta que os documentos jungidos aos autos (fls. 31/127) são unilaterais, incapazes de comprovar a autoria dos estornos efetuados, bem como da apropriação indébita.

Em sendo assim, pugna pela nulidade da decisão proferida, bem como o retorno dos autos ao d. Juízo primário para reabertura da instrução processual.

Pois bem.

É princípio constitucional (art. 5º, LV, da CF) o de que às partes litigantes deve ser assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa, proporcionando-lhes os meios adequados para tanto.

Por certo, a prudência deve estar sempre presente nas decisões judiciais, no sentido de acatar-se pedido de produção de provas, somente sendo de admitir o indeferimento quando forem elas indiscutivelmente desnecessárias e inúteis.

Na hipótese vertente, o d. Juízo de origem entendeu por desnecessária a realização de perícia, eis que *“a prova testemunhal e a documental acostada aos autos são suficientes para formação da convicção do Juízo”* (fls. 221).

Frise-se que o princípio do livre convencimento motivado do julgador, consagrado no art. 131 do CPC, aplicado subsidiariamente no Processo do Trabalho, *ex vi* do art. 769/CLT, informa que o juízo apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos.

Com efeito, se os elementos de prova apresentados pelas partes permitem ao julgador de origem formar o seu convencimento, despendendo-se a prova pericial, não havendo que se falar em cerceio de defesa.

Aliás, como se há verificar no mérito, a confissão feita pela autora perante a autoridade policial suplanta qualquer outra prova, ainda mais quando corroborada pelos depoimentos das testemunhas levadas a Juízo, bem como pelos documentos acostados aos autos.

Assim, não havendo nulidade, no caso, rejeito.

DA NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO

Argumenta a recorrente, MARILEUZA DIVINA DE ARAÚJO (autos nº 00139/2003) que a d. Juíza de 1º grau, embora tenha reconhecido a justa causa para a dispensa, decorrente de ato de improbidade (art. 482 “a”), não indicou qual o prejuízo sofrido pela recorrida. Sustenta que há nos autos apenas alegações e a sentença não pode se basear, tão somente, em suposições ou indícios. Alega que *“se não há prova subsistente da autoria, menos ainda há de que houve lesão patrimonial”* (fls. 238). Assim, uma vez destituída de fundamentação, é nula a sentença primária.

Sem razão a recorrente.

Como se infere dos autos, a r. sentença *a quo* enfrentou e resolveu todos os pontos controvertidos, dispondo as razões que levaram, a MM. Juíza, a formar sua convicção. Portanto, estando devidamente preenchidos os requisitos elencados pelo artigo 458 do CPC, não se há falar em ausência de fundamentação.

Rejeita-se.

MÉRITO

Por questão de ordem, analiso em primeiro lugar os recursos interpostos nos autos do processo nº 00139/2003.

RECURSO DA RECLAMANTE

DA CONFISSÃO FICTA

O d. Juízo primário não reconheceu a confissão ficta alegada, ao fundamento de que *“o depoimento do preposto é de desconhecimento parcial dos fatos, em razão de algumas respostas incompletas. Entrementes, a confissão presumida que poderia ser aplicada, restou elidida pelas provas documentais e testemunhais produzidas em juízo”* (fls. 221).

Em sede recursal, a reclamante busca a reforma da r. sentença, argumentando que respostas evasivas ou simples alegação de desconhecimento têm como corolário a presunção de veracidade do alegado na inicial quanto a dispensa sem justa causa, em decorrência da confissão ficta (art. 843 da CLT c/c art. 343 do CPC).

Sem razão, contudo.

Ressalte-se que os efeitos da *ficta confessio* geram somente a presunção relativa, que pode ser elidida por outras provas constantes nos autos.

Entendimento de que a confissão ficta não se rende a outras provas transformaria em verdade absoluta a alegação da parte autora, o que foge à razoabilidade. Além do mais, subsiste, ainda, o livre convencimento do juiz na valoração das provas, a teor do disposto no art. 131 do CPC.

Em sendo assim, mantém-se a r. sentença que afastou a confissão ficta invocada.

Sem reforma.

Haja vista que o recurso da reclamante, MARILEUZA DIVINA DE ARAÚJO, nos autos nº 139/2003, tem como objeto afastar a justa causa para dispensa, decorrente de ato de improbidade, e que o recurso da reclamante, NOVO MUNDO MÓVEIS E UTILIDADES LTDA, nos autos nº 00158/2003 tem por escopo o ressarcimento pelos danos (apropriação indébita) provocados por aquela, analiso, neste tópico, ambos os recursos.

JUSTA CAUSA/APROPRIAÇÃO INDÉBITA-RESSARCIMENTO

Aduziu a reclamante, na inicial (autos nº 139/03), que foi contratada pela reclamada em 1º/02/2001, para exercer a função de caixa, tendo sido dispensada em 1º/11/02, sem, no entanto, receber as verbas rescisórias a que faz jus.

A reclamada, em sua defesa, afirmou que, na verdade, a reclamante foi demitida por justa causa, em razão de ter se apropriado do dinheiro do caixa da empresa, em valor aproximado de R\$ 15.500,00. Jungiu aos autos inúmeros documentos destinados a fazer prova do desfalque.

Em sede recursal, busca a reclamante a reforma da r. sentença de 1º grau que reconheceu, no caso, a justa causa para a dispensa, capitulada no art. 482 “a”, da CLT.

Sustenta, em primeiro lugar, que a MM. Juíza, para o seu convencimento, *“baseou-se em prova não jurisdicionalizada”* (fls. 242), sendo imprestável para o deslinde da lide o depoimento prestado perante autoridade policial, mormente porque foi coagida pela reclamada a assinar declaração falsa, bem como a prestar depoimento seguindo sua orientação.

Argumenta que *“o ato de improbidade reveste-se de especial gravidade, exigindo, por isso, prova cabal e robusta da autoria e da materialidade do ato atribuído ao trabalhador, o que no presente caso não ocorreu.”* (fls. 247).

Alega que a prova documental e oral produzida nos autos não é hábil a corroborar o ato de improbidade que lhe foi imputado. Afirma que restou demonstrado, na hipótese, que não tinha o controle exclusivo do caixa, sendo perfeitamente possível que outra pessoa pudesse ter se apropriado da quantia mencionada.

Nos autos nº 00158/03, argumenta o recorrente, NOVO MUNDO, ser injustificável o fato de a sentença negar-se a dar validade à confissão feita pela 1ª reclamada perante a autoridade policial, acompanhada de advogada. Alega que igual confissão teria existido por ocasião do depoimento pessoal da acionada, nos autos de RT 139/03, em que figura como reclamante. Que a r. sentença prendeu-se a uma declaração do delegado de polícia de que não estava acreditando na estória contada pela 1ª reclamada, porém, assim se manifestou em relação ao motivo que a levou a apropriar-se de numerário do caixa da empresa (repassar este a seu irmão, que estava sendo ameaçado de morte), e não no tocante a confissão da ré quanto a subtração de valores. Prova destes argumentos foi o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Estadual, entendendo que a mesma incorreu na conduta tipificada no art. 168, § 1º, III, do Código Penal.

Argumenta, ainda, que a suposta ameaça de morte também foi utilizada pela ré, certamente, como excluyente de punibilidade, em eventual reconhecimento quanto à prática do delito penal a que fora denunciada.

Por outro lado, salienta que a apuração dos fatos, internamente, decorreu de criteriosa sindicância, e já nesta oportunidade a 1ª reclamada confessou tal prática, bem como o uso do numerário para aquisição de jóias e outras mercadorias. Acrescenta que a demandada era a única responsável pela operação do seu caixa na época do evento danoso, de modo que não restam dúvidas quanto a autoria do desvio.

Sem razão a recorrente, MARILEUZA DIVINA DE ARAÚJO, nos autos nº 139/03. Razão assiste ao recorrente, NOVO MUNDO, nos autos nº 158/03.

Vale salientar, inicialmente, que a justa causa, como pena máxima e que autoriza a rescisão de contrato de trabalho sem ônus para o empregador, deve ser cabalmente comprovada, de modo a deixar indubitado o ato ilícito praticado pelo empregado.

Com efeito, somente haverá justa causa para a dispensa, quando o ato faltoso cometido constituir uma violação séria das principais obrigações resultantes do contrato de trabalho, de tal forma que se torne impossível a subsistência da relação de emprego.

A alínea "a" do art. 482 aponta a improbidade como uma das justas causas para a rescisão do contrato. Constitui-se na ação ou omissão dolosa do empregado, que resulte em vantagem para si ou para terceiro, causando prejuízo real ou potencial a alguém.

Na causa que se cuida, tem-se que a reclamante, visando obter vantagem indevida, apropriou-se de quantia pertencente à reclamada.

Ora, a base do contrato de trabalho é a confiança. Ao promover o desvio do referido numerário, com o objetivo de auferir vantagem em prejuízo do empregador, quebrou-se, de forma inexorável, a fidedignidade, que é o esteio da relação laboral.

Como se há verificar do conjunto probatório apresentado aos autos, restou evidenciado o ato de improbidade cometido pela autora, mormente pela confissão feita por ela em inquérito policial, corroborada pelos documentos acostados, o que justifica, no caso, a extinção do pacto laboral por justa causa.

Pois bem.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a reclamada juntou um *"Relatório de inspeção realizada na filial 200 - Cidade de Goiás"* (fls. 56/59), segundo o qual, a sindicância teve início em outubro/2002, culminando com a conferência da movimentação do caixa da reclamante, em 28/10/02.

Através do mencionado relatório, apurou-se a existência de uma diferença no caixa da reclamante na ordem de R\$15.745,11, nele constando narrativa quanto a forma utilizada pela obreira para apropriar-se de tal quantia.

Consoante o relatório, a reclamante *"recebia as prestações de clientes, autenticava os seus cartões e no decorrer do dia estornava algumas prestações selecionadas para que sobrasse dinheiro no caixa e pudesse apropriar destes valores..."* (fls. 57).

Observa-se que ocorreram 905 estornos entre os meses de abril a outubro, sendo que nos últimos três meses estes estornos aumentaram consideravelmente.

De outra parte, verifica-se que os documentos de fls. 93/96, corroboram a existência de prestações recebidas de clientes, estornadas e que não foram lançadas em caixa pela reclamante, tal como discriminadas no aludido relatório (fls. 56/59).

Há que se considerar, também, o documento manuscrito pela reclamante, datado de 28/10/02 (fl. 62), onde admite que, por razões pessoais, apropriou-se de valores destinados ao caixa da empresa, em torno de R\$14.000,00, durante, mais ou menos, dois meses.

Registre-se que, com base nesta documentação, a obreira foi levada à Delegacia de Polícia daquele Município, onde prestou o termo de declarações de fls. 64/65. Há nos autos, ainda, o Boletim de Ocorrência de nº324/2002 (fls. 66/67) acompanhado dos depoimentos do Sr. Cássio Cezar Mateucci, inspetor da recorrente, responsável pelo relatório de fls. 68/69, e da Sra. Adriane Francisco de Assis (fls. 70/71), empregada da recorrente que também trabalhou como operadora de caixa.

Nota-se, no caso, que toda a documentação acostada aos autos é indicativa da existência do desfalque no caixa da reclamante, bem como de sua responsabilidade pelos atos que resultaram nesta diferença.

Assim sendo, competia à obreira o ônus de provar a imprestabilidade de toda esta documentação, mormente no que concerne a sua confissão perante o Delegado de Polícia, da autoria do desvio de recursos, ônus do qual não se desvencilhou.

Vejamos trecho do depoimento prestado pela reclamante perante a Delegacia de Polícia de Goiás:

*“Que, trabalha na Loja Novo Mundo, atualmente situada à Rua Professor Ferreira, centro, nesta cidade, há quase dois anos, como operadora de caixa; **Que, há aproximadamente quatro meses, a declarante começou a retirar dinheiro do caixa da loja Nova Mundo, para efetuar pagamento de dívidas que havia contraído, com a intenção de depois repor o dinheiro;** Que, após receber os pagamentos das parcelas dos carnês dos clientes, a declarante fazia o registro no caixa, autenticava os carnês, e posteriormente estornava o valor recebido; Que, esclarece a declarante que não sabe dizer o valor total que retirara do caixa da loja, apenas que foram pequenas retiradas, que variavam entre R\$300,00 (trezentos reais) a R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais);...**Que, a declarante utilizava o dinheiro para fazer pagamento de constas (sic) já vencidas nos estabelecimentos comerciais desta cidade, outras vezes para realizar compras, fazendo o pagamento a vista;** ...**Que, recorda-se ainda que também utilizou o dinheiro que pegava no Novo Mundo para pagar algumas jóias que havia adquirido da senhora ‘Silvana’,** ...; Que, na data de 23.10.2002, comparecera na loja, o inspetor Cássio, o qual iniciou uma averiguação nos dois caixas da loja, para descobrir o que estava acontecendo, oportunidade em que o Cássio lhe disse que seu caixa estava com um saldo devedor de R\$15.500,00 (quinze mil e quinhentos reais), aproximadamente; **Que, em referido caixa apenas a declarante tem acesso;** Que, inicialmente a declarante ficou quieta, nada dizendo sobre as retiradas que havia feito, mas como percebeu que a situação era muito séria, no dia 25.10.2002, no final do dia, a declarante procurou o gerente Sebastião Jânio, e lhe confessou que já há algum tempo, estava fazendo retiradas de pequenas quantias em dinheiro de seu caixa da loja, mas que pretendia repor o dinheiro posteriormente; Que lhe disse que assim procedera, pelo fato de seu irmão estar recebendo ameaças por uma dívida que havia contraído, e caso a declarante não pagasse iriam matar seu irmão; Que, posteriormente a declarante confirmou referidos fatos ao inspetor Cássio, naquele mesmo dia, por telefone; Que, nesta data, 29.10.2002, estando nesta Delegacia de Polícia, a declarante esclareceu para o Sebastião Jânio, que na realidade não estava sendo ameaçada, tampouco seu irmão, que havia lhe dito tal história com medo de alguma represália da Loja Novo Mundo.” Grifo nosso (fls. 64/65).*

É bem verdade que a jurisprudência é amplamente contrária à adoção de depoimento prestado perante autoridade policial como confissão dos fatos articulados em Juízo Trabalhista. Porém, não pode simplesmente cerrar os olhos à declaração da reclamante, mormente em se tratando de tão grave acusação.

Ademais, frise-se que o Boletim de Ocorrência de fls. 66/67, comunicado pelo Sr. Sebastião Jânio Antonelli Dias, gerente da loja, apresenta um roteiro que em tudo se encaixa na declaração retro mencionada.

De igual forma, tem-se que os depoimentos prestados pelo inspetor designado para verificar as supostas diferenças de caixa, Sr. Cássio (fls. 68/69), e pela outra empregada que trabalhava como caixa da empresa, Sra. Adriane (fls. 70/71), nada divergem, de substancial, ao que afirmara a reclamante.

Nesse passo, mister a transcrição do depoimento prestado pela autora no presente feito, às fls. 169/171:

*“Que na época da admissão da depoente, funcionava um único terminal com duas operadoras, sendo a depoente e a empregada SANDRA, simultaneamente; que não tinham em comum somente o horário de almoço; que o outro terminal foi instalado em setembro de 2002;...que inicialmente a depoente usava a senha da SANDRA para acessar o sistema e utilizavam um único livro caixa; que depois de uns cinco meses, aproximadamente, passou a ter sua própria senha e então utilizavam dois livros caixas, um para a depoente e outro para a sra. SANDRA; ...**que o inspetor lhe disse que as diferenças foram encontradas nos últimos três meses**; que a empregada SANDRA saiu em fevereiro de 2002 e foi contratada em seu lugar a ADRIANE; que as duas tinham a senha da depoente e a depoente tinha a senha da SANDRA, porém não sabia a da ADRIANE; **que a ADRIANE ficou usando a senha da depoente, sem ser cadastrada, pelo período de experiência e um pouco depois; que a senha da ADRIANE foi cadastrada entre maio e julho, não sabendo precisar com certeza**; ...**que o último gerente, sr. JÂNIO, que entrou em maio de 2002, a depoente não passou a sua senha para ele**, porém não sabe dizer se ele sabia ou tinha acesso à mesma; que a partir desse gerente passaram a almoçar em horários seguidos, de forma que sempre tivesse operadora na loja; que nos livros caixas observava-se a ficha de recebimentos do dia, a qual até o fechamento constava os extornos (sic) ocorridos no dia, apontando o valor total debitado os extornos (sic); que o gerente conferia o livro caixa com a fita e assinava junto com a depoente; que o reclamado usava o sistema PDV, no qual ao iniciar o caixa do dia era necessário que a operadora lançasse o valor inicial de caixa, com base na fita do dia anterior; que o sistema de pagamentos para o banco do reclamado, às vezes não batia com o da fita, em razão de nem sempre a central em Goiânia conseguir fazer a virada das prestações na noite anterior; que a central ao consertar o problema informava a eles e ela tinha condições de fazer os lançamentos para fechamento do caixa; **que além desse sistema de prestações havia um sistema com uma tela de recebimentos específicos para recebimentos diversos, especialmente à vista, quando então, durante o dia, poderia se fazer o extorno (sic) e não aparecia ao fechamento do caixa ao final do expediente; que também para esse sistema a depoente tinha a mesma senha**;...que na segunda-feira o inspetor compareceu e fez o levantamento de seu caixa; que ele a convidou até um restaurante próximo à loja, alegando que a conversa não precisava ser na frente de outros empregados, ocasião em que lhe informou das diferenças encontradas; que até este momento a depoente não tinha acompanhado a conferência; **que ele a convenceu de que não seria dispensada e que necessitava de uma declaração tão-somente para proceder à baixa das prestações no sistema**; que ele, usando uma folha papel*

*ofício, fez as anotações e a reclamante utilizando outra folha copiou com sua própria letra e assinou o documento; que entregou este documento ao inspetor e retornaram à loja; que lá chegando ele já tinha outro documento com vários valores e solicitou a ela que assinasse, o que ela fez, juntamente com o gerente; que em seguida o inspetor entrou para uma sala e voltou depois de algum tempo dizendo que tinha telefonado para Goiânia e seu superior tinha determinado que registrasse a declaração; que foram até à delegacia para fazer esse registro, porém a escrivã, insistindo que tinha que fazer uma ocorrência, pois não conhecia esse procedimento, decidiram retornar no dia seguinte; **que no dia seguinte, ao chegar na loja, ela, o inspetor e o gerente, foram para a delegacia, quando, então, eles fizeram pressão na depoente, dizendo que ela tinha que fazer as coisas de acordo com que eles tinham falado** antes e acrescentar que o tinha feito em razão de ameaça de uma pessoa que não sabia quem era; que essas pressões aconteceram antes de falar com o delegado; que era para confirmar os fatos de acordo com que havia escrito na declaração do restaurante; que foi ouvida pelo delegado e confirmou a ameaça; que o delegado disse que não iria registrar, já que ela estava mentindo, porque não queria dizer por quem estava sendo ameaçada; que a depoente foi dispensada e o delegado retirou-se da sala; que na ante sala o inspetor lhe disse que não tinha mais como voltar atrás e que ela deveria confirmar que sozinha fez os desvios; que o delegado posteriormente ligou e determinou que lavrasse a ocorrência para abertura de inquérito policial, o que foi feito pelos policiais presentes e a depoente foi chamada pela escrivã para ser ouvida; que, em seguida, **a depoente foi ouvida e confirmou o que havia preenchido a mão**;...”*

Como se vê, a reclamante prestou depoimento no sentido de que o caixa era operado por ela e pela empregada de nome Sandra. Porém, disse que a Sandra saiu da empresa em janeiro de 2002, muito antes, portanto, do período detectado como início das diferenças de caixa.

Afirmou, ainda, que, logo em seguida (fev/02), a Sra. Adriane foi contratada e com ela ficou trabalhando no período de experiência, motivo pelo qual usava sua senha. Acrescentou que a senha da Sra. Adriane foi cadastrada entre os meses de maio e julho, não sabendo precisar a data com certeza.

Conforme exposto, as diferenças foram apuradas nos três meses que antecederam a inspeção, época em que só a reclamante tinha acesso ao sistema, com senha, etc.,

Como esclareceu a reclamante, o último gerente, Sr. Jânio, que entrou em maio de 2001, não tinha acesso à sua senha, sendo que, a partir desta data, mesmo em horário de almoço sempre havia uma operadora de caixa na loja.

Do exposto, impõe-se concluir que no período em que foi constatada maior diferença, a reclamante tinha controle exclusivo do seu caixa. Além do mais, como bem lembrou a MM. Magistrada de 1º grau, *“como explicar que uma quantidade tão grande de estornos diários não fosse percebida pela reclamante, se fossem feitos por outra pessoa. Principalmente no mês de outubro a quantidade de estornos totalizou R\$ 25.862,22 (vinte e cinco mil, oitocentos e sessenta e dois reais e vinte e dois centavos)”* (fls. 224).

Frise-se, ainda, que no outro caixa da empresa não foi detectada qualquer irregularidade, o que vai ao encontro das declarações prestadas pela reclamante perante a autoridade policial, ao afirmar que somente ela tinha acesso em referido caixa, de modo que não restam dúvidas quanto a autoria do desvio.

Vale ressaltar que a reclamante depôs contra si própria ao afirmar que havia um sistema com uma tela de recebimentos específicos para recebimentos diversos, especialmente à vista, no qual, poderia se fazer o estorno durante o dia e não aparecia ao fechamento do caixa ao final do expediente e que para abrir esse sistema utilizava a mesma senha.

Registre-se que a reclamante justificou seu depoimento perante o Delegado de Polícia, alegando coação e que, *“amedrontada pela gravidade da imputação que lhe estava sendo feita, sucumbiu, agindo conforme lhe determinavam os prepostos da empresa”* (fls. 284).

Em seu depoimento pessoal acima transcrito, a reclamante declarou que o gerente a “convenceu” de que não seria dispensada se ela assinasse a declaração de fls. 62, eis que a mesma serviria apenas para proceder à baixa das prestações no sistema.

Em que pese não se revestir, tal documento, de qualquer formalidade, a reclamante o assinou, confirmando o seu teor.

Ora, nem é preciso aferir o grau de escolaridade de que dispõe a depoente, porquanto, qualquer pessoa que apresente discernimento mediano é capaz de presumir que declarações no sentido de se admitir a prática de delito, perante autoridade policial, pode lhe acarretar sérias conseqüências.

Como se vê, a reclamante não conseguiu comprovar a coação supostamente sofrida, valendo ressaltar que, embora a testemunha Sandra tenha informado que também fora coagida pelo mesmo inspetor a assumir culpa por diferenças encontradas no caixa, isso não descaracteriza a confissão da reclamante. Tampouco, o fato de, por vezes, ocorrerem falhas no sistema.

Aqui, peço vênias para adotar como razões de voto, parte da r. sentença primária (fls. 223/224), eis que, com acuidade, analisou a questão:

“A primeira testemunha convidada pela reclamante, não trabalhava na empresa reclamada no período em que ocorreram os desvios, pois a sua saída ocorreu em 04 de março de 2002. A segunda testemunha, convidada pela autora, foi gerente na época da primeira testemunha, tendo trabalhado como gerente da loja no ano de 2001. Tanto uma quanto outra testemunha relataram fatos e incidentes mostrando que o sistema PDV, utilizado pela reclamada, não é confiável. Ambos confirmam que ocorreu uma diferença de R\$ 1.000,00 (mil reais) no caixa da própria reclamante, naquele ano, e que a testemunha Sandra tentou descobrir a causa da diferença, porém não conseguiu. Segundo essa mesma testemunha, nessa época, ela trabalhava no escritório da loja e atendia no caixa da reclamante, nos horários de almoço dela; aduz que não conseguiu encontrar a diferença porque o sistema estava muito bagunçado, mesmo tendo ficado uma semana, em Goiânia, fazendo levantamentos.

A testemunha Sandra relata que o mesmo inspetor quis que ela assinasse um documento admitindo a diferença de R\$ 1.000,00 (mil reais) e arcando com as responsabilidades do erro, porém ela não concordou. Informa, ainda, que trabalhou em outra loja da reclamada, em Goiânia, por um ano, antes de trabalhar dois anos na loja de Goiás; sempre foram constantes os erros, às vezes, por culpa do sistema e, às vezes, por outros motivos.

Ao depor, o inspetor Cássio, informou que a visita à filial de Goiás foi rotineira, somente ao inspecionar o caixa pôde constatar os desvios; que ele pôde constatar a falha em razão das cópias dos documentos das prestações recebidas com autenticação, entretanto, sem ser procedida baixa no sistema; que ao conferir as bobinas do caixa da reclamante pôde perceber que estavam sendo efetuados recebimentos de prestações e de outros documentos, com autenticação, porém com entrada na tela de recebimentos diversos; que o sistema não iria reconhecer o lançamento e contabilizaria como crédito em conta corrente; que se no decorrer do dia alguém faz estorno desse recebimento não irá aparecer no fechamento do caixa, na contabilização geral dos estornos; que é preciso conferir todos os lançamentos na fita do dia para perceber esta movimentação.

A testemunha Adriane, outra caixa que trabalhava no período dos desvios, afirmou que via constantemente uns tíquetes dentro da gaveta da reclamante, atrás do compartimento de dinheiro e cheques; os quais foram relacionados pelo inspetor como se não tivessem sido dado baixa. Essa testemunha diz que viu a reclamante pegando estes tíquetes e entregando ao inspetor, os quais foram conferidos com a bobina do caixa da reclamante; que conferiam os estornos, porém não escutou o que foi conversado. Os tíquetes são os documentos que ficam arquivados na loja e são encaminhados à Goiânia, ao final do mês. A própria testemunha diz que imaginava que eram tíquetes recebidos, porém que não tivessem sido autenticados.

Ao ser inquirida a caixa Adriane diz que trabalhou com a senha da reclamante até aproximadamente o mês de julho; logo, os estornos ocorridos até este mês poderiam ser de autoria tanto da reclamante, quanto dela, quanto de qualquer outra pessoa que tivesse a senha e acesso ao caixa; no caso, o gerente da loja. Porém, a própria reclamante admite que está sendo acusada pelos desvios feitos através de estornos nos últimos dois meses, ou seja: setembro e outubro de 2002.

Por todo o exposto, pela análise detida e minuciosa da documentação e dos depoimentos, conclui-se que a reclamante não conseguiu justificar a razão pela qual ocorreram oito estornos no mês de maio, dezessete estornos no mês de julho (meses em que a outra caixa poderia ter a senha da reclamante), cento e noventa e cinco estornos no mês de agosto, duzentos e cinqüenta e cinco no mês de setembro e trezentos e cinqüenta e dois estornos no mês de outubro.

(...)

O fato de que a reclamante possa ter sido coagida, pressionada e ludibriada a fazer a confissão, não afasta o fato concreto das diferenças encontradas no caixa, nem o inexplicável número de estornos nos últimos meses, nem a pouca probabilidade de um terceiro ter praticado os atos utilizando o caixa e a senha da reclamante."

Em sendo assim, tendo em vista que a prova documental e oral produzida são robustas no sentido de corroborar a falta grave praticada pela reclamante, há que se manter a r. sentença primária (autos nº 139/03) que reconheceu a justa causa capitulada no art. 482, "a", da CLT.

De consequência, entendendo substancialmente provada a existência de dano ao patrimônio da empresa, na ordem de R\$ 15.421,76, provocado por comportamento ardid da 1ª reclamada MARILEUZA DIVINA DE ARAÚJO (autos nº 158/03), que assim agiu em benefício próprio ou de outrem, devendo por força do art. 186 do Código Civil e 462, § 1º da CLT, ressarcir o prejuízo, na forma da lei. Reforma-se a r. sentença proferida nos autos nº 158/03.

RECURSO DO RECLAMADO

DA COMPENSAÇÃO

Busca o reclamado, a reforma da r. sentença que indeferiu a compensação de crédito da reclamante com abatimento no valor do desvio.

Recurso prejudicado, porquanto já foi deferido ao recorrente o ressarcimento do prejuízo causado pela reclamante, na ordem de R\$ 15.421,76, conforme exposto no item anterior.

DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Nos autos, nº 139/03, requer a reclamada, em contra-razões (fls. 320/327), seja aplicada à reclamante a pena cominada ao litigante de má-fé, em razão de ter suscitado a nulidade da sentença por afronta à coisa julgada, embora tivesse ciência de que a decisão pronunciada nos autos do processo 158/2003 ainda não transitou em julgado.

Pois bem.

De fato, tem-se que a reclamante não agiu com lealdade e boa-fé, pois embora soubesse que o recurso interposto nos autos do processo nº 158/2003 fora recebido no exercício do Juízo de retratação, ainda assim arguiu a nulidade da sentença por ofensa à coisa julgada.

Tudo não obstante, considerando que a reclamante fora condenada ao ressarcimento dos prejuízos causados à empresa, na ordem de R\$ 15.421,76, entendo que já fora suficientemente penalizada.

Rejeita-se.

(AUTOS Nº 158/03)

RECURSO DO RECLAMANTE

DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Conforme exposto acima, em razão da similitude da matéria o recurso do reclamante foi analisado juntamente com o recurso da reclamante nos autos nº 139/03, ao qual foi dado provimento, neste item.

DA RESPONSABILIDADE DO 2º E 3º RECLAMADOS/CARTA DE FIANÇA

Quanto a responsabilidade dos 2º e 3º reclamados, mister se faz uma análise da validade da exigência da empresa em condicionar a admissão no emprego à apresentação de carta de fiança. Ressalto estar este Juízo autorizado a enfrentar o tema, porquanto estes reclamados apresentaram defesa (autos nº 158/03) e questionaram a materialidade e autoria do desfalque imputado à 1ª reclamada, de sorte que a eventual assunção da dívida é mero corolário do dano provocado pela empregada a seu empregador.

A jurisprudência pesquisada, inclusive oriunda do C. TST, não corrobora a validade da exigência da empresa reclamante. Senão vejamos:

“CARTA DE FIANÇA - A cláusula em análise, afigura-se-me discriminatória na medida em que estabelece encargos apenas para futuros empregados. Além disso, também é discriminatória pois só terá chance de concorrer ao emprego o trabalhador que tiver condição de obter a carta de fiança. Recurso ordinário em dissídio coletivo provido.” (TST - RODC . 709475 - SDC - Rel. Min. Vantuil Abdala - DJU 07/02/2002).

“CARTA DE FIANÇA - CONTRATAÇÃO - PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA - TRANSFERÊNCIA DOS RISCOS DA ATIVIDADE ECONÔMICA - A exigência de apresentação de carta de fiança para contratação de empregados e para a manutenção destes no emprego, de molde a prevenir eventuais desvios de verbas, constitui prática discriminatória para com os pretendentes ao emprego, violando o direito constitucional ao trabalho (art. 6º da CF/88). Representa, ainda, ilegal transferência dos riscos da atividade econômica para com os já empregados, afrontando o art. 2º da clt.” (TRT 10ª R. - RO 0866/2001 - 2ª T. - Relª Juíza Heloísa Pinto Marques - DJU 28.09.2001).

Igual decisão foi proferida por este Regional por ocasião do julgamento do RO 00929-2001-006-18-00-8, da lavra deste Relator, publicado no DJ/GO de 20/09/2002, e ainda no RO 749/2000, que teve como Relator o Exmº Juiz Saulo Emídio dos Santos, que resultou na seguinte ementa:

“CARTA DE FIANÇA. A exigência de carta de fiança do empregado, assinada por terceiro, é ilícita e ineficaz, por violar os arts. 9º e 462/CLT, pois os direitos de benefícios de ordem (art. 1.491 do CCB) e de sub-rogação (art. 1.495 do CCB), atribuídos pelo Código Civil ao fiador, terminam por responsabilizar o próprio empregado. Recurso desprovido.”

Algumas observações devem ser tecidas. A princípio não vejo tal exigência como violadora do art. 6º da CF/88 ou de ordem flagrantemente discriminatória à admissão no emprego, vez que a lei não exclui o indivíduo da possibilidade de ser afiançado. Ora, qualquer um pode ter fiadores. As dificuldades em apresentar uma carta de fiança são comuns a qualquer cidadão, de modo que existente a exigência, não haverá privilégio para quaisquer postulantes ao cargo.

Penso, é verdade, que há transferência dos riscos da atividade a terceiro (art. 2º da CLT), sendo que o empregador concorre diretamente com o dano sofrido em face do dever de vigilância que lhe recai, decorrente do próprio poder de direção do empreendimento, ou seja, compete-lhe arcar com as consequências da chamada culpa *in vigilando*.

Acrescento que há evidente incompatibilidade de institutos, porquanto o contrato de trabalho é de natureza *intuitu personae* e a carta de fiança a ele vinculada como contrato acessório, acaba por criar uma obrigação a terceiro, estranho à relação empregatícia.

A definição da fiança é dada pelo art. 818 do CCB, que dispõe:

“Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”. (grifamos!)

Ora, a única obrigação assumida pelo trabalhador no ato da contratação diz respeito à colocação de sua força produtiva em favor do contratante ou empregador. Os fiadores não responderão por tal obrigação, justamente por ser este contrato laboral de natureza personalíssima.

Logo, no ato de admissão no emprego, o empregado não assume dívida de natureza econômica. Esta interpretação se faz necessária até mesmo em razão do que rege o art. 819 do CCB: *“A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”.*

E não é o caso, a meu ver, de se aplicar o disposto no art. 821, do mesmo Diploma legal, haja vista que no momento da admissão no emprego, não se poderia presumir o intento de dolo por parte do empregado, muito menos que deste dolo nasceria uma suposta “dívida futura”, como trata o dispositivo retro. A hipótese se afasta completamente dos contornos característicos da relação de emprego.

E na remota hipótese de se admitir a exigência de carta de fiança no contrato de trabalho e aplicação desta norma ao presente caso, os fiadores sequer poderiam ser acionados antes que o desfalque imputado à 1ª reclamada se revestisse dos requisitos de certeza e liquidez.

É preciso destacar, por oportuno, que os 2º e 3º reclamados juntaram aos autos fotocópia de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho (fls. 268/276) em face do reclamante, através da qual pretende seja este condenado a abster-se de efetuar a exigência de carta de fiança para admissão no emprego ou manutenção deste, e ainda para que sejam devolvidas aos afiançados as cartas de fiança que estejam em seu poder.

Consta da fundamentação que a atitude da empresa divorcia-se do disposto no art. 2º da CLT, além de violar o art. 462 da CLT, já que *“a lei detalhou quando e como o empregador poderá ressarcir-se dos danos causados pelo empregado, o que afasta a possibilidade dele lançar mão de outros expedientes como reforço de garantia, ainda mais quando a garantia exigida é a expressão de um ato autoritário, uma exibição desnecessária de força, com o objetivo de castrar o direito de resistência do empregado, minando sua possibilidade de reação ante a descontos ilegais ou injustos,...”*.

Em arremate, entendo inconciliável com a natureza do contrato de trabalho a exigência de carta de fiança, além do que esta prática extrapola a liberdade de contratação assegurada pelo art. 444 da CLT. Assim, julgo improcedente o pedido em face dos 2º e 3º reclamados.

Em razão do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, deixo de examinar a pretensão formulada na exordial de indenização também pelos danos morais daí decorrentes.

MULTA POR EMBARGOS PROTETATÓRIOS

Pugna a recorrente pela reforma da sentença que julgou os embargos de declaração e os entendeu protetatórios, aplicando-lhe multa prevista em lei.

Consoante fundamentação lançada preliminarmente, inexistiu no caso negativa de prestação jurisdicional. Todavia, não vejo os embargos aviados pela autora da ação como meramente protetatórios. Ora, a embargante, neste caso, se apresenta como suposta credora de valores desviados pela ex-empregada, ora reclamada, de modo que o intuito daquela é, certamente, de se ressarcir na maior brevidade possível. O fato de se utilizar dos embargos de forma imprópria não acarreta, por si só, a imposição de multa por atitude protetatória.

Reformo a sentença quanto a aplicação de multa por embargos protetatórios.

CONCLUSÃO

Conheço dos recursos interpostos nos autos nº 139/03 e, no mérito, nego provimento ao da reclamante. Recurso do reclamado prejudicado, em razão do deferimento do ressarcimento pleiteado nos autos nº 158/03, nos termos da fundamentação.

Inverte-se o ônus de sucumbência. Custas pelo reclamante no importe de R\$ 12,00, calculadas sobre R\$ 600,00, valor atribuído à causa, das quais fica isento, em razão dos benefícios da assistência judiciária (fls. 225).

Nos autos nº 00158/03, conheço do recurso interposto pelo reclamante, declaro a competência *ex ratione materiae* em relação ao 2º e 3º reclamados e, no mérito, dou-lhe parcial provimento, nos termos da fundamentação.

Inverto o ônus da sucumbência. Custas pela 1ª reclamada, MARILEUZA DIVINA DE ARAÚJO, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$15.421,76.

É o voto.

Juiz BRENO MEDEIROS

Relator

PROCESSO TRT18-ROS-00511-2004-009-18-00-2

Relator: Juiz GERALDO RODRIGUES DO NASCIMENTO
Recorrente: CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA
Advogados: Coraci Fidélis De Moura e Outros
Recorrido: JOAQUIM FRANCISCO VIEIRA LIMA
Advogados: Lívia Mendes Cavalcante Lemos e Outros
Publicação: DJE nº 14.310, de 13.07.2004.

Ementa: **DIFERENÇAS SALARIAIS. EMPREGADO DE POSTO DE COMBUSTÍVEIS PERTENCENTE A SUPERMERCADO/HIPERMERCADO. DEFERIMENTO.** Aplicam-se ao frentista de posto de combustíveis pertencente a supermercado/hipermercado as normas coletivas de trabalho que regem essa categoria profissional. Afinal, o posto, ainda que pertencente ao supermercado/hipermercado funciona de forma autônoma, razão pela qual a atividade é considerada independente para fins de sindicalização.

Decisão: **Por unanimidade**, o Tribunal conheceu do recurso e, no mérito, NEGOU-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada da Juíza KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e do Juiz BRENO MEDEIROS (convocado).

Para constar, lavro a presente certidão, do que dou fé.

Goiânia, 29 de junho de 2004

Goiamy Póvoa - Secretário do Tribunal Pleno

ADMISSIBILIDADE

Regular e tempestivo, conheço o recurso.

DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ENQUADRAMENTO SINDICAL

Razão assiste ao reclamado quanto à incompetência material da Justiça do Trabalho para apreciar pedido de enquadramento sindical.

Sem embargo, não é o caso dos autos. O autor, ao revés, busca o pagamento de diferenças salariais e de vantagens asseguradas à categoria profissional a que entende pertencer. Não se trata de litígio entre sindicatos, com vistas ao enquadramento dessa ou daquela categoria profissional.

É verdade que, para a análise da pretensão autora, há que se apreciar a controvérsia quanto ao enquadramento sindical. Mas isso será feito de forma incidental, sem que tal decisão tenha os efeitos inerentes à coisa julgada (CPC, art. 469, III).

Nesse diapasão, rejeita-se a preliminar suscitada.

DA PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

Aqui o reclamado parte do pressuposto de que o autor houvera pleiteado o enquadramento sindical, hipótese já descartada.

De resto, não há óbice legal a que o Poder Judiciário Trabalhista, em conflito de interesse, de forma incidental, defina o enquadramento sindical de determinada categoria profissional.

Afasta-se.

MÉRITO

DIFERENÇAS SALARIAIS. CUMPRIMENTO DE NORMAS COLETIVAS DE TRABALHO. ENQUADRAMENTO SINDICAL

O autor busca a condenação do reclamado ao pagamento de diferenças salariais, pela não-observância do piso salarial e de outras vantagens asseguradas à sua categoria profissional.

Contrapondo-se ao pedido, aduz o reclamado que sua atividade preponderante é o comércio varejista, razão por que se mostram indevidas as pretensões deduzidas pelo autor.

De ver-se, pois, que a análise do pleito do autor está jungida à discussão em torno do seu enquadramento sindical, como questão incidental, sobre a qual ora me debruço.

Estabelecidas essas premissas, analiso em que situação se enquadra o reclamante.

Este Relator, ao proferir sentença no 1º grau de jurisdição, esposou anteriormente o entendimento de que o empregado de posto de gasolina pertencente a supermercado fazia jus tão-somente ao salário pago aos que exercem essa função nos demais estabelecimentos do ramo, não lhe sendo aplicáveis as normas convencionais da categoria. Todavia, diante da jurisprudência deste Eg. TRT, este Magistrado passou a adotar novo entendimento sobre a matéria, confluyente com o da sentença recorrida.

Com efeito, não subsiste dúvida de que o referido '*posto*' funciona de forma autônoma, sem nenhuma vinculação com o estabelecimento do reclamado e fora de suas dependências. E não poderia ser diferente! Afinal, jamais poderia o '*posto*' funcionar dentro do hipermercado.

Deste modo, pede-se *venia* para adotar como razão de decidir o voto do Ex.mo Juiz Platon Teixeira de Azevedo Filho, no julgamento do processo TRT-RO-01575-2002-011-18-00-5, o qual se transcreve em sua parte substancial:

'O cerne da questão consiste em se distinguir atividade preponderante de atividade principal, sendo que, para esse desiderato, a lição de Arnaldo Süssekind é essencial:

'Não se confunda, porém, atividade preponderante com atividade principal. Consoante o preceituado no § 2º do citado artigo:

'Entende-se por atividade preponderante a que caracterizar a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam, exclusivamente, em regime de conexão funcional'.

Destarte, haverá atividade preponderante se todos os estabelecimentos ou setores da empresa operarem, integrados e exclusivamente, para a obtenção de determinado bem ou serviço. Mas, se a atividade desenvolvida por um estabelecimento ou departamento puder ser destacada, sem que o funcionamento da empresa seja afetado na consecução de seu principal objetivo, aquela será independente para fins de sindicalização.' (*in* Instituições de Direito do Trabalho, Vol. 2, 20ª ed., São Paulo, LTr, p. 1118, grifo nosso). Portanto, o conceito de atividade preponderante não se mostra aplicável ao caso, haja vista que o posto de abastecimento não se encontra em regime de conexão funcional em relação às demais atividades comerciais do reclamado. A propósito, essa distinção encontra-se bem evidenciada na sentença coligida às fls. 92/98.

Ou seja, enquanto a padaria e o açougue, por exemplo, convergem para a atividade principal de um hipermercado - e, por isso, não se aplicam aos empregados dessas seções as CCTs dos padeiros e trabalhadores no comércio de carnes, o posto de gasolina representa uma atividade totalmente distinta, não existindo quanto a mesma a relação de preponderância de que cogita o art. 581, § 2º, da CLT.'

Portanto, mantém-se a r. sentença recorrida.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É o meu voto."

Juiz GERALDO RODRIGUES DO NASCIMENTO

Relator

PROCESSO TRT18-RO-01550-2003-012-18-00-9

Relator: Juiz MARCELO NOGUEIRA PEDRA
Revisora: Juíza ANTÔNIA HELENA GOMES BORGES TAVEIRA
Recorrente: 1. NÉLO DOS SANTOS
Advogados: Weliton da Silva Marques e Outros
Recorrente: 2. PROSEGUR BRASIL S/A - TRANSPORTADORA DE VALORES E SEGURANÇA
Advogado: Carlo Adriano Vêncio Vaz
Recorridos: OS MESMOS
Publicação: DJE nº 14.298, de 25.06.2004.

Ementa: **VIGILANTE. TROCA DE UNIFORME E ARMAMENTO. TEMPO À DISPOSIÇÃO DA EMPRESA. HORAS EXTRAS.** Considera-se como tempo à disposição da empresa (art. 4º, da CLT) o período despendido pelo empregado vigilante para troca de uniforme e armamento, fora da jornada laboral anotada nos controles de ponto, quando decorra de imposição do empregador.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Juizes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em Sessão Ordinária, **por unanimidade**, conhecer de ambos os recursos e, no mérito, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO DO RECLAMANTE e NEGAR PROVIMENTO AO DA RECLAMADA, nos termos do voto do Juiz-Relator. Ausência ocasional e justificada das Juízas KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE (Presidenta) e IALBA-LUZA GUIMARÃES DE MELLO.

Goiânia, 7 de junho de 2004 (data do julgamento)

Juiz MARCELO NOGUEIRA PEDRA - Relator

RELATÓRIO

Vistos os autos.

Pela r. sentença de fls. 47/49 o MM. Juiz da 12ª Vara do Trabalho de Goiânia-GO julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, nos autos da reclamatória ajuizada por NELO DOS SANTOS em face de PROSEGUR BRASIL S/A.

O reclamado opôs embargos de declaração às fls. 50/51, que foram rejeitados, conforme decisão de fls. 53.

O reclamante apresenta recurso ordinário (fls. 55/57), buscando a reforma do d. julgado, a fim de que sejam majoradas as horas extras, conforme pleiteado na inicial.

Recorre também o reclamado (fls. 58/65), pugnando pela reforma da sentença, para que seja afastada a condenação ao pagamento de horas extras, no período da troca de uniformes, e reflexos sobre verbas rescisórias.

Contra-razões foram oferecidas pelo reclamado às fls. 71/74 e pelo reclamante às fls. 77/80.

Com apoio no art. 25 do Regimento Interno desta Eg. Corte, os autos não foram remetidos ao d. Ministério Público do Trabalho.

É, em suma, o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos, bem como das contra-razões apresentadas.

MÉRITO

HORAS EXTRAS

Analisarei conjuntamente ambos os recursos, haja vista a identidade da matéria.

O d. Juiz a quo entendeu ser de 15 minutos o tempo despendido pelo reclamante para vestir o uniforme e receber os instrumentos de trabalho, por ser tal lapso temporal suficiente para a execução daqueles atos.

Inconformado, o reclamante argumenta que a prova produzida nos autos deixou evidente a necessidade do comparecimento do autor ao local de trabalho com 30 (trinta) minutos de antecedência, sob pena de punição, independentemente do tempo gasto para vestimenta e armamento.

O reclamado, por sua vez, não se conforma com o v. decisum em que foi deferido o pedido de pagamento, como horas extras, do tempo gasto com a troca da roupa comum pelo uniforme e respectivo armamento.

Alega que o pleito do autor deve ser indeferido, pois não se pode considerar à disposição da empresa o tempo despendido pelo reclamante para uniformizar-se e armar-se, sendo que o uso de uniforme é uma determinação da Lei 7.102/83 e que, por outro lado, o reclamante jamais gastava 30 minutos para vestir o uniforme de trabalho.

Requer a reforma da r. sentença, para que seja declarado improcedente o pleito de horas extras para esse fim.

Analisa-se.

Na inicial, o autor afirmou que exercia a função de vigilante e era obrigado a iniciar sua jornada diária com 30 minutos de antecedência para troca de uniforme e armamento, sendo que seu encerramento ocorria com majoração de 15 minutos para devolução do armamento e entrega dos envelopes coletados nos estabelecimentos bancários para os quais prestava serviços.

Restou comprovado pela prova emprestada que a troca de uniforme e armamento decorre de imposição da empresa, sendo imperioso reconhecer tal período como tempo à disposição do empregador, nos termos do art. 4º, da CLT.

Cumpram-se destacar o depoimento pessoal do preposto:

“que havia determinação da reclamada para que o reclamante chegasse 10 minutos antes do horário que estava escalado, para que pudesse uniformizar-se; que o uniforme consistia em macacão, colete, cinto e coturno; que, em seguida, o reclamante descia para a sala de armas, para pegar sua arma, o que levava cerca de 05 minutos; que a fila era de, no máximo, 04 pessoas, porque as escalas não eram coincidentes; que o reclamante não podia dirigir-se ao serviço já uniformizado; que o reclamante registrava o cartão de ponto no horário de saída após devolver a arma à reclamada; que o reclamante tirava o uniforme no final do dia já após ter registrado o cartão no horário de saída” (fls. 45).

Nesse contexto, tem-se que a troca de roupas e armamento constitui uma etapa da atividade desempenhada pelo trabalhador, independente de se tratar de exigência legal e não somente de exigência da reclamada. Logo, tal período é considerado tempo à disposição do empregador (art. 4º, da CLT), devendo ser remunerado.

Nesse sentido a jurisprudência do Colendo TST:

“HORAS EXTRAS. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. O tempo despendido para vestir o uniforme deve ser considerado à disposição do empregador e, portanto, jornada extraordinária, pois, em que pese a ser indispensável ao exercício da função de vigilante, na hipótese, não podia ser vestido na residência do empregado, porque permanecia na empresa.” (TST. Recurso de Revista. Processo nº 390256. Órgão Julgador: 1ª Turma. Relator: Ministro Ronaldo José Lopes Leal. Recorrente: Prosegur Brasil S/A Transportadora de Valores e Segurança. Recorrido: Adilson José Madeira. Publicado no DJU de 01/03/2002).

No presente caso, o MM. Juízo de origem entendeu ser de 15 minutos o tempo gasto pelo reclamante para vestir o uniforme e receber os instrumentos de trabalho.

Considerou não demonstrado o elástico da jornada ao final, ressaltando que, segundo o reclamante, na saída apenas ocorria o registro do cartão de ponto e devolução do armamento (fls. 48).

Vale ressaltar o depoimento da testemunha Amilton Barros de Souza, constante da prova emprestada:

“Trabalhou para a reclamada por cerca de 08 anos, tendo saído em 22/09/03; que trabalhou como vigilante de carro-forte; que precisava chegar ao serviço com cerca de 30 minutos de antecedência, para vestir uniforme e armar-se; que o tempo para armar-se durava entre 05 a 20 minutos, dependendo do tamanho da fila; que, neste período em que vestiam o uniforme e armavam-se, não recebiam ordens para serviço pela reclamada; que passava o cartão após ter pego a arma; que registravam o cartão no horário da saída após a devolução da arma à reclamada; que tiravam o uniforme após terem registrado o cartão no horário da saída; que da mesma forma se dava com o reclamante; que a reclamante exigia que os empregados chegassem com 30 minutos de antecedência ao horário que estavam escalados; que não havia punição se chegasse 10/15 minutos antes do horário de sua escala, mas correria o risco de se atrasar para o serviço” (fls. 45).

O ora reclamante também foi ouvido como testemunha naqueles autos, onde afirmou que:

“Trabalhou para a reclamada de 1993 a 22/09/03, como vigilante de carro-forte; que chegava à empresa 30 minutos antes do horário de sua escala, para vestir uniforme e armar-se; que o período para armar-se levava de 10 a 40 minutos, dependendo de haver ou não armeiro na reclamada; que, ao final do serviço, registrava o ponto após ter devolvido a arma; que tirava o uniforme após o registro do horário de saída; que os empregados que chegavam com menos de 30 minutos de antecedência tinham nome anotado em uma prancheta pelo fiscal de pátio; que não sabe informar se havia punição mediante esta anotação, porque nunca chegou com menos de 30 minutos de antecedência” (fls. 45/46).

Conforme se infere da prova emprestada a troca de uniforme consistia em colocar macacão, colete, cinto e coturno, o que, a meu ver, não demanda mais que 5 a 10 minutos, não sendo razoável supor que o reclamante gastasse mais tempo para tal fim.

Quanto ao tempo despendido para pegar o armamento, o reclamante dirigia-se à sala de armas para buscá-lo, o que, de acordo com a primeira testemunha, levava de 5 a 20 minutos e, conforme o depoimento do ora autor, ouvido como testemunha do processo 1561/03 utilizado como prova emprestada, o tempo gasto era de 10 a 40 minutos.

Ocorre que além de o ora reclamante informar tempo duas vezes maior, há indicação de motivos diversos para a demora. Logo os depoimentos carecem de consistência e credibilidade nesse aspecto.

Desse modo, sendo incontroversa a exigência de chegada com 10 minutos de antecedência, arbitro o tempo médio diário em 20 minutos, sendo esse suficiente para a troca de uniforme e entrega do armamento.

A reclamada, em seu apelo, sustenta que o tempo gasto na troca do uniforme não constitui tempo à disposição do empregador.

Por meio do depoimento do representante da reclamada, às fls. 45, verifica-se “que havia determinação da reclamada” para que o reclamante comparecesse antecipadamente à empresa para a troca de uniforme e, ainda, que “o reclamante não podia dirigir-se ao serviço já uniformizado”.

Ora, como visto, o procedimento de troca de roupas caracteriza-se como uma etapa normal do trabalho desenvolvido pelo autor, independente de este fato constituir exigência legal e não, simplesmente, imposição do empregador.

Assim, este período, por ser de interesse da empresa e decorrer de imposição dela, a meu ver, caracteriza-se como tempo à disposição do empregador (art. 4º, da CLT) e, como tal, deve ser remunerado como hora extra.

Por fim, repita-se, a troca de uniforme decorre de interesse da própria empregadora, e não do empregado, devendo o tempo gasto na sua execução ser considerado como de efetivo labor.

O pedido de aplicação do entendimento consubstanciado no Enunciado de Súmula nº 330 do C. TST também não encontra guarida, na medida em que se trata de inovação à lide, uma vez que não veiculado na defesa.

Nesses termos, dou provimento parcial ao recurso do reclamante, arbitrando em 20 minutos o tempo médio diário para a troca de uniforme e entrega de armamento, que devem ser pagos como horas extras.

Nego provimento ao recurso patronal.

CONCLUSÃO

Isso posto, conheço dos recursos patronal e obreiro, e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso do reclamante e nego provimento ao apelo patronal, nos termos da fundamentação.

É o meu voto.

Juiz MARCELO NOGUEIRA PEDRA

Relator

PROCESSO TRT15-MS-00053-2003-000-15-00-0

Relatora: Juíza ANA MARIA DE VASCONCELLOS
Impetrante: DANIEL PIRES LORENZON
Impetrado: Juiz da VARA DO TRABALHO DE RIO CLARO
Litisconsorte Passivo Necessário: MARCELO LUIZ CARDOSO
Publicação: 30.04.2004

Ementa: **MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. POSSIBILIDADE DE PENHORA DE 30% DA CONTA-SALÁRIO DO EXECUTADO.** Tendo em vista a colisão de direitos fundamentais, ou seja, de um lado os direitos trabalhistas, de caráter alimentar, e de outro, a impenhorabilidade da conta-salário, constitucionalmente garantida, faz-se necessária a ponderada análise do bem jurídico a ser tutelado, com amparo nos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito. Em destaque, nesta Especializada, para a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado por DANIEL PIRES LORENZON contra ato da autoridade apontada como coatora proferido nos autos da reclamação trabalhista, processo nº 388/1998-9, em trâmite na Vara do Trabalho de Rio Claro.

Em síntese, às fls. 2/4, o impetrante insurge-se contra o despacho do MM. Juiz da Vara do Trabalho de Rio Claro que determinou o bloqueio de numerário do impetrante para garantia do crédito do autor na reclamação acima mencionada. Alega que tal ato feriu o disposto no inciso IV, do artigo 649 do CPC, posto que o bloqueio recaiu em conta corrente utilizada unicamente para recebimento de seu salário.

Pede a concessão de liminar para determinar o desbloqueio da quantia constante da conta corrente do impetrante, notificando-se o impetrado para que preste as informações necessárias, com o fim de ser conhecido e julgado procedente o presente *mandamus*. Requer, ainda, os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Foi indeferida a liminar e solicitadas informações à autoridade dita coatora (fls. 19), que vieram aos autos às fls. 21/22.

Decisão de fls. 24/25, em que se indeferiu o processamento do “*mandamus*”, por incabível a medida.

Impetração de Recurso Ordinário às fls. 27/30, recebido como Agravo Regimental (fl. 33).

Decisão agravada mantida (fls. 34) e Parecer do Ministério Público pelo desprovimento do Agravo (fls. 36).

Acordão de fls. 40/42, decidindo pelo conhecimento e provimento do Agravo Regimental, determinando o processamento do Mandado de Segurança.

Determinada a citação do litisconsorte passivo necessário (fls. 45), que não se manifestou (certidão de fls. 50).

Parecer do Ministério Público às fls. 53/55, opinando pela denegação da segurança pleiteada.

Relatados.

VOTO

Na Reclamação Trabalhista, acima mencionada, o impetrante foi condenado a pagar as verbas trabalhistas elencadas às fls. 08 dos autos, tendo a sentença transitado em julgado.

A autoridade dita coatora informou que, embora sem resultado as diligências com a finalidade de encontrar bens passíveis de penhora, no entanto, foi obtido êxito na operação de bloqueio de numerário do impetrante mediante a utilização do sistema BACENJUD. Tal medida é que veio a ser o objeto da impetração deste “*mandamus*”, sob a alegação de que o bloqueio recaiu em conta-salário.

Inicialmente, destaque-se que é entendimento desta relatora não configurar ato arbitrário a determinação de penhora em conta corrente, principalmente, quando embasada em situação de fato que a justifique, até porque a penhora deve observar a ordem preferencial estabelecida no artigo 655 do CPC.

Diga-se, ademais, que a propositura da ação trabalhista, onde o MM. Juízo “a quo” determinou a penhora “on line” na conta do reclamado, foi ajuizada em 12/03/98, arrastando-se, portanto, a ação por mais de cinco anos e, como informou a referida autoridade, todas as tentativas para pagamento restaram infrutíferas. Deste modo, a conduta praticada pela autoridade dita coatora se insere, precisamente, na busca da eficácia da prestação jurisdicional, não evidenciando qualquer ilegalidade ou abuso de poder.

No que tange à fundamentação de que a conta salário é protegida pela Constituição Federal, não há dúvidas. Porém, deve-se ressaltar que in *casu* não houve prova contundente de que se trata de conta salário e, ademais, o salário do exequente também recebe proteção constitucional. Observa-se neste caso a ocorrência de uma possível situação em que a colisão de direitos fundamentais imprimiria a necessidade de escolha de qual bem jurídico deve ser tutelado. Tal escolha deve ser realizada sempre pela rigorosa análise do caso concreto e com amparo nos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, tal como estampado no artigo 1º da Constituição Federal. Em especial, no seio desta Justiça Trabalhista, sobressai o dever de resguardar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Portanto, apesar da efetiva impenhorabilidade do salário, tampouco se pode esquecer da natureza alimentar do crédito trabalhista.

Entretanto, saliente-se, mais uma vez, que no caso em tela, como bem exposto pelo Ministério Público em seu Parecer, resta duvidosa a questão quanto à conta corrente que foi bloqueada ser, ou não, conta utilizada pelo impetrante para recebimento de seu salário.

Senão vejamos:

O documento de fls. 15, que embasa a pretensão do impetrante, mostra-se frágil e insuficiente para atacar o ato de constrição, não existindo prova de que a signatária representa a empresa. Deveria o impetrante ter, ao menos, juntado cópias da CTPS ou da ficha de registro, recibos de pagamentos, etc...

Tampouco de substancial valor probante o extrato de conta corrente de fls. 32/33, posto que nada há que demonstre ser os valores lá existentes provenientes, exclusivamente, de salário, sendo possível que o impetrante disponha de outras rendas, tais como aluguéis, rendimentos, etc, não havendo como identificar a origem dos depósitos. Nem sequer o termo “pagto”, constante do extrato, serve de evidência, pois refere-se a código interno do banco.

Além do mais, também se mostra patente que o ato contra o qual se insurge o impetrante não comporta o remédio adotado, uma vez que para o caso existe recurso específico, qual seja: os embargos à execução, e ainda, em consequência, o agravo de petição. Inteligência do artigo 5º, inciso II da Lei 1.533/51, assim como da Súmula 267 do STF e da Orientação Jurisprudencial nº 92 da SDI-II do C. TST.

Entretanto, considerando o prevalente entendimento nesta corte no sentido de que não deve incidir penhora sobre conta salário e, para que tampouco se alegue que o excessivo rigor na apreciação da prova preconstituída possa conduzir a uma injustiça e, ainda, para que a prestação jurisdicional resulte eficaz e o exeqüente possa ver satisfeito o seu crédito, sem que, por outro lado, se onere em demasia o executado, julgo procedente, em parte, o presente *mandamus*, concedendo a segurança pretendida para que a penhora determinada seja reduzida para 30% do montante da conta corrente do impetrante até total garantia da execução.

Diante do exposto, julgo **procedente em parte** o mandado impetrado, **concedendo** a segurança pretendida, a fim de ordenar que a penhora determinada seja reduzida para 30% do montante da conta corrente do impetrante até total garantia da execução, conforme fundamentação.

Custas pelo impetrante no importe de R\$ 4,00, sobre o valor da causa de R\$ 200,00.

Intimem-se.

Juíza ANA MARIA DE VASCONCELLOS

Relatora

PROCESSO TRT11-RO-31323-2002-001-11-00

Relator: Juiz LAIRTO JOSÉ VELOSO
Recorrente: 1. TELELISTAS (REGIÃO 1) LTDA.
Advogados: Dra. Jurema Dias de Lima Missioneiro dos Santos e Outros
Recorrente: 2. ANDRÉIA ELISA DE CESÁRIO RANGEL
Advogado: Dr. Heidir Barbosa dos Reis
Recorridos: OS MESMOS

Ementa: **ILEGALIDADE. DESCONTOS E RETENÇÃO SALARIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ALTERIDADE.** Os riscos da atividade empreendida correm por conta do empregador, não se podendo transferir tais ônus ao obreiro, pois a alteridade é característica do contrato de trabalho. A incidência de impostos e taxas, bem como o risco de inadimplência são inerentes à atividade empresarial, da qual o empregado é mero colaborador. Se o trabalhador não participa da fruição dos lucros obtidos, também não responde pelos encargos do empregador.

“Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, oriundos da 1ª Vara do Trabalho de Manaus, em que são partes, como recorrentes, **TELELISTAS (REGIÃO 1) LTDA.** e **ANDRÉIA ELISA DE CESÁRIO RANGEL** e, como recorridos, **OS MESMOS**.

Na inicial, a reclamante alega que trabalhou para a empresa reclamada em dois períodos distintos: 02.04.2001 a 04.03.2002 e 10.06.2002 a 18.09.2002. No que diz respeito ao primeiro período, pleiteia o pagamento de diferença de comissões, RSRs sobre as diferenças de comissões, horas extras sobre os salários fixos e sobre as comissões, RSRs sobre as horas extras e reflexos sobre as verbas rescisórias. No que pertine ao segundo período, pretende o pagamento de diferença de comissões, horas extras sobre o salário fixo e sobre o salário móvel, RSRs sobre as horas extras, aviso prévio indenizado, 13º salário (05/12), férias + 1/3 (05/12), ambos pela média, saldo de salário fixo (18 dias), saldo de salário móvel (comissão + RSRs, FGTS + 40% sobre as verbas do 2º período, multa por atraso no pagamento da rescisão e indenização substitutiva do seguro-desemprego).

Após instruir regularmente o feito a MM. Vara, em sentença proferida às fls. 147/152, julgou parcialmente procedente a reclamação, para o efeito de condenar a reclamada a pagar à reclamante o que for apurado em regular liquidação de sentença, a título de: diferença de comissões, assim como os RSRs sobre tais comissões, compensando-se os valores efetivamente pagos a título de estorno de tais comissões; deferido, ainda, horas extras a 50% com reflexos nas verbas rescisórias e adicional de 50% sobre as comissões percebidas no horário extraordinário, com repercussão nos consectários trabalhistas e nos DSRs.

Inconformada com a Decisão, a reclamada interpôs Recurso Ordinário às fls. 156/164, sustentando a improcedência das horas extras e das comissões reconhecidas pela Sentença de Primeiro Grau. Ao final, requereu a total improcedência da reclamação.

Por sua vez, a reclamante apresentou Recurso Adesivo, de acordo com as razões que se encontram às fls. 177/178, pretendendo a reforma da Sentença, a fim de que seja reconhecido o direito à devolução do desconto de 18% efetuado sobre as comissões por ela percebidas.

Contra-razões pela reclamante e pela reclamada às fls. 173/177 e 186/189, respectivamente.

O douto representante ministerial reconheceu que não existe interesse público para se manifestar nesta fase, ressalvando que poderá opinar, se for necessário, em outro momento processual”.

É o **RELATÓRIO**. (Aprovado em sessão, da lavra do Juiz Relator Dr. EDUARDO BARBOSA PENNA RIBEIRO).

VOTO

Conheço dos recursos porque atendidos os pressupostos de admissibilidade.

RECURSO DA RECLAMADA

Insurge-se a reclamada contra a sentença que deferiu à reclamante a parcela de horas extras e repercussões legais, sob o argumento de que a obreira estava enquadrada na hipótese do art. 62, inc. I, da CLT, já que exercia a função de representante de vendas, atuando externamente, com a finalidade de angariar anúncios para listas telefônicas, periódicos e publicações editadas pela reclamada. Aduz que tal atividade é incompatível com a fixação de horário, razão pela qual a demandante não estava sujeita à fiscalização. Impugna, assim, a jornada declinada na exordial, requerendo a modificação do julgado.

Sem razão.

Emerge da instrução processual que tanto a obreira, quanto sua testemunha obedeciam habitualmente horário de trabalho, tendo a obrigação de comparecer à sede da empresa às 8h, permanecendo até às 14h, quando saíam para as vendas externas, retornando entre 19h e 19h30, senão vejamos:

"... que havia horário das 8h às 14h; que era obrigado o comparecimento na empresa, no final do expediente para fazer relatório; que geralmente retornava à empresa por volta das 19:00h ou 19:30h para fazer relatórios e ia de novo fazer as visitas agendadas; que às vezes, chegava e ainda encontrava a reclamante, no final do expediente; que às vezes, chegava e a reclamante já tinha feito o relatório e ido embora; que geralmente apresentava o relatório em conjunto com a reclamante." (Sérgio Luís de Souza - 143/144).

Portanto, a alegação de que a autora era vendedora externa, enquadrada no inc. I, do art. 62, da CLT, é inaceitável, diante da realidade descortinada nos autos.

Ratificando esse entendimento, a própria preposta declarou às fls. 142/143:

"... que a necessidade de ir pela parte da manhã na empresa é para reuniões e pegar material de trabalho; que isso se dava às 8:00h; que à tarde era a mesma situação porque a reclamante tinha um Gerente com quem tirava dúvidas, fazia relatórios e para trazer a produção do dia..."

Conquanto pretenda a recorrente provar que a reclamante era vendedora externa, livre do cumprimento de horário, outra é a realidade verificada. Vale frisar que o fato de o trabalhador ser vendedor externo não lhe retira, por si só, o direito às horas extras. Para tal circunstância, é necessário, dentre outros requisitos, que seu labor seja incompatível com a fixação de horário, não sendo este o caso dos autos.

Sobre o tema, manifesta-se o doutrinador Sérgio Pinto Martins, in *Direito do Trabalho*, 15ª Edição, Editora Atlas, pág. 459, *verbis*:

"A redação do atual dispositivo do inciso I do art. 62 da CLT é melhor do que a anterior, pois não arrola quais seriam os empregados que estariam excluídos de ter direito a horas extras, apenas menciona que são os que exercem atividades externas incompatíveis com a fixação de horário de trabalho, podendo enquadrar-se nessa definição qualquer empregado. **O que interessa é que exista incompatibilidade entre a natureza da atividade exercida pelo empregado e a fixação de seu horário de trabalho. Se tais empregados são subordinados a horário, têm direito a horas extras...**"

Assim, irretocável o julgado originário, pelo que nada a modificar.

Pugna ainda a empresa pela exclusão do deferimento das diferenças de 20% de comissões e seus reflexos. Argumenta, em síntese, que a remuneração da reclamante era efetuada, exclusivamente, por meio de comissões, procedimento previsto na Cláusula 3.2 do Contrato de Trabalho e que os 20% de comissões retidos dos vendedores externos

eram pagos ao final de cada campanha. Assim, rechaça a alegação da obreira de que tal percentual lhe foi suprimido, já que devidamente quitado sob a rubrica "compl. de com. final", consoante se observa dos contracheques. Requer a reforma do julgado, bem como a inaplicabilidade do art. 467 da CLT, ante a controvérsia da parcela, observando-se o correto pagamento dos repousos remunerados.

Sem razão.

A despeito da empresa sustentar a devolução das comissões ao final de cada campanha, o que resta patente nos autos é o desconto do percentual de 20% presente em todas as Planilhas de Comissões (68/69 e 76/94), inexistindo, todavia, a respectiva devolução nos contracheques, conforme se observa a exemplo dos meses de abril/outubro e dezembro/01 (fls. 102, 103/104), janeiro/fevereiro/02 (fl. 101), junho/agosto/02 (fl. 105).

Logo, comprovada a retenção de 20% das comissões da recorrente, sem a correspondente devolução, correta a decisão originária que entendeu pelo pagamento das referidas diferenças, bem como as devidas repercussões legais, abatendo-se os valores já pagos a tal título.

Prejudicada a análise do pleito de exclusão da multa do art. 467 da CLT, tendo em vista inexistir tal pedido na inicial.

RECURSO DA RECLAMANTE

Rebela-se a reclamante contra a sentença de 1º grau que indeferiu o pagamento do percentual de 18%, descontado de sua remuneração. Argumenta que das comissões auferidas pela comercialização de anúncios, a empresa descontava o referido percentual destinado ao pagamento de taxas e impostos, o que consiste em ato arbitrário.

Razão assiste à recorrente.

Inadmissível tal procedimento. A atividade empresarial é caracterizada pela assunção dos riscos inerentes ao ramo explorado, ou seja, tanto os resultados positivos, como os negativos são colhidos pelo empregador. Estes riscos não podem ser transferidos para o empregado, já que atua como mero colaborador, remunerado pelo dispêndio de sua força de trabalho. Assim, a incidência de impostos e taxas são peculiares à exploração da atividade econômica, de maneira que se o trabalhador não participa da fruição dos lucros obtidos, também não responde pelos encargos empresariais, pois a alteridade é característica do contrato de trabalho.

Segundo Sérgio Pinto Martins, *in* Direito do Trabalho, 16ª edição, Editora Atlas, p. 106: *"É requisito do contrato de trabalho o empregado prestar serviços por conta alheia e não por conta própria"*.

A lição de Délio Maranhão, *in* Instituições de Direito do Trabalho, vol. 1, 20ª edição, Editora LTr, p. 291, é no mesmo sentido:

*"Assim, empregador, juridicamente, como um dos sujeitos do contrato de trabalho, é pessoa física ou jurídica, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços"*.

O art. 2º da CLT define empregador "a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite e dirige a prestação pessoal do serviço".

Observa-se da Cláusula Terceira, item 3.9, do Contrato de Trabalho (fls. 59/60) a estipulação de que *"Todas as comissões aludidas na cláusula 3.2 serão calculadas sobre o valor líquido dos anúncios, apurados estes de acordo com o preço em vigor na data da confirmação do respectivo pedido, **deduzidos quaisquer impostos ou taxas federais, estaduais ou municipais, que incidem ou venham a incidir sobre a transação"***,

evidenciando que a empresa transferia seus encargos aos empregados, o que é inadmissível. Logo, imperiosa é a declaração de nulidade da referida cláusula, com base no art. 9º da CLT, o que ora se faz, reformando a decisão de 1º grau, para o fim de deferir as diferenças de comissões relativas ao desconto indevido do percentual de 18%, com integração nos repouso remunerados e reflexos em aviso prévio, 13º salário, férias + 1/3 e FGTS (8% + 40%).

Por estas razões, conheço dos recursos, nego provimento ao da reclamada e dou provimento ao da reclamante para o fim de deferir as diferenças de comissões relativas ao desconto indevido do percentual de 18%, com integração nos repouso remunerados e reflexos em aviso prévio, 13º salário, férias + 1/3 e FGTS (8% + 40%).

ISTO POSTO,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região, por unanimidade de votos, conhecer dos Recursos, negar provimento ao Apelo do reclamado e, por maioria, dar provimento ao Recurso Adesivo da reclamante, no sentido de ser devolvido o desconto de 18% (dezoito por cento), efetuado sobre as comissões por ela percebidas, conforme a fundamentação. Vencidos os Exmos. Srs. Juizes EDUARDO BARBOSA PENNA RIBEIRO (Relator) e VERA LÚCIA CÂMARA DE SÁ PEIXOTO (Revisora) que negavam provimento a ambos os Recursos e, em parte, o Exmo. Sr. Juiz ANTÔNIO CARLOS MARINHO BEZERRA que condicionava a devolução dos 18% (dezoito por cento) à falta de comprovação do recolhimento por parte da empresa.

Assinado em 12 de maio de 2004.

BENEDICTO CRUZ LYRA

Juiz Togado, no exercício da Presidência do TRT da 11ª Região

Juiz LAIRTO JOSÉ VELOSO

Relator

PROCESSO TRT15-RO-01018-2000-029-15-85-0

Relatora: Juíza ANA MARIA DE VASCONCELLOS

Recorrente: 1. NATAL BATISTA

Recorrente: 2. USINA SÃO MARTINHO S/A

Recorridos: AS PARTES

Publicação: 07.05.2004

Ementa: **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - EXPOSIÇÃO AO SOL - Devido.**

Previsão legal na NR 15, Anexo 7, da Portaria 3.214/78 - verificadas as condições de labor adversas, cabível a remuneração adicional perseguida.

Inconformadas com a decisão de fls. 787/807, complementada pela de fls. 854, que julgou procedentes em parte os pedidos formulados no exórdio, recorrem as partes às fls. 816/835 e 857/880, respectivamente o reclamante e a reclamada, pugnando ambos pela reforma do julgado.

O recurso do reclamante diz respeito ao terço constitucional de férias, deferido somente a partir da vigência da Carta Constitucional de 1988, entendendo devida ante a fraude reconhecida nas sucessivas contratações. Rebate o indeferimento de horas extras, no período de 1968 a 1986, uma vez que desincumbiu-se a contento do ônus da prova que lhe pertencia. Pede a condenação em horas extras realizadas nas safras, e não somente quanto ao adicional. Assevera que a hora intervalar deve refletir natureza salarial e por isso gerar reflexos e que lhe são devidas diferenças de horas normais laboradas. Pede consideração aos minutos residuais existentes na marcação de ponto, inclusive com observação da OJ 23 do TST. Quanto às horas de percurso, também expressa seu inconformismo, pedindo seja elevada a condenação para duas horas diárias. Diz ter sido vítima de descontos indevidos e que os pertinentes ao INSS e IR devem ser calculados mês a mês. Por fim, pede a verba honorária advocatícia, porquanto não mais vigente o *jus postulandi* nesta Especializada, à luz da Lei Maior.

A reclamada insurge-se contra o processado nos autos, alegando nulidade, porque a sentença agora proferida não poderia tecer considerações outras senão sobre os pontos sobre os quais pediu pronunciamento o Tribunal, quando da prolação do acórdão anterior. No mérito, nega pertinência ao reconhecimento da unicidade contratual. Aduz ser aplicável a prescrição quinquenal prevista na Emenda Constitucional 28. Alude serem indevidas as férias deferidas, tendo em vista que, pelos contratos a termos, o autor nunca integralizou um período de modo a fazer jus a elas. Pede consideração aos cartões de ponto juntados e expurgo das horas extras deferidas. Aduz que também merece correção o deferimento da hora intervalar e que devem ser considerados os acordos para compensação de horas. Refere-se ao período de entressafra, argumentando que o autor também ali recebia por produção, sendo-lhe devido, quando muito, apenas o adicional das horas extras. Assevera serem indevidas as horas de estrada, porque ausentes os requisitos de admissibilidade e que, a persistir a condenação, que o adicional seja computado sobre a hora singela, visto que aquela não se coaduna com o instituto das horas extras. Nega valia ao deferimento de adicional de insalubridade, ante a ausência de previsão legal e, ainda, se for o caso, que ele seja calculado sobre o salário mínimo, sem reflexos, ante sua natureza indenizatória. Pede que os honorários periciais sejam direcionados para o reclamante. Quanto à estabilidade decenal, alude ser inaplicável, em face da ausência de unicidade de contratos. Diz ser indevida a restituição dos valores descontados a título de contribuição confederativa.

As contra-razões ao recurso vieram aos autos às fls. 882/956 e 961/970.

Por todo o postulado, este é um breve relato.

VOTO

Conheço dos recursos ordinários interpostos, já que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Embora juntados os documentos de fls. 836/853 em desconformidade com o teor do Enunciado 08 do C. TST¹, deles conheço, pois cuidam-se de decisões judiciais sem efeito vinculativo nos autos.

Ante a arguição de nulidade, o recurso patronal será apreciado de plano.

RECURSO DA RECLAMADA

NULIDADE DO JULGADO

Insurge-se a reclamada, em sede de preliminar, aduzindo que o julgado proferido na origem deve ser declarado nulo, uma vez que, conforme o decidido no v. acórdão de fls. 769, não foi declarada nula a sentença anterior, não podendo, pois, o juiz, recebendo os autos para complementação da instrução processual, decidir sobre questões ali sepultadas.

Sem razão.

O que se extrai dos termos do voto que proferi às fls. 770/772 é que foi dada razão à insurgência do reclamante-recorrente, sendo certo que ele pediu a nulidade da primeira sentença proferida em primeiro grau. Leia-se, para tanto, o que ora dali se transcreve: "*Aduz o recorrente que a sentença proferida em Primeiro Grau é nula de pleno direito, ...*" (fls. 771, *in fine*). E, mais, adiante, na folha seguinte: "*Razão assiste ao recorrente.*"

Dessa forma, resta patente que a sentença primeira proferida às fls. 609/616 e 624 foi anulada. Ademais, se assim não teria entendido a apelante, deveria ter se utilizado de embargos de declaração ante a pretensa omissão, como manda o mandamento do art. 897-A da CLT, sobre o v. acórdão de fls. 769. Mas não, quedou-se inerte, fazendo conduzir à preclusão a dúvida que poderia deter.

Também resta lógico que, reconhecendo este Colegiado a ocorrência de cerceio de defesa, tendo mandado se complementar a instrução processual, sobre tal ponto se pronunciasse o Julgador da base, sob pena de se caracterizar supressão de instância, procedimento vedado pelo Ordenamento Processual.

Preliminar que se rejeita.

PRESCRIÇÃO BIENAL E UNICIDADE CONTRATUAL

Insurge-se a reclamada pedindo reforma da decisão que rejeitou o seu pedido quanto à declaração da unicidade de contratos, por entender aquela que os contratos havidos entre as partes foram típicos contratos de safra, com percebimento de indenização ao final de cada um, não tendo existido qualquer prova que demonstrasse coação em suas feitura. Por corolário, rebate também a desconsideração da prescrição bienal quanto a contratos de trabalho encerrados antes do biênio prescricional constitucional.

Por questão de ordem, há que, primeiramente, se analisar a *quaestio* pertinente à unicidade contratual ora rebatida.

Para melhor visualizarmos o ocorrido, cumpre elencar que o reclamante desempenhou contratos de safra nos seguintes períodos (conforme se depreende de fls. 12/26):

01/06/1968 a 30/09/1968

13/11/1968 a 19/04/1969

16/05/1969 a 22/10/1969

03/11/1969 a 18/04/1970

1. Enunciado 08 do C. TST - A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença.

01/06/1970 a 20/09/1970
16/10/1970 a 17/12/1970
04/01/1971 a 18/04/1971
02/05/1971 a 31/10/1974
04/11/1974 a 15/04/1975
05/05/1975 a 31/10/1975
05/05/1976 a 30/11/1976
01/12/1976 a 17/01/1977
18/04/1977 a 30/11/1977
01/12/1977 a 15/04/1978
02/05/1978 a 31/10/1978
03/11/1978 a 31/03/1979
02/05/1979 a 21/12/1979
02/01/1980 a 31/03/1980
02/05/1980 a 31/10/1980
03/11/1980 a 31/03/1981
22/04/1981 a 23/09/1981
01/10/1981 a 15/04/1982
03/05/1982 a 23/10/1982
03/11/1982 a 31/03/1983
18/04/1983 a 30/11/1983
01/12/1983 a 31/03/1984
23/04/1984 a 14/11/1984
19/11/1984 a 13/04/1985
02/05/1985 a 31/10/1985
11/11/1985 a 15/05/1986
27/05/1986 a 29/11/1986
01/12/1986 a 15/04/1987
21/04/1987 a 06/11/1987
09/11/1987 a 30/03/1988
11/04/1988 a 04/11/1988
07/11/1988 a 07/04/1989
18/04/1989 a 31/10/1989
06/11/1989 a 27/06/2000

Para o deslinde da questão posta em juízo, mister se faz a análise do art. 453 da CLT, o qual estabelece que serão computados os períodos trabalhados, ainda que descontínuos, quando o empregado tiver trabalhado anteriormente na empresa, ressalvando as hipóteses de despedida por justa causa e pagamento de indenização.

Conforme se denota, ainda, o contrato de safra, que nada mais é que uma modalidade de contrato de trabalho por tempo determinado, na estipulação da Lei nº 5.889/1973, pode ser definido como aquele que *“tenha sua duração dependente de variações estacionais da atividade agrária”* (parágrafo único, do art. 14). E conforme já tenho decidido, por óbvio que fica descaracterizado quando demonstrado que o empregado, além de se ativar na época das colheitas (safras), também labora nas entressafas, sendo que as sucessivas contratações e recontrações do mesmo empregado transmudam-se numa velada tentativa de burla à legislação obreira.

In casu, o que existiu, na realidade, foi um único contrato de trabalho, que perdurou de 01/06/1968 a 27/06/2000, valendo destacar que entre um contrato e outro o interregno que se denota é infimo, quando não inexistente.

Assim, tendo em vista o exposto, resta clara a intenção de desvirtuar os preceitos da lei, nos termos do art. 9º da CLT.

Desta forma, inexistente prescrição bienal a ser declarada.

Julgado mantido.

PRESCRIÇÃO QÜINQUÊNIAL

Pretende a reclamada ver aplicada a prescrição qüinquênial, entendendo que a Emenda Constitucional 28/2000 é de aplicação imediata, alcançando o presente processo, porque quando do ajuizamento da reclamação já vigia uma nova ordem Constitucional.

Razão não assiste à recorrente.

O reclamante trabalhou para a reclamada de 01/06/1968 a 27/06/2000, portanto seu contrato de trabalho estava agasalhado pela alínea “b”, do inciso XXIX, do art. 7º da Constituição Federal.

De acordo com a disposição contida no artigo 10º da Lei n.º 5.889/73 e na Constituição de 1988, tinha-se que a prescrição dos direitos materiais dos trabalhadores rurais tinha fato gerador e início de vigência na data de dissolução do vínculo, em qualquer das suas modalidades. Assim, desse entendimento extrai-se que a simples vigência do contrato de trabalho constituía a causa impeditiva do início e curso da prescrição para o rurícola.

Este princípio, porém, veio a ser modificado com o advento da Emenda Constitucional nº 28, de 29/5/2000, que eliminou a causa impeditiva do início e curso da prescrição, igualando, para tais efeitos, os contratos de trabalhadores rurais e urbanos.

Desta forma, acatar a tese da reclamada seria imprimir efeito retroativo ao novo texto constitucional, em detrimento da antiga norma inscrita na Constituição Federal, além de ofender o próprio conceito de prescrição, que pressupõe a perda do direito de ação pela inércia do seu titular, desde que ultrapassado o prazo definido pela lei, na ausência de causas suspensivas, interruptivas ou impeditivas.

Nesta linha de raciocínio, entendo que os efeitos produzidos pela lei velha no passado, não podem ser atingidos por lei nova, sob pena de ferir o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, conforme inciso XXXVI, do art. 5º da Lei Maior. Não há qualquer incoerência com o princípio da eficácia imediata, na medida em que a lei nova aplicar-se-á aos direitos nascidos sob sua égide.

Assim tem se posicionado este E. Regional:

“Trabalho rural - Prescrição - Modificação do critério constitucional. A alteração do critério de fluência da prescrição consumada pela EC n. 28 atinge somente os contratos de trabalho celebrados após sua vigência, não podendo atingir os pactos executados antes disso e muito menos os já extintos. É que, por se tratar de tema de direito material, não prevalece, no caso, a incidência da nova norma aos feitos em andamento. Nesse caso, a regra aplicável é a da consumação do contrato, de sorte que, se isso se deu antes da emenda, esta não lhe pode ser aplicada. Aplicação do princípio da condição mais benéfica ao trabalhador” (TRT 15ª Região., 3ª Turma, Processo 872/2001, Ac. 15470/01, DOE 8/5/01, p. 5, Rel. Juiz Carlos Eduardo Oliveira Dias).

Destarte, tendo em vista a data de ajuizamento da demanda, não existe prescrição qüinquênial a ser proclamada na espécie.

Mantém-se o julgado também neste aspecto.

FÉRIAS

Pugna a recorrente pelo indeferimento das férias e sua dobra, pertinentes ao período compreendido da admissão até 06/11/1989, em face da unicidade contratual rebatida e o conseqüente afastamento dos efeitos da prescrição.

Razão desassiste à tese patronal, mormente no que tange à unicidade contratual e prescrição, itens acima já analisados.

Por certo que não se pode confundir o procedimento errôneo da recorrente, renovando sucessivamente contratos de trabalho com interregnos variados, com gozo de férias. O instituto das férias detém características próprias que visam principalmente salvaguardar a higidez física e mental do trabalhador.

No que toca ao terço constitucional, por certo que deverá incidir sobre aquelas que se fizeram pertinentes após a promulgação da nossa atual Carta de Direitos. Quanto ao FGTS, entendo que ficou limitada a sua incidência também a 05 de outubro de 1988, conforme já reconhecido na sentença embargada, às fls. 799.

Deve, pois, prevalecer a paga conforme já determinou o decreto ora sob censura, que inclusive autorizou deduções de valores pagos e comprovados nos autos sob os mesmos títulos.

Recurso improvido.

JORNADA DE TRABALHO

Rebate a recorrente decisão de origem, que deferiu horas extras cumpridas nas safras e entressafras, a partir de 1986, em desconsideração às anotações de jornada contidas nos cartões de ponto. Diz que o intervalo intrajornada a ser fixado até dezembro de 1986 deve ser de 1h15min e a partir de janeiro de 1987 de 1h12min ou 1h, conforme confessado.

A sentença de piso, por sua vez, reconheceu a existência de intervalo regular de uma hora nas entressafras e de 15 minutos na colheita, mandando pagar a diferença de 45 minutos diários. Aduz, mais, que, como laborava por produção, tinha interesse em trabalhar durante os intervalos para auferir mais com a produção.

O que se extrai do conjunto probatório produzido nos autos, é que efetivamente, durante as safras, os intervalos usufruídos pelos empregados não ultrapassava 15 minutos e, nas entressafras, podiam parar pelo interregno de uma hora para almoço, mais trinta minutos para o café. É o que se extrai dos termos do depoimento da testemunha trazida a depor pelo trabalhador, em parte corroborada pelo da reclamada, que, entretanto, limitou a parada das entressafras a 1h15min/dia.

O pedido de reforma produzido pela reclamada está demilitado aos intervalos usufruídos (ou não usufruídos) nas safras, já que a origem mandou pagar os 45 minutos remanescentes da hora intervalar não cumprida.

Razão não lhe assiste, já que, conforme dito acima, a própria testemunha da ré tratou de confirmar que a parada nas safras era reduzida.

Nem se alegue que assim o trabalhador o fazia por interesse próprio, já que auferia por produção. Trata-se de entendimento comezinho, muito aquém da intenção legislativa expressa nos artigos que prevêem a garantia do intervalo para refeição e descanso, seja para o trabalhador urbano ou rural. É cediço que o ganho por produção não é forma de exclusão do direito do trabalhador no percebimento de horas extras nem usufruto de intervalos regulares.

Reforma negada.

ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE HORAS

A reclamada se revolta com o posicionamento primário, asseverando que devem ser tidos como válidos os acordos de compensação de horas, uma vez que a jornada máxima semanal foi sempre respeitada. A argumentação empresarial foi rechaçada em sede de piso, que entendeu que acordos tácitos não são revestidos de validade legal.

A questão merece provimento.

De fato, inexistem acordos tácitos para prorrogação de horas, e, sim, acordos coletivos de trabalho, onde, dentre outras, a matéria da compensação de horas está avençada - vide envelope de documentos em anexo. A vigência é a partir de maio de 1998.

Está cumprida, pois, a exigência legal preceituada no artigo 7º, inciso XIII, da CF, e artigo 59 da CLT, que preceitua, *in verbis*:

“A duração do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas) horas, mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho”.

Reputo válidos, pois, os acordos para compensação de horas vigentes a partir de maio de 1998, devendo ser observados para o cálculo das horas extras acima deferidas.

Reformo.

REMUNERAÇÃO POR PRODUÇÃO

Insurge-se a reclamada contra o julgado, asseverando que ele carece de reforma também no que concerne à remuneração do autor. Aduz, para tanto, que também nas entressafras a remuneração do autor deve ser tida como por produção, cabendo-lhe somente o adicional das extras deferidas.

Sem razão.

Inexiste prova nos autos que a remuneração do lavrador se dava por produção na época da entressafra. O que se depreende da documentação carreada aos autos, mormente os recibos de pagamento, é que este se dava em face das horas laboradas, majoradas legalmente aquelas que se apresentavam de forma extraordinária.

Mantido o decreto original.

HORAS IN ITINERE

A reclamada argumenta que os locais de trabalho do reclamante eram de fácil acesso e servidos por transporte regular público, desatendendo, assim, à norma inculpada no art. 58, § 2º, Consolidado.

Também aqui razão não lhe assiste.

Considerando-se a colheita de depoimentos de fls. 784/785, assim como o auto de constatação elaborado por Oficial de Justiça afeto ao local dos fatos e encartado às fls. 384/397 dos autos, denota-se a existência de tempo despendido em percurso e que deve ser remunerado. Como bem pontuou a origem, tal condenação de uma hora diária, se deu pela média, em face de haver o reclamante trabalhado em locais mais próximos e mais distantes em todo o período abrangido pela condenação. Por sua vez, não logrou comprovar, a reclamada, a sua tese de que os locais eram de fácil acesso ou servidos de transporte público regular, de modo a afastar a aplicação legal pertinente.

Quanto à natureza da verba em comento, entendo que as horas de percurso constituem tempo à disposição do empregador, motivo pelo qual devem ser remuneradas como horas extraordinárias, assim como incorporar os salários com reflexos, em consonância com o *caput* do art. 4º da CLT, *in verbis*:

“Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”.

Dessa forma, carece de reforma também neste ponto a sentença de origem.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

Pretende a reclamada a *reformatio* do decreto primevo, que também a condenou ao pagamento de adicional de insalubridade, calculada nas conclusões expostas no laudo pericial proposto nos autos, por haver o trabalhador se ativado em funções a céu aberto. Assevera, em suma, a inexistência do labor insalubre e ausência de previsão legal.

Mais uma vez seu recurso é em vão.

Denota-se que o reclamante pediu a paga relativa ao adicional por trabalho insalutífero, por exposição contínua ao sol, poeira e por concluir esforços físicos em sobrecarga normal ao seu organismo. O laudo pericial de fls. 513/521, detectou que o reclamante estava exposto a agentes agressivos não neutralizados, mormente pela exposição ao sol, cujas vestimentas e outros adereços fornecidos pela reclamada não o protegiam.

Pois bem.

Reputo correto o entendimento original, que, acompanhando as conclusões fornecidas pelo expert mandou pagar o adicional de insalubridade em grau médio, obedecidas as limitações expostas em face do tempo em que a exposição aos agentes agressivos efetivamente ocorreu, mormente no que tange à exposição ao sol.

É lúdimo que da exposição indiscriminada aos raios solares pode-se extrair muito mais malefícios do que benefícios. E assim se diga em face do desequilíbrio com que essa exposição é feita, especialmente por aqueles que não detêm escolha, entre ficar ou não exposto ao sol, quando as funções que exerce para o seu sustento o obrigam a permanecer a céu aberto, por oito horas consecutivas (ou mais), em períodos de sol escaldante, como é público e notório que ocorre no interior do nosso estado, nas regiões como a da origem do presente caso, ou seja, a cidade e região circunvizinha de Jaboticabal, localizada a noroeste do estado de São Paulo².

Não consta dos autos que a reclamada fornecesse qualquer equipamento de proteção individual que neutralizasse (já que a eliminação desse fator de risco é impossível) os efeitos malignos dos raios solares (chapéus, luvas, creme protetor e/ou bloqueador solar, abrigo para as horas mais prejudiciais).

Outro fator impugnado pela reclamada é a questão da previsão legal da indigitada situação, chamando em abono de sua tese os termos da Orientação Jurisprudencial 173, da SDI-1, do C. TST, *in verbis*:

“Em face da ausência de previsão legal, indevido o adicional de insalubridade ao trabalhador em atividade a céu aberto (art. 195, CLT, e NR 15 MTb, Anexo 7)”³.

Pois bem.

Nos termos da legislação proposta, pode-se abstrair a ocorrência de infundado equívoco na interpretação dada às decisões que motivaram o firmamento da Orientação Jurisprudencial supramencionada, já que é cediço que emanam da luz solar radiações não

2. O clima é do tipo subtropical-mesotérmico, com verão úmido e inverno seco. O período das chuvas e das altas temperaturas compreende o período relativo aos meses de outubro e março, uma estação temperada em junho e julho e seca de maio a agosto.

Segundo a classificação de Koppen, o clima é do tipo CWA-subtropical. Nesta classificação, o verão não é muito quente e o inverno não é muito rigoroso, pois a massa de ar fria que vem do sul e a quente proveniente do Equador, chegam até nossa região sem força e já muito misturadas.

Durante o outono, inverno e primavera, os sistemas responsáveis pelo estado do tempo são do tipo extratropical, que penetram pelo sul do país. Já no verão, devido a convecção, predominam os sistemas locais.

3. ANEXO Nº 7 - RADIAÇÕES NÃO-IONIZANTES - 1. Para os efeitos desta norma, são radiações não-ionizantes as microondas, **ultravioletas** e laser. 2. As operações ou atividades que exponham os trabalhadores às radiações não-ionizantes, sem a proteção adequada, serão consideradas insalubres, em decorrência de laudo de inspeção realizada no local de trabalho. (115.011-1/13) **grifei**.

ionizantes, por conta dos raios ultravioletas existentes em sua composição. Estes, apesar de pouco energéticos, têm chegado à superfície da Terra de forma alterada, já que prejudicada a sua filtração pelos buracos já detectados na camada de ozônio, como também é de conhecimento público e notório. Daí a surgirem os malefícios não é coisa rara, mormente quando se fala do câncer de pele, modalidade de doença incontrovertidamente adquirida em face da exposição desordenada aos raios solares.

Como se isso não bastasse, parece haver o total desprezo do quanto ratificado pelo Estado Brasileiro nos termos da Convenção 155, adotada pela Organização Internacional do Trabalho e vigente no país desde 18 de maio de 1993 (Decreto nº 1.254/94). Nela se depreendem os esforços ali concentrados no sentido de se promover segurança e saúde dos trabalhadores, assim como considerações ao meio ambiente de trabalho. Mais precisamente no seu art. 3º, letra “e”, alude que o termo saúde deve abranger uma concepção mais nítida, versada não somente na ausência de doenças ou afecções, mas também na constância de elementos físicos e mentais relacionados com a segurança e higiene do trabalho.

Assim, é elementar mas não custa repisar, uma vez ratificada a convenção ela passa a integrar o sistema positivo, podendo criar, alterar, complementar ou revogar outras normas em vigor. Nesse passo, uma norma dessa natureza, de grandeza internacional, que consegue a magnânima missão de reunir os povos em prol da melhoria de condições de vida da nossa própria raça, dos nossos irmãos, não pode ficar relegada a apenas “existir”. Se dela, e de outras, se extraem normas cogentes, que visam instituir melhores condições de trabalho à pessoa humana, não podemos ficar inertes e adstritos a uma portaria que se nos apresenta de forma imprecisa, nem muito menos a uma orientação, ainda que advinda da Corte Suprema Trabalhista, a quem devotamos dignidade e respeito, pois nem elas ou seus precedentes têm o condão vinculativo, ainda.

Nesta esteira, a despeito de toda a argumentação acima aduzida, reputo válida a conclusão pericial encartada aos autos, no sentido de que o labor do reclamante, a céu aberto, em exposição contínua aos raios ultravioletas encontrados na luz solar, deve ser considerado insalubre, devendo a empresa remunerá-lo com a paga, em grau médio, nos moldes conforme já decidido em sede primária.

Apenas para concluir, outra noção que se deve repelir é a de que a paga é a instância última da relação trabalho perigoso/insalubre e a saúde do trabalhador. A saúde é um bem supremo, que não se compra e a uns, por questões que não cabe aqui questionar, é dada mais abundantemente que a outros. Não obstante isso, todos temos o dever moral de cuidá-la. Para tanto, reconhecendo-se a sua condição de “bem de primeira grandeza” está inculpada no nosso Texto Constitucional, em seu art. 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”. Assim, mais uma vez, há que se repensar que um princípio de ordem constitucional jamais pode ser soterrado por norma outra qualquer.

A título ilustrativo, assim vemos entendimentos esposados por colegas deste nosso Regional:

EMENTA: Insalubridade - Radiações solares. Embora o empregador, obviamente, não seja o responsável pela produção das radiações solares, o é quanto à exposição do empregado aos seus efeitos nocivos. O adicional é devido, com base em previsão expressa contida na NR 15, uma vez ultrapassados os limites de tolerância, conforme demonstrado em laudo provido de medições específicas. O disposto no regulamento da

Previdência Social não influi na apreciação do pleito, fundado no que rezam a CLT e as Normas Regulamentares pertinentes. Processo TRT/15ª Região - Campinas - nº 009757/1999-RO-4 - Mariane Khayat - Juíza Relatora.

E, mais:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE; TRABALHADOR RURAL; POSSIBILIDADE. “Com base na NR-15, da Portaria 3.214/1978, a exposição diária do trabalhador rural aos raios ultra violeta provenientes da luz solar justificam-lhe o recebimento do adicional de insalubridade em grau médio, dada a neutralização insuficiente dos equipamentos de proteção individual.” Processo TRT nº:690-2000-036-15-00-3 RO - (3.384/2002-RO-2) Gerson Lacerda Pistori - Juiz Relator.

Ainda:

“Ao trabalhador de campo é devido o adicional de insalubridade, por exposição a calor, uma vez que o calor, acima dos limites de tolerância, conforme o Anexo n.º 3, da NR-15, não faz qualquer distinção entre fontes naturais e artificiais de calor. O Anexo n.º 7, da NR-15, por sua vez, prevê a ocorrência de insalubridade, por exposição a raios ultravioletas (radiação não ionizante- sem carga elétrica), sem também distinguir quanto a sua origem, de modo que, mesmo os oriundos do sol (fato notório), sujeitam o trabalhador a insalubridade. Portanto, entendo que a Orientação Jurisprudencial n.º 173, do C. Tribunal Superior do Trabalho, encontra-se, data latíssima venia, equivocada, porquanto há sim, previsão legal para o reconhecimento de insalubridade por exposição a raios solares (art. 195 da CLT e Anexos 3 e 7, da NR 15). PROCESSO TRT 15ª REGIÃO N.º 2177-1999-058-15-00-0 RO (24520/2002-ROS-7) - Jorge Luiz Costa - Juiz Relator. Mantenho o julgado.

BASE DE CÁLCULO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE e NATUREZA JURÍDICA

Aqui o recurso patronal diz respeito à base de cálculo do adicional de insalubridade deferido, reportando-se à questão de que deve ser observado o disposto no art. 192, Consolidado, e aplicado dito adicional sobre o salário mínimo vigente.

Sem razão.

O entendimento desta 3ª Turma tem sido no sentido de que o adicional de insalubridade deve incidir sobre o salário base do empregado, já que a Lei Maior, em seu art. 7º, inciso IV, estabelece que nenhum direito do trabalhador poderá ser vinculado ao salário mínimo.

Ademais, considere-se que a lei, ao instituir o adicional de insalubridade, teve o escopo, nem sempre observado, de estimular o empregador a intentar a eliminação ou neutralização, na medida do possível, dos fatores causadores da insalubridade, tanto pela utilização de equipamentos de proteção como pela adoção de medidas de engenharia que preservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de segurança (art. 191 da CLT).

Assim sendo, ao se esposar o entendimento de que a segunda parte do art. 192 da CLT não foi derogada pela aplicação do disposto no art. 7º, IV da Constituição Federal de 1988, estar-se-á a premiar os empregadores que nenhum interesse terão em minorar as condições laborais nocivas à saúde, preferindo, ao invés, continuar a pagar quantias irrisórias aos seus trabalhadores a título de adicional de insalubridade. Observe-se, ainda, que deste modo carrega-se para todo o conjunto social o custo representado pelos portadores de doenças laborais que poderiam ser evitadas.

No que pertine aos reflexos, entende a recorrente que deva ser impresso caráter indenizatório ao adicional de insalubridade deferido, devendo ser afastada a via reflexiva.

Aqui, mais uma vez, improcede pedido de reforma.

É claro que o adicional de insalubridade, devido por força do reconhecimento do labor em condições especiais, passa a integrar o salário para todos os efeitos, a teor do art. 457, § 1º da CLT.

Julgado que se conserva.

HONORÁRIOS PERICIAIS

Pede a recorrente a absolvição no pagamento dos honorários periciais, inclusive restituição do quanto já depositado previamente nos autos.

Considero superada a questão em apreço, ante o princípio da sucumbência e em face do já decidido nos tópicos anteriores.

Rejeitado.

ESTABILIDADE DECENAL

Revolta-se a reclamada contra a decreto primário, arguindo, mais uma vez, que o direito em apreço, concedido ao obreiro sob forma de indenização capitulada no art. 478 da CLT, não pode subsistir em face da ausência de unicidade contratual.

Também em observância ao quanto já decidido nesta peça, em tópico anterior, considero a insurgência já respondida.

Recurso negado.

CONTRIBUIÇÕES CONFEDERATIVAS

Com relação aos descontos a título de contribuição confederativa, igualmente não há o que se reformar.

O pagamento da contribuição confederativa não pode ser imposto, indiscriminadamente, a todos os empregados, como se fosse um tributo. Isto seria ferir a liberdade de associação e sindicalização consignada pela Lei Maior (inciso XX, do art. 5º e inciso V, do art. 8º), a teor do Precedente Normativo 119, da SDC do C. TST.

Assim, correta a decisão que pontuou que a cobrança de tais contribuições só pode ser exigida em relação aos empregados sindicalizados, o que não é o caso dos autos.

Mantido.

RECURSO DO RECLAMANTE

ACRÉSCIMO DE 1/3 SOBRE AS FÉRIAS NO PERÍODO ANTERIOR À CF/88

Devolve a matéria supra capitulada a este Regional o reclamante, pugnando por reforma. Aduz que o cálculo das férias deve considerar o período da sua concessão, e não da sua aquisição.

Com razão o obreiro.

De fato, o acréscimo do terço constitucional (CF. 7º, XVII) deve incidir sobre a indenização de férias não gozadas no tempo oportuno, ainda que o período aquisitivo seja anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, pois, segundo se extrai da redação do artigo 142 da CLT e do Enunciado 7 do C. TST, o cálculo da remuneração das férias deve ser efetuado com base no valor do salário e nas regras vigentes à época da concessão ou do efetivo pagamento, não da aquisição desse direito.

Reforma acatada.

JORNADA DE TRABALHO

Argumenta o recorrente que a jornada reconhecida pela r. sentença hostilizada não atende coerência com a prova carreada aos autos.

De acordo com o que se pôde verificar no conjunto probatório carreado aos autos, o reclamante desempenhou jornadas laborais que foram fixadas, pela média (foram 32 anos de serviço, ao todo!) como sendo nas entressafras, das 7h00 às 17h00, de segunda a sábado, com uma hora intervalar e labor em dois domingos, para plantio, e, nas safras, das 17h00 às 7h00, de segunda a sábado, com intervalo reduzido de 15 minutos e labor em três domingos e três feriados. E isto no período em que não houve marcação de ponto, qual seja, da admissão até 31 de dezembro de 1968.

Apenas um retoque merece o julgado ora sob censura. *Ab initio*, cumpre-me pontuar que comungo do entendimento esposado às fls. 793, de que os depoimentos produzidos em Juízo não podem produzir efeitos isolados. O conjunto probatório é um e assim deve ser analisado em seu todo. Quanto às jornadas fixadas, acho plausível mantê-las, inclusive no que toca aos feriados, porque coerente com a prova e a realidade dos fatos. Apenas reformo quanto aos domingos, deferidos, primeiramente, na base de três durante toda a safra. A testemunha da empresa informou ao Juízo a ocorrência de labor em um domingo por mês, em média, e aquela trazida pelo reclamante asseverou que trabalhavam dois a três deles, nesse período sazonal que deve ser considerado como sendo de maio a meados de dezembro. Assim, considero justo fixar-se que o reclamante trabalhasse dois domingos ao mês, na safra, das 7h00 às 13h00. No mais, resta mantido.

Reforma parcialmente aceita.

HORAS EXTRAS DAS SAFRAS

Aduz o obreiro que deve ser considerada a condição mais benéfica implementada pela recorrida, já que remunerava nas safras horas extras acrescidas de adicional convencional, em detrimento ao que se fixou em sentença quanto ao pagamento somente do adicional delas.

Vejam os.

Com efeito, conforme se pode verificar a partir de fls. 222, os documentos nos dão conta que a remuneração do trabalhador, também nas safras, se dava à razão de horas de labor, acrescidas do adicional pertinente, ao contrário do que se vê nos primeiros anos de trabalho, quando o contrato de trabalho firmado entre as partes informava remuneração por tonelada de cana cortada. Por oportuno, veja-se a própria ficha de registro de empregado, de fls. 217, assinada em maio de 1986, que nos informa o ganho por "hora normal".

Pertinente, pois, a reforma, a fim de se determinar a paga das horas extras prestadas também nas safras, e não somente do seu adicional legal, já que não auferia por produção.

Provido.

ADICIONAL E REFLEXOS DOS INTERVALOS

Pede o reclamante a paga do adicional referente às horas de intervalo para alimentação e repouso não usufruídas, assim como seus reflexos, dada a sua natureza salarial.

Quanto ao adicional, havendo norma coletiva que estipule valor mais benéfico que aquele habitual de 50% há que ser considerado. Se não, é o que já consignado na r. decisão originária.

No que pertine à natureza jurídica da verba em comento, necessário ressaltar meu entendimento pessoal acerca da matéria.

Não há como negar o direito do reclamante ao recebimento dos reflexos dos intervalos para refeição não usufruídos, pois o tempo trabalhado dentro do período reservado às refeições e descanso tem o caráter de horas extras trabalhadas, já que o empregado fica à disposição do empregador em horário em que deveria estar livre para se alimentar e descansar. Além disso, a forma de cálculo do pagamento destas horas, inseridas no parágrafo 4º do art. 71 da CLT, é idêntica ao daquela utilizada para a remuneração das horas extras. Como se isto não bastasse, a alegação de que neste caso caberia indenização pelo empregador diante do descumprimento de uma obrigação de fazer, não procede, uma vez que, por exemplo, o art. 66 da CLT, que consta na mesma Seção III, dos Períodos de Descanso, do Capítulo II, da Duração do Trabalho, também, encerra uma obrigação de fazer e, no entanto, quando violada, enseja o pagamento de horas extras com seus respectivos reflexos.

Entretanto, tendo em vista o entendimento desta 6ª Câmara e como membro integrante dela, curvo-me à tese de que o descumprimento do intervalo intrajornada implica no pagamento de indenização, sem gerar direito aos reflexos postulados.

Nada a modificar.

DIFERENÇAS DE HORAS NORMAIS

Pretende aqui o postulante que seja revisto também o decreto de origem, argumentando que há sim que se falar em pagamento de diferenças, tendo em vista que as horas laboradas foram pagas em desacerto. Aduz que logrou comprovar, por amostragem, quando da réplica, às fls. 429, tais diferenças.

Pois bem.

É certo que o autor demonstrou nos autos diferenças que entende devidas a título de horas extras, conforme se depreende de fls. 429 e seguintes. É certo, também, que dali o autor não considerou a hora intervalar fixada na condenação. Tal demonstrativo, pois, não reflete a estória dos autos não estando apto a embasar o pedido obreiro.

Por outro lado, denota-se que, ainda assim, restam diferenças a serem quitadas e, por certo, este não é o momento apropriado para se auferir, a rigor, tais diferenças. Deve ser fruto de trabalho a ser desenvolvido em liquidação de sentença, talvez até por meio de prova pericial, dada a peculiaridade da presente demanda.

Assim, concedo ao obreiro o pleito em apreço, desprezando, contudo, o demonstrativo mencionado e determinando que se apure, acertadamente, na ocasião liquidatória as horas extras pagas a menor. Em face do deferimento calcar-se em diferenças, por óbvio se fará consideração exata do quanto já foi pago nos autos; o procedimento não exprime qualquer prejuízo à empresa.

Recurso considerado.

TEMPO RESIDUAL

Pugna o reclamante pela reforma do julgado, a fim de que seja aplicado o preceituado pela Orientação Jurisprudencial nº 23, da SDI-1 do TST, no que tange aos minutos que antecedem e sucedem na marcação da jornada de trabalho.

Razão não lhe assiste.

Não é o caso de considerar-se a tese patronal, a despeito do quanto convencionado em normas coletivas. Nesta esteira, tenho expressado meu entendimento de que é pacífico na doutrina e jurisprudência que a Convenção ou Negociação Coletiva faz lei entre as partes, devendo ser observada para que se alcance os fins nela colimados. *Ad argumentandum tantum*, o princípio da autonomia coletiva tem por objeto a regulamentação normativa das condições de trabalho pelos próprios interessados, assim como sua colaboração na administração do trabalho e na justiça trabalhista. Daí o predomínio dos procedimentos acordados pelas próprias partes para resolver os conflitos que surjam entre elas.⁴

Pontue-se, entretanto, que os instrumentos coletivos devem ser utilizados pelas categorias, objetivando, sempre, **melhores** condições de trabalho (art. 7º, XXVI). Portanto, não se olvida, como já dito alhures, o seu efeito de produzir lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), porém, verificando-se violação a direito individual, compete ao Judiciário eventual reparação (art. 5º, XXXV, Constituição Federal).

No caso que se nos chega, porém, não há que se falar em estrita obediência aos termos da Orientação Jurisprudencial nº 23 do C. TST, já que o autor, recebendo pelas horas *in itinere*, de fato já estava remunerado neste período. Deferir-se o quanto almejado, resultaria num *bis in idem*, que deve ser rechaçado.

Improvido.

4. *in* Princípios de Direito do Trabalho, Américo Plá Rodrigues, Editora LTr, 1996, pág. 26.

HORAS DE PERCURSO

O autor pede o elastecimento da condenação da verba em comento. Entende que restou comprovado o gasto de duas horas diárias em percurso de casa para o trabalho.

Nada mais resta a analisar neste item, em face do quanto já decidido supra, quando da análise do recurso da reclamada.

Recuso.

DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS

Pretende o reclamante ser ressarcido dos descontos efetuados pela reclamada a título de transporte e despesas médicas. Argumenta, para tanto, a ausência de autorização.

O *decisum* indeferiu os pleitos, argumentando que, a benesse possibilitou que o autor, por quantia mínima, chegasse ao seu local de trabalho, mesmo porque em nenhum momento nega a utilização do transporte oferecido. Quanto às despesas médicas, aduziu que não foram fruto de qualquer arbitrariedade, já que autorizados pelo obreiro às fls. 75/76.

O decidido quanto às despesas médicas deve prevalecer, em face das autorizações outorgadas pelo reclamante às fls. 75/76, que merecem fé, já que contra elas nenhuma prova produziu o trabalhador que as invalidasse por ocorrência de erro, dolo ou coação. Apenas *ad argumentandum*, não se compreende o que o autor quer dizer como ausência de autorização "expressa", referida às fls. 830, sob grifo.

No que pertine aos descontos efetuados pelo transporte que era utilizado, não se denota dos autos autorização hábil por parte do trabalhador, sendo, pois, ilegítimo. Não é o caso de se auferir a utilização do serviço; é caso de se perquirir do trabalhador se efetivamente tinha interesse em tal serviço, sabendo-se que seria descontado. Para tanto, necessária a sua autorização expressa, a teor do Enunciado 342 do C. TST.

Não há que se falar em retenção de 6%, importe que seria devido por força de lei, visto que ainda assim necessária dita autorização.

Devida, pois, a devolução dos valores retidos por este título.

RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Revolta-se o reclamante contra o julgado original, entendendo que os cálculos respectivos das contribuições previdenciárias e fiscais deve ser feito mês a mês, sob pena de prejuízo ao reclamante e benefício à reclamada que, na época oportuna, se tornou inadimplente.

Razão não lhe socorre.

É pacífico que as questões previdenciárias e fiscais têm sua resolução em época própria, uma vez que reguladas por leis que não retroagem ao tempo do devido recolhimento original (regime de competência), mas por dispositivos legais em vigor por ocasião do efetivo pagamento dos tributos (regime de caixa).

A responsabilidade da reclamada vai limitar-se ao efetivo adimplemento de todas as verbas constantes da condenação, assim como ao devido recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, que serão deduzidas do próprio montante da condenação, como é feito, mensalmente, da remuneração de todos os trabalhadores. A situação não é diferente apenas porque há reconhecimento posterior dos direitos trabalhistas (ou correção no pagamento deles) através de sentença judicial.

No esteio, não cabe discutir se o autor sofria ou deveria ter sofrido recolhimento mensal de IRRF, tendo-se em vista que o regime de caixa é que regula tais retenções.

Aplicação da Lei n.º 8.541/91, assim como do Provimento n.º 02, de 18.08.93 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho.

Nada a revisar.

VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA

Nada a ser modificado no r. julgado de origem. Não preenchidos os requisitos da Lei 5.584/70, indevidos os honorários advocatícios, a teor do Enunciado nº 329 do C. TST.

Diante do exposto, decido **conhecer** dos recursos interpostos, **rejeitar** a preliminar de nulidade argüida pela reclamada e, no mérito, **dar** parcial provimento a ambos os recursos para, em face do recurso da reclamada, **determinar** a consideração dos acordos coletivos de trabalho, quanto à compensação de horas de trabalho, a partir de maio de 1998 e quanto ao apelo do trabalhador, **conceder**: **1-** a paga relativa ao terço constitucional de férias, anteriormente a 1988, **2-** o pagamento de dois domingos por mês, nas safras, **3-** o pagamento de horas extras mais o adicional também nas safras, **4-** diferenças de horas normais e **5-** devolução de descontos a título de transporte, **mantendo**, no mais, a sentença proferida, tudo nos termos da fundamentação.

Rearbitra-se à condenação, para os efeitos da Instrução Normativa 03/93, II, "c" do C. Tribunal Superior do Trabalho, o valor de R\$ 14.000,00, sendo as custas pela reclamada, no importe de R\$ 280,00.

Juíza ANA MARIA DE VASCONCELLOS

Relatora

PROCESSO TRT15-RO-01001-1999-007-15-00-8 (RO-02136-2002)

Relatora: Juíza LUCIANE STOREL DA SILVA
Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
Recorrido: SOMA - SERVIÇO DE ORIENTAÇÃO DE MENORES DE AMERICANA
Publicação: 08.08.2002

Ementa: **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.**
O Brasil, gradativamente, vem enquadrando-se na política internacional de proteção dos direitos humanos, inclusive dos direitos das crianças e adolescentes, tendo, para tanto, ratificado a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24.09.90. Na esteira da tendência dos debates internacionais, o Brasil fez incluir importantes dispositivos na Constituição Federal de 1988, dentre os quais os arts. 203, 227 e 228. Ainda, foram promulgados o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 10097/2000. Todo esse arcabouço jurídico enfatiza a concepção de que crianças e adolescentes devem ter resguardados a primazia na prestação de socorros, a precedência de atendimento nos serviços públicos, preferência na formulação e execução de políticas sociais e, por derradeiro, privilégio da destinação de recursos públicos para a proteção infanto-juvenil. O estímulo à aprendizagem, em termos de formação técnico-profissional, subordina-se à garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular por parte do adolescente. De conseqüência, proliferam entidades, ainda que com boas intenções, espalhando o trabalho infantil e realizando verdadeira intermediação de mão de obra, sob os auspícios de realizarem atividades filantrópica e social, reduzindo a incidência de menores de rua e de marginalidade infantil, encaminhando-os ao mercado de trabalho, sem qualquer proteção e cumprimento desse arcabouço jurídico. O trabalho educativo é *aquela em que a dimensão produtiva está subordinada à dimensão formativa*. Distingue-se do trabalho *stricto sensu*, subordinado, por não restar configurada, precipuamente, a sua finalidade econômica e, sim, uma atividade laborativa, que se insira no contexto pedagógico, voltada mais ao desenvolvimento pessoal e social do educando. Não encontradas essas características, a entidade está descumprindo os ditames legais, devendo abster-se dessas práticas, pelo que tem pertinência a Ação Civil Pública.

Da R.Sentença de fls. 454/460, cujo relatório adoto, que julgou **improcedente** o pedido, recorre o Requerente, tempestivamente (fls. 484/508), pretendendo a reforma da julgado, a fim de que a Requerida deixe de intermediar trabalho de adolescentes, abstendo-se de encaminhar menores de 16 anos, de despedir menores grávidas, e proceder descontos nos salários, bem como seja excluída da condenação custas processuais.

Fls. 513 - Contra-razões pela Requerida, argüindo, preliminarmente, intempestividade do recurso, ilegitimidade ativa do Ministério Público, deserção do recurso pelo não recolhimento das custas processuais e a inépcia da inicial.

Fls. 524/526 - Opina o Ministério Público do Trabalho, por parecer, pela reautuação dos autos, visto a inexistência de Remessa Oficial, pelo conhecimento e provimento do apelo.

Representação processual regular.

Alçada permissível.

VOTO

Em contra-razões, a Requerida alega, preliminarmente, a intempestividade do recurso ordinário, aduzindo que a intimação ocorrera com a publicação no Diário Oficial, sendo inadmissível a data aposta pelo MP, quando do recebimento de autos, através de remessa (20.07.01).

Nos termos previstos pela Lei Complementar 75/93, art. 18, "h", é prerrogativa processual dos membros do Ministério Público a intimação pessoal. Outrossim, a Consolidação das Normas da Corregedoria deste Regional prevê a intimação do Ministério Público mediante a remessa dos autos àquele órgão, o que se dera em 13.07.01.

Insta-se salientar, a despeito das razões veiculadas pela Requerida, que a remessa dos autos se dera da cidade de Americana para a cidade de Campinas, cujo serviço de malote se verifica, somente, uma vez por semana. Portanto, plenamente plausível o prazo transcorrido entre a remessa e o recebimento dos presentes autos pela Procuradoria, não havendo que se falar em intempestividade na interposição.

Invoca, ainda, a Requerida deserção recursal, diante da ausência do recolhimento de custas processuais.

Em que pese a condenação pela R.Sentença, o art. 18 da Lei 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, expressamente prevê a impossibilidade de tal condenação à Autora, salvo comprovada má-fé.

Assim, incabível a exigência do pagamento de custas processuais por parte do Requerente, como pressuposto de admissibilidade do presente recurso, afastando-se a deserção.

Estabelecidas essas premissas, conheço o recurso interposto, eis que preenchidas as exigências legais.

Argui a Requerida a **ilegitimidade ativa do Ministério Público e inépcia**, matérias essas não abordadas em defesa (fls. 224 e segs.).

Embora as condições da ação se constituam matéria de ordem pública, repita-se, a matéria fora ventilada pela Requerida, somente, em sede de contra-razões. É cediço que o efeito devolutivo dos recursos devolve ao *ad quem* a totalidade das questões postas em Juízo, inclusive as não analisadas pela Instância inferior, mas discutidas pelas partes. Assim, se a Requerida opõe duas defesas ao pedido, mas o Juiz acolhe somente uma delas, o recurso devolverá à Instância Superior o conhecimento de ambas as defesas, podendo manter a improcedência, por exemplo, pelo outro fundamento.

O que não pode ocorrer é a dilação defensiva, através das contra-razões.

Não conheço, pois, das preliminares de ilegitimidade de parte e inépcia da inicial, argüidas pela Requerida.

No mérito, temos questão de alta indagação, tratada internacionalmente, consistente na tutela e proteção ao menor.

Destacamos que a legislação tutelar do menor remonta ao Século XVIII e encontra sua origem nos países industrializados, onde se buscou vedar seu trabalho em locais perigosos, insalubres, diminuir a jornada de trabalho, dentre outras normas protetivas.

As Nações Unidas, através da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, ratificada pelo Brasil, demonstrara a preocupação com a preservação, em especial, dos direitos das crianças, em decorrência de sua imaturidade física e mental, anteriormente, objeto de deliberação na Declaração dos Direitos da Criança, em Genebra, de 1924, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança, estabelecendo princípios, dentre os quais:

A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde; para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito a alimentação, recreação e assistência médica adequadas.

Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material, salvo circunstâncias excepcionais, a criança da tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e aquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário.

Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.

A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.

A criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração.

Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma.

Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1934, vislumbrou-se maior preocupação com o menor, estabelecendo-lhe limites para admissão ao trabalho.

A Constituição Federal de 1988, pródiga no que tange aos temas sociais, mas atual nas questões internacionalmente debatidas, sobretudo no que tange aos direitos humanos, trata a questão da criança com respaldo sem precedentes, adotando a teoria da proteção integral. Vários dispositivos destacam o compromisso do Estado com os direitos da criança e do adolescente, principalmente, o art. 227, ao dispor que **"...o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não-governamentais..."**.

Assistência esta reafirmada no artigo 203, ao prever a sua prestação a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, com ênfase no amparo às crianças e adolescentes carentes.

Na mesma linha, como a educação constitui um ponto nodal de toda e qualquer política infanto-juvenil, a Constituição Federal detalha, no artigo 228, os deveres próprios do Estado:

"I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

III - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde."

Para integrar esse arcabouço jurídico, a Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.89, adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 24.09.90, em cujo artigo 28 os Estados-partes se comprometem:

“... ”

- a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos;
- b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
- c) ...
- d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- e) ...”

Também, no art. 32, o Brasil se comprometeu:

“Artigo 32 - 1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou seja nocivo para saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

2. Os Estados-partes adotarão medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais com vistas a assegurar a aplicação do presente artigo. Com tal propósito, e levando em consideração as disposições pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados-partes deverão, em particular:

- a) estabelecer uma idade ou idades mínimas para a admissão em empregos;
- b) estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego;
- c) estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo do presente artigo.”

Na esteira do texto Constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, promulgado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, regula muitas das conquistas consubstanciadas pela Carta Magna em favor da infância e da juventude. O Estatuto introduz inovações importantes no tratamento dessa questão, sintetizando mudanças, deslocando a tendência assistencialista prevaente em programas destinados ao público infanto-juvenil para o âmbito sócio-educativo, de cunho emancipatório.

Além disso, no campo do atendimento a crianças e adolescentes em condição de risco pessoal e social, o Estatuto rejeita as práticas subjetivas e discricionárias do direito tutelar tradicional e introduz salvaguardas jurídicas, de forma a conferir à criança e ao adolescente a condição de sujeito de direitos, frente ao sistema administrador da justiça para a infância e juventude.

Institucionalmente, o ECA criou os Conselhos Tutelares (art. 131), com o intuito de garantir a aplicação eficaz das propostas estatutárias. Órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, são encarregados pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes. Sempre que esses direitos forem violados, por ação ou omissão do Estado ou da sociedade, caberá aos ditos Conselhos Tutelares adotar medidas de proteção cabíveis, interpondo, quando necessário, representação junto à autoridade judiciária.

Além de constituir um marco legal inédito sobre a temática em apreço, o ECA buscou assegurar às crianças e aos adolescentes o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Permeia, ainda, o Estatuto, a concepção de que crianças e adolescentes devem ter resguardados a primazia na prestação de socorros, a precedência de atendimento nos serviços públicos, preferência na formulação e execução de políticas sociais e, por derradeiro, privilégio da destinação de recursos públicos para a proteção infanto-juvenil. Essas prioridades reiteram os preceitos constitucionalmente previstos.

Nessa esteira, o ECA, também, regula o direito à profissionalização e proteção ao trabalho.

O estímulo à aprendizagem, em termos de formação técnico-profissional, subordina-se à garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular por parte do adolescente. Nessa esteira, voltada para a regulamentação do instituto do trabalho educativo previsto no ECA e destinado ao adolescente entre 14 e 18 anos, de modo a conciliar atividades educativas com a inserção desse grupo no mercado de trabalho, foi promulgada a Lei nº 10097/2000.

E, ainda, a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), promulgada em 7 de dezembro de 1993 (Lei nº 8.742), que regulamenta os artigos 203 e 204 da Constituição, estabelece o sistema de proteção social para os grupos mais vulneráveis da população, por meio de benefícios, serviços, programas e projetos.

Em seu art. 2º, estabelece que a assistência social tem por objetivos, dentre outros: I) a proteção à família, à infância e à adolescência; II) o amparo às crianças e adolescentes carentes.

Integrado ao combate de erradicar o trabalho infantil, o Governo brasileiro tem participado, de forma intensa, de conferências internacionais, que abordam a temática sobre as mais diversas perspectivas. O Ministério do Trabalho esteve presente na Conferência de Amsterdã (fevereiro 1997), na qual se discutiu com mais de 30 países, representantes de empregadores e empregados e organizações não-governamentais, medidas de combate às mais intoleráveis formas de trabalho infantil. Embora o trabalho infantil seja um dado nacional, em alguns ramos de atividades assume uma dimensão internacional. Nessa linha, a Conferência foi um marco fundamental para fortalecer a cooperação internacional e regional em torno da temática.

Por ocasião da Primeira Reunião Ibero-americana Tripartite de Nível Ministerial sobre Erradicação do Trabalho Infantil (Cartagena das Índias, maio de 1997), o Governo brasileiro, representado pelo Ministério do Trabalho, assinou a Declaração de Cartagena, que reitera o compromisso dos países signatários de reconhecer os direitos da infância como fundamentos dos direitos humanos. Para implementar as políticas, todos concordaram a se empenhar em: I) promover o crescimento econômico, que resulte na mitigação da pobreza; II) redobrar os esforços para erradicar o trabalho infantil, através de estratégias que agreguem e comprometam os diversos atores sociais; III) criar comitês nacionais, para desenhar e implementar um Plano Nacional de Ação para Erradicação do Trabalho Infantil; IV) estabelecer um acompanhamento sistemático desses comitês, bem como um sistema regional de informações.

A preocupação do governo brasileiro se encontra lastreada em dados estatísticos a demonstrar mais de 3 milhões de crianças e adolescentes menores de 16 anos (Anuário Estatístico do IBGE) trabalhando durante o dia para garantir o sustento próprio e da família, ao invés de participar de atividades de socialização, brincadeiras e de ter tempo para o estudo. Trabalham nas mais diversas atividades em prejuízo de sua educação e desenvolvimento físico e psicológico.

O trabalho infantil é um fenômeno complexo, principalmente, quando consideradas as contingências culturais, econômicas e sociais predominantes atualmente em nosso país.

A idéia prevalecente, no âmbito de nossa sociedade, consiste em manter o menor inserido no mercado de trabalho, como forma de contribuir para o aumento da renda familiar e evitar seu ingresso na marginalidade.

De forma alguma, fomentam-se idéias no sentido de uma ação social, que possibilite a essa família uma renda mínima adequada, excetuando-se o atual programa bolsa-escola, e permita manter seus filhos na escola, de modo que nos afigura cada vez mais natural a situação do menor trabalhando.

De conseqüência, proliferam entidades, mesmo com a melhor das intenções, como a Requerida, propalando o trabalho infantil, realizando verdadeira intermediação de mão de obra, sob os auspícios de realizarem atividades filantrópica e social, reduzindo a incidência de menores de rua e de marginalidade infantil, encaminhando-os ao mercado de trabalho.

Entretanto, verifica-se, quando de eventual fiscalização, como no caso dos autos, que os preceitos constantes do art. 68, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em hipótese alguma, encontram-se observados.

O trabalho educativo, no dizer de Oris de Oliveira, é *aquela em que a dimensão produtiva está subordinada à dimensão formativa*. Distingue-se do trabalho *stricto sensu*, por não restar configurada, precipuamente, a sua finalidade econômica e, sim, uma atividade laborativa, que se insira no contexto pedagógico, voltada ao desenvolvimento pessoal e social do educando.

Nessa linha, a Recomendação 117 da OIT, sobre a formação profissional, estabelece: *A preparação pré-profissional deverá proporcionar aos jovens que ainda não tenham uma atividade profissional, uma iniciação a uma variedade de tipos de trabalho, nunca, porém, em detrimento da educação geral, nem como substituto da primeira fase de formação profissional.*

A jornada completa de oito horas diárias de trabalho é incompatível com o processo de escolarização, que é um direito Constitucionalmente assegurado às crianças e adolescentes, além de ser prejudicial ao seu desenvolvimento cognitivo, afetivo e motor. A aprendizagem profissional não deve substituir a escolarização de primeiro grau, que, inclusive, forma trabalhadores mais aptos a se inserirem no mercado formal de trabalho.

No caso em tela, foram constatadas e verificadas pelo Conselho Tutelar de Americana a inobservância do estatuído pela Lei nº 8069/90, no tocante ao trabalho do menor e trabalho educativo, tais como o labor em jornada de 7:30 horas, sem qualquer vínculo empregatício com as chamadas conveniadas, ou, em verdade, tomadoras, inexistência de complementação ou reforço escolar ou de um programa adequado de preparação e capacitação dos menores, condições de higiene deficitária, o desligamento do programa, quando da gravidez das adolescentes ou quando em idade de alistamento militar, ausência de qualquer contato com a família do adolescente, conforme constante do item "c" do Capítulo I, do seu Estatuto, e, ainda, imposição de multas e penalidades vexatórias aos adolescentes.

Instaurado o Inquérito Civil Público, não se logrou êxito em firmar um termo de ajuste de conduta (fls. 161/164), recusando-se a Requerida-SOMA a providenciar regularização da situação trabalhista e previdenciária dos menores.

Aliás, extrai-se da cópia de Ata de Reunião (fls. 289/291), a relutância da Requerida em reconhecer a necessidade de adequação da instituição aos preceitos do ECA.

Os elementos constantes dos autos demonstram que o labor dos menores ocorria, em verdade, na forma de autêntica relação empregatícia subordinada, nada se vislumbrando acerca dos elementos caracterizadores do trabalho educativo alegado pela Requerida.

Somente a jornada a que se submetem os menores, já impossibilita sua frequência em qualquer outra atividade de cunho educativo ou de capacitação profissional, cujo fornecimento é inerente ao conceito de trabalho educativo.

Demais disso, o labor desses adolescentes se encontra à margem, ante os termos dos convênios estipulados pela Requerida e empresas conveniadas, de qualquer legislação trabalhista, seja na modalidade de aprendizagem ou mesmo na modalidade de estágio profissionalizante.

A situação dos menores, indubitavelmente, é de total desproteção legal, no tangente ao trabalho desempenhado, ao arrepio do Direito Internacional, dispositivos Constitucionais, infra-constitucionais previdenciários e Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, as assertivas da Requerida, quanto a promover um atividade de cunho social, encaminhando menores ao trabalho, recolhendo-os da rua e, mesmo no sentido de possuir um programa educacional, não podem prevalecer.

Outrossim, o argumento sórdido de, diante da realidade social do país, a forma de encaminhamento praticada é preferível à marginalidade, não obstante se revista de forte apelo emocional, não se sustenta juridicamente, sob pena de o Judiciário compactuar com um continuísmo desregrado e desgarrado dos compromissos internacionalmente firmados pelo nosso País.

Destarte, impõe-se o provimento do recurso interposto, devendo, sim, a Requerida se abster de intermediar o trabalho de adolescentes e com idade inferior a 16 anos ao trabalho, salvo na condição de aprendiz, de desligar adolescentes grávidas, de descontar da remuneração dos adolescentes quantias destinadas a uniforme, salvo autorização legal, de reter salários, para compelir os adolescentes a apresentarem atestado escolar.

Isto posto, decido conhecer o recurso interposto, para **lhedar provimento** e julgar procedente em parte a Ação Civil Pública, determinando à Requerida que se abstenha de intermediar trabalho subordinado de adolescentes em empresas, inclusive com idade inferior a 16 anos, salvo na condição de aprendiz, sem que lhes assegure todos os direitos trabalhistas e previdenciários, inclusive registro em CTPS, e sem a efetiva formação profissional acompanhada pela entidade-Ré, através de profissionais especializados, abstenha-se, também, de desligar adolescentes grávidas, abstenha-se de efetivar descontos nos salários dos adolescentes, especialmente a título de uniformes, salvo autorização legal, abstenha-se de reter salários, sob a condição de ser apresentado atestado escolar, sob pena de ser cominada multa diária, nos termos da Lei nº 7347/85, ora arbitrada em R\$ 20,00 por adolescente em situação irregular, reversível ao FAT(Lei nº 7998/90), devendo ser oficiado o Ministério do Trabalho, para fiscalização do cumprimento da presente. Custas a cargo da Requerida, calculadas sobre o valor ora arbitrado em R\$ 10.000,00, no importe de R\$ 200,00.

Juíza LUCIANE STOREL DA SILVA
Relatora

PROCESSO TRT05-RO-00037-2001-651-05-00-1 - AC. 15.478/04 - 5ª TURMA

Redatora: Juíza DALILA ANDRADE
Recorrentes: AFO COMERCIAL DE COSMETICOS LTDA
CONAR - DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA
Recorrido: LAÉCIO LARANJEIRA FERNANDES
Publicação: Diário Oficial do TRT da 5ª Região, de 16.07.2004

Ementa: **INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. CHAMAMENTO AO PROCESSO DO DEVEDOR SOLIDÁRIO NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO JURISDICIONAL DE OFÍCIO.** Embora, em princípio, seja possível, no âmbito do processo trabalhista, o instituto do chamamento ao processo de “todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente a dívida”, na esteira do que dispõe o inciso III, do art. 77, do CPC., não pode o magistrado de primeiro grau atuar de ofício, determinando a inclusão, no pólo passivo da ação, daquele que não foi demandado, tanto mais porque, não se tratando de litisconsórcio formado desde a propositura da ação, veda-lhe o intento a regra do art. 78, do CPC, que dispõe que o chamamento ao processo do devedor solidário cabe ao réu.

AFO COMERCIAL DE COSMETICOS LTDA E CONAR - DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA, nos Autos de nº **00037-2001-651-05-00-1 RO** em que litigam contra **LAÉCIO LARANJEIRA FERNANDES**, inconformadas com a r. sentença de fls. 749/758, que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** a reclamação, interpõem, dentro do prazo legal, **RECURSO ORDINÁRIO**, pelos motivos expendidos às fls. 772/797 e 800/826, respectivamente. Contra-razões às fls. 831/834 e 835/838. Levado o feito a julgamento, esta e. 5ª Turma não conheceu do apelo por intempestividade (fls. 845/846), decisão que, contudo, foi reformada, por força do julgamento dos Embargos de Declaração interpostos pelas reclamadas. Verificando, no entanto, que tal decisão jamais foi publicada, conforme denunciado às fls. 886/893, a Turma declarou a nulidade do processo, conforme acórdão de fls. 903/904. Foi, então, o presente feito reincluído em pauta de julgamento (fl. 916 v). A d. Procuradoria opinou à fl. 841. Tive vista dos autos como Juíza Revisora, e, prevalecendo voto de minha lavra, fui designada Redatora do presente acórdão.

É o Relatório.

VOTO

RECURSO DA SEGUNDA RECLAMADA - AFO COMERCIAL DE COSMÉTICOS LTDA
JULGAMENTO EXTRA PETITA

A recorrente insurge-se - com inteira razão - contra a sua inclusão no pólo passivo desta demanda por ato do n. juiz de primeiro grau.

Com efeito. A presente reclamação trabalhista foi ajuizada, exclusivamente, contra a primeira reclamada, CONAR DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA.

Ocorre que o n. juiz de primeiro grau, depois de apresentada a defesa, e, inclusive, a ouvida das partes, determinou, **de ofício**, a sua inclusão, no pólo passivo da reclamação, conforme facilmente se verifica do despacho por ele exarado à fl. 683.

Ora, sem embargo de reconhecer que é possível, sim, no âmbito do processo trabalhista, o instituto do chamamento ao processo de “*todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente a dívida*”, na esteira do que dispõe o inciso III, do art. 77, do CPC, penso que, no caso dos autos, o e. juiz de piso não atentou, *data venia*, para o devido processo legal.

A uma porque atuou de ofício, quando a regra do art. 78, do mesmo Código, deixa claro que o chamamento ao processo do devedor solidário cabe ao réu. A duas porque havia passado, de há muito, o momento processual oportuno para fazê-lo. Afinal, conforme dispõe o mesmo preceptivo, o pedido há de ser realizado dentro do prazo de defesa.

E, no caso dos autos, é patente e extreme de dúvida que o n. magistrado *a quo* decidiu incluir a recorrente no pólo passivo não somente depois de apresentada a contestação da **empresa demandada**, Conar Distribuidora de Cosméticos, mas em pleno **curso da dilação probatória**.

Vejam-se, a propósito, os atos processuais praticados a partir da manifestação do reclamante sobre os documentos da defesa, fls. 309/311 - em que este tenta induzir o juiz a erro, alegando que as recorrentes seriam uma única empresa; diligência ordenada pelo juiz junto à Juceb (fls. 664/678), manifestação das partes sobre tais documentos, e, por fim, ouvida do reclamante e representante da reclamada (fls. 681/683).

Assim, o ato do i. juiz violou, sem sombra de dúvida, o art. 264, do CPC, pois não lhe era dado, muito menos *ex-officio*, alterar as partes após a citação, sem a anuência da reclamada.

Note-se, a propósito, que, em face desse ato judicial, a ora recorrente impetrou Mandado de Segurança, que me coube relatar (Proc. nº 80.04.01.0347-73). Ali, acoimou de ilegal a mencionada ordem, e pugnou pela concessão da segurança com vistas a determinar a imediata suspensão da audiência designada, na qual deveria apresentar contestação.

A petição inicial do *writ* foi, no entanto, liminarmente indeferida, uma vez que, conforme art. 5º, inciso II da Lei nº 1.533/51, tratando-se de remédio jurídico excepcional, somente era cabível se não houvesse, contra o ato impugnado, recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado por via de correição. E, no caso em comento, cheguei a afirmar que *“se o ato que determinou a inclusão da impetrante, no pólo passivo da lide, foi tumultuário, dispunha ela de reclamação correicional, nos termos do que estabelece o art. 189 do Regimento Interno desta Corte”* (fls. 694/695), deixando claro, assim, que o ato não desafiava mandado de segurança. Não se louvou, na oportunidade, da referida medida correicional, mas lançou, a tempo e modo, argüição de nulidade do processo, aqui renovada, ainda que de modo enviesado, e que ora se acolhe.

De outra banda, a circunstância sobre integrar ou não a recorrente o mesmo grupo econômico da segunda reclamada, e, por conseguinte, ser com ela solidariamente responsável, não pode, em absoluto, ser discutida nesta ação, apenas incidentalmente, sem força de coisa julgada. Precisamente porque - repita-se - se não participou da lide, válida e eficazmente, não pode sofrer os efeitos da sentença condenatória.

O n. juiz atuou, sem dúvida, *extra petita*, porque não se encontrava, nos limites da lide, a inclusão da segunda reclamada no pólo passivo da reclamação, ainda que na qualidade de responsável solidária, porque integrante do mesmo grupo econômico da reclamada.

De sorte que, impondo-se a sua exclusão da lide, resta **prejudicado** o exame de todas as demais matérias ventiladas em seu recurso, inclusive aquela atinente a prescrição do direito de ação quanto a contrato que - reconhece expressamente - mantiveram até 1998 e em decorrência de passar o recorrido, a partir de 1999, à condição de vendedor autônomo.

São, pois, esses os fundamentos pelos quais **DOU PROVIMENTO** ao recurso da segunda reclamada (AFO Comercial de Cosméticos Ltda) para excluí-la da lide.

RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA (CONAR - DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA)

As questões relacionadas ao chamamento ao processo (e não denúncia à lide) da segunda reclamada, AFO Comercial de Cosméticos Ltda, alegação de sentença *extra petita*, e, bem assim, à existência ou não de grupo econômico entre ambas, têm seu exame prejudicado, em face do quanto decidido no recurso ordinário desta empresa.

Não fora isto, a recorrente não possui legitimidade para defender direito ou interesse alheio.

E, naquilo em que há convergência de posicionamentos, adoto os fundamentos de decidir da n. juíza relatora:

“Provada a prestação de serviço, passa a ser do empregador o ônus da prova de que o contrato tomou forma diversa da modalidade de emprego. Não se desincumbiu o empregador do ônus que lhe competia (art. 818 da CLT). No mais, restam devidos os pleitos em tela (parcelas rescisórias, seguro desemprego, décimo terceiro salário, férias, FGTS e indenização decorrente de PIS) derivados do reconhecimento do vínculo de emprego. Ademais, inquestionável a competência da Justiça do Trabalho para apreciação da matéria referente ao seguro desemprego. O mesmo deve aplicar-se ao PIS, para cominar o empregador a cadastrar o empregado e para condená-lo pelas perdas e danos da omissão. O reclamante cumpre requisitos para a indenização compensatória equivalente. Por fim, o salário para arbitramento das rescisórias deve ser a comissão reconhecida pela própria reclamada (fl 277)”.

NEGO PROVIMENTO ao recurso da primeira reclamada (CONAR - Distribuidora de Cosméticos Ltda).

ACORDAM OS JUÍZES DA 5ª. TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, POR MAIORIA, DAR PROVIMENTO AO RECURSO DA SEGUNDA RECLAMADA (AFO) PARA EXCLUÍ-LA DA LIDE; VENCIDA A EXMª. SRª. JUÍZA RELATORA QUE LHE NEGAVA PROVIMENTO. POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA (CONAR).

Salvador, 29 de junho de 2004
Juíza DALILA ANDRADE
Relatora

PROCESSO TRT05-AP-01777-2003-009-05-00-2 - AC. 12.732/04 - 2ª TURMA

Relatora: Juíza DALILA ANDRADE

Agravantes: AYRTON CARNEIRO DE MENDONÇA
TERESA CRISTINA DE QUEIROS MATTOSO MENDONÇA

Agravado: JOILSON FONSECA DA SILVA

Publicação: Diário Oficial do TRT da 5ª Região, de 08.06.2004.

Ementa: AGRADO DE PETIÇÃO. PENHORA DE BENS DE DIRETOR DE SOCIEDADE ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. Em princípio, apenas a empresa, pessoa jurídica, tem responsabilidade pelos créditos oriundos dos contratos de emprego que celebra, pelo que, sendo distinta a personalidade jurídica dela da de seus membros, não haveriam de ser eles demandados. Mas a figura jurídica da personalidade da empresa dissociada da de seus membros não pode servir de esteio para acobertar ilegalidade e muito menos fraude, razão pela qual venho entendendo que os sócios, acionista controlador ou administrador da sociedade anônima, mesmos que não tenham participado do processo de conhecimento, podem vir a ser responsabilizados na execução pelos débitos da sociedade, desde que concorram, na espécie, as hipóteses previstas em lei.

AYRTON CARNEIRO DE MENDONÇA E TERESA CRISTINA DE QUEIROS MATTOSO MENDONÇA nos autos de nº **01777-2003-009-05-00-2 AP** em que litigam com **JOILSON FONSECA DA SILVA**, inconformados com a sentença de fl.36 que julgou **IMPROCEDENTES** os embargos de terceiro, interpõem o presente **AGRADO DE PETIÇÃO** pelos motivos expendidos às fls.39/47. Custas pagas à fl. 48. Contra-razões às fls. 85/88. A d. Procuradoria opinou à fl. 91. Teve vista dos autos a Exmª Srª Juíza Revisora.

É o relatório.

VOTO

NULIDADE DA CITAÇÃO E PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO

Inicialmente, advogam os agravantes que a citação por edital para pagar ou embargar seria nula porque o endereço da executada não é desconhecido, assim como não se fez acompanhar da sentença e dos cálculos, fato que impossibilitou a empresa de impugnar a conta. Asseveram, também, que a presente execução estaria prescrita.

Sucedem que tais matérias não podem ser discutidas em sede de embargos de terceiro, uma vez que a ação mencionada no art. 1.046 do Código de Processo Civil visa tão-somente livrar da apreensão judicial os bens daqueles que **não** foram parte no processo.

Ocorre que a n. magistrada, utilizando a teoria da despersonalização da pessoa jurídica, incluiu os embargantes no pólo passivo da presente execução, donde se conclui que as matérias atinentes à nulidade da citação e à prescrição deveriam ter sido ventiladas em sede de embargos à execução ou do devedor, à luz das normas contidas nos arts. 884 da CLT e inciso I do art. 741 do CPC e não por intermédio de embargos de terceiros.

PENHORA - DIRETORES DA SOCIEDADE ANÔNIMA - RESPONSABILIDADE - LEI Nº 6.404/76

Insurgem-se, ainda, os agravantes contra a decisão que determinou que a penhora recaísse sobre numerário depositado em suas contas correntes, assinalando que não participaram da relação processual, não constando, pois, do título executivo como devedores, de sorte que não podem ser responsabilizados pelos débitos decorrentes da presente execução, à luz da orientação traçada no Enunciado nº 205 do c. TST.

Obtemperam, também, que, apesar de ocuparem o cargo de diretor, são meros empregados e não sócios ou acionistas da empresa executada.

Não há, é verdade, consenso na doutrina e na jurisprudência sobre se existe, ou não, vínculo de emprego entre o diretor e a sociedade em que presta serviços.

Existem duas grandes correntes a respeito da matéria.

A vertente tradicional proclama que inexistente relação de emprego porque o diretor seria mandatário da sociedade que dirige e representa, razão pela qual não poderia representar e subordinar-se a si mesmo.

Para outros doutrinadores, o diretor seria um órgão da sociedade, de sorte que não poderia ser empregado da pessoa jurídica que faz parte.

A segunda corrente, contudo, sustenta que há relação de emprego entre o diretor e a sociedade, uma vez que o executivo está subordinado ao Conselho de Administração que pode destituí-lo a qualquer tempo.

Penso, no entanto, que não se pode adotar, de forma absoluta, qualquer uma das duas correntes, uma vez que somente será possível dizer se existiu relação de emprego, nos moldes do que estatui o art. 3º da CLT após a análise do caso concreto em que se comprove a existência de subordinação jurídica entre os litigantes.

Pois bem; a certidão de fl. 54 evidencia que os embargantes ocupam o cargo de diretor e que os seus mandatos são por prazo indeterminado.

Com efeito, além de ter havido transgressão à regra do Estatuto da executada (fls. 23/24) e ao inciso III do art. 143 da Lei nº 6.404/76 que estabelece o prazo máximo de 03 anos para o mandato de diretor, o certo é que os agravantes não juntaram, aos autos, a ata da reunião em que foram emitidas as ações, em ordem a provar que eles não eram acionistas da empresa reclamada.

Não ministraram, também, prova de que eram subordinados ao Conselho de Administração, que recebiam salários e não *pro labore* etc, concluindo-se, pois, que eles além de administradores, eram também, acionistas da empresa executada.

Reconheço, de outra banda, que em princípio, apenas a empresa, pessoa jurídica, tem responsabilidade pelos créditos oriundos dos contratos de emprego que celebra, pelo que, sendo distinta a personalidade jurídica dela da de seus membros, não haveriam de ser eles demandados.

Mas a figura jurídica da personalidade da empresa dissociada da de seus membros não pode servir de esteio para acobertar ilegalidade e muito menos fraude, razão pela qual venho entendendo que os sócios ou os administradores da sociedade, mesmos que não tenham participado do processo de conhecimento, podem vir a ser responsabilizados na execução pelos débitos da sociedade, desde que concorram, na espécie, as hipóteses previstas em lei.

A pessoa jurídica, com efeito, é dirigida no mundo dos negócios pelos seus sócios ou administradores e deve estar, necessariamente, vinculada aos interesses sociais.

As sociedades, mesmo legalmente constituídas, não são intocáveis, onipotentes, a ponto de se transformarem em escudos para negócios ilícitos ou irregulares.

Desse modo, sempre que ela for utilizada para fim diverso daquele para o qual fora criada, há de ser aplicada a teoria da despersonalização da pessoa jurídica com a conseqüente responsabilização pessoal dos seus sócios ou administradores por eventuais prejuízos causados à terceiros.

Não foi por outra razão que o atual Código Civil estabeleceu, no art. 50, que "**Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica**" (destacou-se)

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11.09.1990, é, nesse aspecto, expresso e taxativo, e, para não deixar margem a dúvida mínima, trata, em sua Seção V, do Capítulo IV, especificamente, da “*Desconsideração da personalidade jurídica*” e para tanto, em seu Art. 28 decretou: “*O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*”.

Os arts. 117 e 158 da Lei nº 6.404/76, de seu turno, prevêem a possibilidade de o acionista controlador e o administrador responder pelos danos causados à sociedade anônima e a terceiros em decorrência de atos praticados quando agirem com excesso de poder ou em violação à lei ou ao estatuto.

Tem-se, portanto, que os administradores da reclamada devem figurar no pólo passivo da presente lide, como determinou, com absoluto acerto, a sentença recorrida, principalmente porque os autos acusam que a executada não possui bens livres e desembaraçados para garantir a presente execução.

IMPENHORABILIDADE

Registra, por fim, o primeiro agravante que a quantia bloqueada seria impenhorável, nos moldes do inciso VII do art. 649 do CPC.

O apelo, também aqui, não encontra eco, tendo em vista que o agravante não provou que a quantia penhorada é oriunda dos proventos de sua aposentadoria, mormente porque possui ele outra fonte de renda, uma vez que ocupa o cargo de diretor na empresa executada.

NEGO, pois, **PROVIMENTO** ao agravo de petição.

ACORDAM OS JUÍZES DA 2ª. TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO, UNANIMEMENTE, NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE PETIÇÃO.

Salvador, 27 de maio de 2004

Juíza DALILA ANDRADE

Relatora

SENTENÇAS

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. CAUSA OBSTATIVA. CAUSA MADURA. MÉRITO DA CAUSA. IMEDIATO JULGAMENTO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE INCENTIVO A DEMISSÃO.

PROCESSO TRT18-RT-01613-2003-012-18-00-7

Reclamante: CLAUDIONOR ALVES CORREIA

Reclamado: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Vistos os autos etc,

Submetido o litígio a julgamento, a Vara proferiu a seguinte

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

CLAUDIONOR ALVES CORREIA aportou no Píer do Judiciário Trabalhista exercendo o seu direito constitucional de ação em face de CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, alegando em síntese que trabalhava em horários acima do limite legal e não recebeu as horas extras, que não houve pagamento de parcela prevista convencionalmente, que não houve pagamento de multa fundiária incidente sobre expurgos inflacionários, postulando o pagamento de várias verbas. Atribuiu à causa o valor de R\$150.000,00, retificada para R\$103.246,53 (fl. 160).

À audiência, após ter sido dispensada a leitura da inicial, a reclamada apresentou defesa escrita, contestando as alegações do pólo ativo.

Manifestação autoral.

Foram tomados os depoimentos parciais e testemunhais, encerrando-se a dilação probatória.

Partes inconciliadas.

Foi prolatada sentença, que reconheceu efeitos de quitação total à adesão ao plano de demissão incentivada. Aviado recurso ordinário, provido, determinou-se o envio dos autos ao Primeiro Grau para análise dos pedidos, exceção à multa fundiária decorrente dos expurgos inflacionários, que havia sido indeferida na sentença proferida.

É o relatório.

II - FUNDAMENTOS

1. PROLEGÔMENOS

Inicialmente, a despeito de o Egrégio Regional ter determinado o envio dos autos para análise dos demais pedidos, em respeito ao duplo grau de jurisdição, manifesto entendimento divergente, com as máximas vênias à decisão exarada pelo Egrégio Tribunal da 18ª Região, órgão julgador que tem se destacado como um dos mais respeitados na Justiça do Trabalho brasileira, em razão da profundidade dos julgamentos e da qualidade técnica dos juizes que ali atuam. (Aliás, o próprio acórdão proferido nos presentes autos é de clara profundidade teórica e técnica).

Feita essa ressalva, adentro ao tema da divergência.

Não há que se olvidar que, via de regra, o ordenamento pátrio assegura o duplo grau de jurisdição, posto ele não mais ter *status* de princípio constitucional (por todos, veja NELSON NERY JR., *in* Princípios do processo civil na Constituição Federal, RT, 1a ed., págs. 149/152).

Conquanto não se olvide o pensamento, dominante, no sentido de que se impõe observância do duplo grau de jurisdição, no presente caso foi assegurada essa dupla análise dos pleitos no momento em que a sentença, reconhecendo efeitos de quitação geral à transação levada a efeito em razão da adesão ao plano de demissão incentivada, apreciou os demais pedidos formulados pelo reclamante, rejeitando-os em sede de mérito - exceção se fez à multa fundiária decorrente de expurgos inflacionários, no tocante ao fundamento da apreciação, pois essa parcela integrava o rol de parcelas a serem pagas pela empregadora como incentivo à extinção do contrato (parcela que também foi indeferida, mas ainda sujeita à revisão pela instância superior).

É cediço que o duplo grau de jurisdição existe *a)* como forma de evitar a dispersão de julgados, promovendo uma relativa uniformização jurisprudencial, *b)* como forma de haver um controle dos órgãos superiores para que sejam evitados eventuais desmandos e legitimar a atuação do Poder Judiciário, fornecendo segurança jurídica e ponderação nos julgamentos, *c)* além de, possibilitando uma satisfação psicológica ao litigante, assegurar-lhe a nova oportunidade êxito, *d)* devendo ainda ser acrescida a capacidade significativa de dissipar a "litigiosidade contida", pois o contrário ensejaria a continuidade, senão o agravamento, dos estados de insatisfação (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *in* Instituição de Direito Processual Civil, I, 2a ed., págs. 236/237). Mas, a par desses fundamentos lembrados pelo mestre paulista acima citado, o duplo grau de jurisdição possui outro aspecto, nem sempre lembrado, mas para aqueles que vivemos a julgar assume especial relevo, pois diminui um drama de consciência ao julgador primário, que, detentor da falibilidade humana, sabe que sua palavra não será, obrigatoriamente, a última, já que seu julgamento poderá ser revisto pelo órgão superior, via de regra integrado por mais de uma pessoa, com maiores experiências, detentoras de maior conhecimento etc. Assim, no cotejo dos vários argumentos, esses motivos afiguram-se como suficientes para a manutenção da garantia do duplo grau de jurisdição, a despeito de tentativas de extingui-lo (sobre essa questão, a obra Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil, de ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO fornece interessante panorama).

Todavia, como foi dito, no presente caso o duplo grau de jurisdição restara assegurado, ainda que não se olvidem lições, como a de TEIXEIRA FILHO, em sentido contrário.

Com efeito, no primeiro julgamento, os pedidos formulados pelo reclamante foram indeferidos, por incidência de uma causa obstativa, ínsita a eles, e não à relação processual ou à ação. Assim, todos eles foram rejeitados, e, "madura" a causa - em razão da presença dos elementos probatórios suficientes ao deslinde da questão - o Tribunal tem condições de, afastando a causa obstativa - como de fato afastou -, analisar os demais elementos componentes de cada um dos pedidos.

O Código de Processo Civil, conhecedor da cumulação objetiva, não se descurou dessas situações. Com efeito, inerente ao recurso ordinário - análogo à apelação, do processo civil -, há o efeito translativo, expressamente reconhecido nos parágrafos do artigo 515 do CPC. Como bem salientado por OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, **"os limites do efeito devolutivo na apelação estendem-se por todas as questões e fundamentos com que o apelante haja sustentado quer a ação, quer a defesa. Não abrangerá, no entanto, os pedidos sobre os quais o recurso não se estenda"** (*in* Curso de Processo Civil. 4a ed., pág. 433), que aplaude a lição do autor mineiro HUMBERTO THEODORO JR., que, embora escrita há relativo tempo, é bastante clara: **"Dentro do âmbito da devolução, o tribunal apreciará**

todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença recorrida não as tenha julgado por inteiro (art. 515, par. 1o). (...) Dá-se isto, por exemplo, nos pedidos múltiplos e conseqüentes. Negado o primeiro, o juiz deixa de examinar os demais. O Tribunal, reformando a sentença, poderá examinar todos eles" (in Curso de Direito Processual Civil, I, 14a ed, págs. 559/560). Da mesma forma, a lição de MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO: "É preciso compreender que no sistema do processo brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição exige apenas que o mérito seja decidido em primeiro e em segundo graus. Uma vez julgado o mérito na instância inferior, mesmo que a sentença não tenha examinado todas as questões que o integravam, o tribunal está liberado para, na apelação, apreciá-lo também e, se for necessário, inclusive quanto às questões sobre as quais se omitira a sentença" (in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 7, RT. 2001, pág. 133).

Mas, se a situação jurídica anterior já permitia a análise dos demais pedidos, atualmente maiores razões corroboram esse pensamento.

De fato, o parágrafo terceiro do artigo 515 do CPC, inserido no texto legal pela Lei 10.352/01, afirma que "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o Tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento". Afastada a atecnia legal de condicionar essa possibilidade à cumulação de requisitos (questão exclusivamente de direito e condições de imediato julgamento) - pois o que importa é a existência de condições propícias à análise dos pedidos (ou seja, que a causa esteja "madura", como se lê e se ouve com freqüência), não importando se se trate de questão apenas jurídica ou se questão que envolva também matéria fática (ainda que a doutrina reconheça dificuldades nessa distinção, conforme diagnóstico de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *apud* LUIZ RONAN NEVES KOURY in Aplicação do art. 515, par. 3o do CPC, na hipótese de extinção do processo com julgamento de mérito, in Revista Trabalhista, VIII, pág. 61) -, tem-se que essa regra oferece o fundamento jurídico que permite ao Tribunal a apreciação dos pedidos, ainda que o julgamento de primeiro grau tivesse extinto o processo sem a análise do mérito.

Daí, não se deve incorrer no erro, muitas vezes constatado, em que um dos litigantes apresenta embargos de declaração quanto à decisão prolatada por Vara do Trabalho sob o pretexto de "prequestionamento". Absoluta atecnia!

Ora, se se permite ao Tribunal analisar o mérito, afastando o óbice do julgamento *a quo*, que sequer adentrou àquela parte da demanda, com maiores razões há condições de prosseguir no julgamento quando o julgamento primário importou em decisão com capacidade de ensejar a coisa julgada "material" (considerada por muitos como a única caracterização da coisa julgada, pois a que é chamada de "formal" se traduziria em mera incidência da preclusão máxima, não sendo um fenômeno exclusivo; por todos, EDSON RIBAS MALACHINI, in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 10, RT, 2001) - embora se deva reconhecer que o texto legal expressamente se refira a uma faculdade, parte da doutrina entende que se trata de uma imposição legal, à medida em que diz respeito a uma atividade do juiz (LUIZ RODRIGUES WAMBIER e TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *apud* Luiz Ronan Neves Koury, art. cit., pág. 62). Comentando esse dispositivo legal, a doutrina afirma que "se até no caso de decisão terminativa, o julgamento da apelação pode avançar sobre o mérito não julgado no juízo de origem, com muito mais razão será possível fazê-lo diante da reforma das sentenças baseadas em prejudicial de prescrição e decadência, que já pertencem ao mérito da causa" (HUMBERTO THEODORO JR., *apud* Luiz Ronan Koury, art. cit., pág. 63); no mesmo sentido, a lição de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI: "Devolvida a cognição da controvérsia ao Tribunal ad quem, a partir da vigência da lei promulgada,

independe a natureza da sentença recorrida - terminativa ou definitiva -, visto que a causa poderá ser julgada pelo mérito em segundo grau. Bastará, para tanto, que o *thema decidendum* seja considerado exclusivamente de direito (*quaestio iuris*) e que - na dicção do texto legal - 'esteja em condições de imediato julgamento', isto é, não exija a produção de qualquer outra prova" (*apud* Luiz Ronan Neves Koury, art. cit., pág. 63). Arremata, por seu turno, o articulista multi-citado: "Assim, como já restou mencionado anteriormente, a disposição contida no art. 515, par. 3o do CPC, autoriza o julgamento imediato da lide também naqueles casos em que se verifica a extinção do processo com julgamento do mérito, seja em razão do princípio constitucional da efetividade da jurisdição embutido na referida norma ou mesmo em razão dos métodos de interpretação sistemático e teleológico na aplicação das normas jurídicas, tratando-se, como se viu, de uma lacuna de regulação. (...) Não obstante, referida interpretação se impõe até mesmo por uma razão de ordem lógica, porquanto, se se admite o julgamento da lide quando ocorre a extinção do processo sem julgamento do mérito, com maior razão deve ser admitido o imediato julgamento quando se trata de questão que já teve o mérito apreciado" (Luiz Ronan Neves Koury, artigo citado, págs. 62/63). Comentando o projeto legislativo que posteriormente veio a se transformar na Lei 10.352/01, MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO afirma que "portanto, se aprovada a proposta, haverá uma ainda maior mitigação do conteúdo do princípio do duplo grau de jurisdição, já que o Tribunal ficará autorizado até mesmo a julgar o mérito quando a sentença dele não tenha conhecido" (ob. cit., pág. 135). Também pode se conferir a própria exposição de motivos do anteprojeto legislativo, subscrita pelos eminentes ministros ATHOS GUSMÃO CARNEIRO e SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA: "Cuida-se de sugestão que valoriza os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, permitindo-se ao Tribunal o julgamento imediato do mérito, naquele caos em que o juiz não o tenha apreciado mas, sendo a questão exclusivamente de direito, a causa já está em condições de ser inteiramente solucionada. Anota-se que o duplo grau de jurisdição não é constitucional" (*apud* MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO, ob. cit., pág. 135, nota 96).

Aliás, o próprio TST, através da Sub-seção 1 de Dissídios Individuais já sinaliza nesse sentido, ao editar a Orientação Jurisprudencial n. 79 (*verbis*):

"Ação rescisória. Decadência afastada. Imediato julgamento de mérito. Inexistência de ofensa ao duplo grau de jurisdição. Não ofende o princípio do duplo grau de jurisdição a decisão do TST que, após afastar a decadência em sede de recurso ordinário, aprecia desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".

Some-se a isso a constatação de um determinado objeto litigioso, por via de regra, é informado por vários fundamentos (CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES, *in* O moderno processo do trabalho), que formam o que a doutrina chama de "causa de pedir", que pode ser *composta*, quando são vários fundamentos, que se unem para justificar uma mesma pretensão (p. ex., na alegação de desídia a autorizar a justa causa), ou *complexa*, quando cada causa permite, de forma autônoma, a formulação pretendida (p. ex., na alegação de dispensa motivada por mau-procedimento e improbidade, esses fundamentos são independentes para alicerçar a justa causa) - talvez fosse mais correto nomear essa última espécie de causa de pedir "independente" ou "autônoma".

Mas, apesar de assim pensar - sempre com a máxima vênia -, passa-se à análise da parcela do litígio em questão, conforme decidido.

2. DEFESA INDIRETA DE MÉRITO

2.1. DA PRESCRIÇÃO

Acolhe-se a prescrição da pretensão quanto às verbas porventura existentes e anteriores a 15/10/98, uma vez que transcorreu, em relação a elas, o lapso de 5 anos para a invocação da tutela jurisdicional, na forma do inciso XXIX do artigo 7o da Constituição Federal, extinguindo-se, neste particular, o processo com julgamento do mérito, na forma do artigo 269, IV, CPC.

Outrossim, prescrita também se encontra a pretensão de incorporação de gratificações de função. Com efeito, como ele mesmo disse, a gratificação pelo exercício do cargo de gerente operacional de sistemas deixou de ser paga em 1994, e a gratificação pelo exercício do cargo de gerente geral de agência, em 10/96. Ora, a partir do momento em que deixaram de ser pagas tais parcelas, iniciou-se o período para o reclamante reagir contra tal redução salarial, período esse que não se renovava tendo em vista que se tratam de parcelas autógenas, isto é, previstas em regulamento empresarial, e não em norma legal. Incide, portanto, o Enunciado 294. Transcorrido o lapso de cinco anos desde a conduta patronal que retirou do patrimônio jurídico do reclamante tais gratificações, sepultada encontra-se a vindicação dessas parcelas, seja de pagamento, seja de incorporação.

Admitir, como quer o reclamante, a projeção fictícia de tais parcelas, para a caracterização de determinadas situações jurídicas, traduz-se em forma oblíqua de ignorar a figura da prescrição, que se assenta em uma regra de estabilidade das relações inter-subjetivas (por todos, ARI PEDRO LORENZETTI, *A Prescrição no Direito do Trabalho*), em razão da qual opta-se por pequenas injustiças isoladas em prol de uma pacificação social (GUSTAV RADBRUCH, *apud* EVARISTO DE MORAIS FILHO, *in* Introdução ao Direito do Trabalho). Além disso, a se perpetuar o direito à incorporação das gratificações seria aceitar a existência de um efeito sem a causa, posicionamento esse que não encontra eco jurídico, conforme já assentou o Excelso STF:

“Quando é um direito conhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas, se o direito às prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, pois prescreveu a ação para o conhecimento do direito do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário, seria admitir o efeito sem a causa. Precedentes: ...” (*apud* FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA, *in* Comentários aos enunciados do TST, 2a ed., pág. 691).

3. MÉRITO

3.1. DO HORÁRIO DE TRABALHO

O reclamante afirma que trabalhava em horários que suplantavam os limites legais e não recebeu as horas extras corretamente, o que foi negado pela reclamada.

A) Dos períodos das jornadas

O reclamante afirma que sua jornada seria de 6 horas, uma vez que, por fazer jus à incorporação de gratificações de funções, o valor efetivamente pago a título de gratificação de função não atenderia à exigência legal, qual seja, 1/3 do salário integral, para que a jornada pudesse ser reconhecida como de 8 horas.

Sem razão.

Como visto acima, encontra-se prescrita a pretensão obreira de incorporação das gratificações de função pagas, projetando-as fictamente ao contrato.

Assim, legalmente, o rebaixamento de função autoriza à reclamada a exclusão da gratificação paga ao obreiro. Não obstante, por determinação regulamentar, a reclamada efetuou o pagamento de “adicional compensatório de perda de função de confiança”, como forma de preservar uma certa estabilidade do poder aquisitivo dos empregados, a despeito de não mais exercerem cargo de confiança (fls. 297/301). No caso presente, ao passar novamente a exercer cargo de confiança (março/00, para o reclamante; 14/02/00, para a reclamada), o reclamante fez jus à gratificação pelo novo exercício. Em tal situação, novamente impõe-se recorrer ao que estabelecia a norma regulamentar: continuaria pagando o valor pago a título de adicional compensatório, ou então passaria a pagar o valor da gratificação pelo exercício do novo cargo, observando-se em tal definição o que fosse mais benéfico ao empregado (item 3.7 da norma RH 073 - fl. 301).

Ora, como a gratificação de função pelo novo exercício suplantava o limite estabelecido legalmente, e porque efetivamente havia exercício de cargo de confiança, presentes estão os requisitos legais para o enquadramento do reclamante na hipótese do artigo 224, parágrafo 2o, da CLT, hipótese em que possuía jornada de 8 horas, devendo ser fixada como data inicial desse exercício em 14/02/00 (pois prevalece a data informada pela reclamada - art. 333, I, CPC).

B) Dos controles de ponto

Aqui tem-se uma situação algo inusitada, e que a uma primeira vista contrariaria o princípio da indivisibilidade documental, que na realidade é dirigida mais à parte (parágrafo único do artigo 373 do CPC) do que ao julgador, onde impera a essência do artigo 131 do mesmo diploma legal.

Pois bem, tanto a primeira testemunha quanto a segunda informaram que não havia o registro dos horários efetivamente cumpridos nos controles de ponto, informação não desconstituída pelo depoimento da terceira testemunha, apresentada pela reclamada. Assim, tais documentos são inservíveis, exceto para demonstrar *a)* os dias trabalhados (pois quanto a essa informação tais documentos não foram impugnados - art. 383, caput, CPC), bem como *b)* os horários cumpridos em dias nos quais tradicionalmente há redução da jornada, tendo em vista que em tal situação há uma excepcionalidade não alcançada pelos depoimentos genéricos das testemunhas, incidindo portanto as máximas de experiência (art. 335 do CPC), e *c)* para determinação das variações de início das jornadas.

C) Dos horários cumpridos pelo reclamante

Pois bem, fixadas as premissas anteriores, impõe-se verificar os horários cumpridos pelo reclamante, que variaram no curso do contrato.

C.1) Escriturário - Lotação: Agência República do Líbano. Enquanto esteve lotado na República do Líbano, como escriturário (de 1999 a 13/02/00), o reclamante, conforme depoimento da primeira testemunha, cumpria jornada compreendida entre as 10h às 17:30 (média aritmética dos horários informados pela 1ª testemunha quanto ao encerramento das jornadas), com intervalo de 1 hora, exceto em 31/12/99, quando trabalhou das 07:57h às 12:03 (fl. 359).

Sujeito a uma jornada, nesse período, de 6 horas, tem-se que havia trabalho extraordinário.

C.2) Analista pleno (14/02/00 a 31/07/01) - Lotação: GIRAT. Quanto a esse lapso contratual, em depoimento o reclamante informou que houve um período em que iniciava o trabalho às 8h, e noutro período, às 9h, sempre encerrando as jornadas às 18h. Uma vez que não soube delimitar o período em que iniciava o trabalho às 8 horas, e a prova testemunhal não oferece outros elementos, impõe-se recorrer aos controles de frequência para efeito de fixação dos horários em que o reclamante iniciava o trabalho. Em tais documentos, constata-se que o reclamante iniciava o trabalho ou às 9h ou às 9:30h, de forma que não extrapolava 8 horas de trabalho diário (exceto a apreciação do trabalho em reuniões), já que, gozando intervalo de 1:30h, encerrava o expediente às 18h.

C.3) Analista (01/08/01 a 10/12/01) - Lotação: Superintendência de Negócios. A partir do momento em que trabalhou como analista, tem-se que o reclamante trabalhava das 8h às 19h, com 1 hora de intervalo, conforme depoimento da segunda testemunha. Não era extrapolada, portanto, a jornada contratual.

D) Das reuniões

O reclamante afirma que, à exceção do período em que trabalhou na GIRAT (14/02/00 a 31/07/01), participava de reuniões, em número de 2 por semana, quando então extrapolava em duas horas os horários que cumpria normalmente.

Apesar de impugnada, essa alegação restou demonstrada pelos depoimentos das primeira e segunda testemunhas. Assim, reconhece-se que o reclamante trabalhava, em dois dias por semana, duas horas além dos horários reconhecidos nas letras C.1 e C.3, labor que é considerado como extraordinário.

E) Sábados

O reclamante alega que trabalhou em sábados, atendendo às loterias, postulando o pagamento respectivo.

Sem razão, quando se observa o depoimento do autor.

Como ele mesmo disse, ficava com o telefone celular ligado para que pudesse prestar algum atendimento às loterias, se necessário fosse. O fato de poder ser contactado para eventual atendimento não traduz tempo de serviço, uma vez não ficava à disposição do empregador, tanto que podia se deslocar para outros locais, não se traduzindo hipótese do artigo 4o da CLT, devendo ser aplicada a essência da Orientação Jurisprudencial n. 49 da SDI-1 do TST.

Ademais disso, o reclamante não demonstrou ter sido convocado, hipótese que configuraria trabalho.

Assim, tem-se que não houve trabalho aos sábados.

F) Da condenação

Ante ao constatado, defere-se o pagamento das horas extras, com adicional de 50% sobre a hora normal, divisor 180, integrando a remuneração. Deduzam-se as horas extras pagas.

Deferem-se reflexos em sábados e feriados (conforme CCT's), DSR, aviso prévio indenizado, férias com 1/3, décimo terceiro salário e fundo de garantia e multa respectiva.

Na apuração do labor extraordinário, deverão ser observados, nos controles, os dias em que o reclamante efetivamente trabalhou.

3.2. DO ABONO

O reclamante postula o pagamento de abono indenizatório previsto em acordo coletivo 98/99, o que impugnado pela reclamada, que alega ter havido o pagamento, em março/99.

O documento à fl. 405 demonstra a quitação dessa parcela, além do que o autor não demonstrou que essa parcela tenha integrado base de cálculo do imposto de renda, fundamento apresentado apenas em manifestação sobre documentos (e que, portanto, extrapola os limites da *litiscontestatio*, entendida como estabilização da lide - OVIDIO A BAPTISTA DA SILVA, *in* Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica).

Indefere-se.

3.3. DA COBRANÇA DE PARCELA PAGA

Ao contestar o pedido de abono indenizatório, a reclamada requereu que o reclamante fosse condenado ao pagamento em dobro da parcela, pois já quitada.

Funda-se a pretensão da reclamada no artigo 940 do código civil, que repete a regra do artigo 1.531 do código revogado. Todavia, essa regra afirma que estará isento da cominação ali estabelecida aquele que ressaltar os valores já quitados.

No presente caso, o reclamante formulou a pretensão nos seguintes termos (literalmente): *“requer o reclamante que a reclamada comprove que efetivamente pagou o valor líquido de R\$1.000,00, no dia 31.08.98, sob pena de pagamento, em audiência, do valor total ou da diferença, caso isso não ocorra que lhe seja aplicado o disposto na art. 467 da CLT”*. Por essa transcrição, constata-se que o reclamante sequer sabia se houve o pagamento integral - daí, seria caso ou de falta de interesse processual (já que o reclamante sequer sabia se, efetivamente, a obrigação não fora adimplida) ou de se reconhecer uma inépcia (ante à vagueza e condicionalidade do pedido), vícios olvidados porque se têm condições de adentrar ao mérito, em observância à lição de PONTES DE MIRANDA no sentido de que o legislador manifestou o propósito político de salvar os processos salváveis. Mas, justamente essa ignorância permite reconhecer que o reclamante, ainda que de forma implícita, admitiu a dedução de valores que eventualmente tinham sido quitados.

Deste modo, não há espaço para a incidência da multa prevista no artigo 940 da CLT.

3.4. DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO - COMPENSAÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE INCENTIVO À DEMISSÃO

A reclamada requer o valor pago a título de incentivo à demissão seja compensado com eventual crédito obreiro reconhecido.

Com razão.

Ao instituir o plano de demissão incentivada, a reclamada assumiu a obrigação de pagar uma “indenização” (sob o título de Vantagem Financeira Extra - VPE) para os empregados que, interessando-se pela extinção do contrato e com os valores dessa “indenização”, inscrevessem-se no Plano. Em troca, haveria quitação de eventuais parcelas surgidas no curso do contrato. Apesar da manifestação volitiva, livre, vale ressaltar, com a assistência homologatória da Delegacia Regional do Trabalho, entendeu-se que aquela transação não teria efeitos de quitar todas as parcelas advindas no curso do contrato.

Tem-se, portanto, que o negócio realizado entre autor e réu ficou órfão de causa, conquanto não seja um negócio formal - ao contrário, é um negócio material e, portanto, condicionado pela presença desse elemento integrante do negócio jurídico (artigo 90 do código civil de 1916; art. 140 do atual código civil, ainda que o texto deste se refira a “motivo” - distinção que a doutrina faz questão de assentar). O italiano ROBERTO DE RUGGIERO, em lição trazida por JOSÉ ABREU FILHO, afirma que **“a causa, portanto, se traduz no fim prático objetivado pelo negócio jurídico respectivo, na indagação da razão jurídica negocial, exclusivamente. No seu exame se deve levar em conta a função econômico-social que o direito entenda como relevante para os fins visados pelo interessado”** (in O negócio jurídico e sua teoria geral, 1a ed. 1995. Saraiva. Pág. 135 - destaque original). Nessa esteira, o último autor citado afirma que **“os motivos, como afirmamos, não têm significação jurídica, embora estejam sempre presentes, constituindo os elos daquela cadeia a que aludimos. A causa, ao contrário, se traduz como fator predominante da emissão da vontade, assumindo a feição de autêntico pressuposto da existência da relação negocial, necessário, assim, para que a vontade possa gerar os efeitos que pretende”** (in ob. cit., pág. 133 - destaques originais). Como bem disse CAIO MÁRIO DA SILVA

PEREIRA, “na causa há, pois, um fim econômico ou social reconhecido e garantido pelo direito, uma finalidade objetiva e determinante do negócio que o agente busca além da realização do ato em si mesmo” (in Instituições de direito civil, I, 18a ed., pág. 319).

No presente caso, o pagamento decorreu de uma transação, firmada entre empregado e empregador no final do contrato objetivando prevenir litígios - e isto a sentença originária reconheceu. Todavia, o Egrégio Regional reconheceu “ **como nula a cláusula que atribuiu quitação em decorrência da transação**” (fl. 526), situação essa que induz à nulidade de todo o negócio jurídico - ora positivado como contrato, como já o caracterizavam SERPA LOPES e CAIO MÁRIO -, como é expresso o artigo 1.026 do código civil em vigor à época em que a obrigação foi estabelecida, regra repetida pela Lei 10.406/03, em seu artigo 848. Realmente, como bem esclarece a doutrina, “**à vista dos elementos e requisitos acima deduzidos, podem-se ligar à transação as seguintes qualidades: além de ato convencional ou consensual, decorrente da dupla emissão volitiva, é indivisível e restritiva. A indivisibilidade, própria dos negócios bilaterais, oferece particular interesse no caso da transação, pois, como é expresso no Código Civil argentino, art. 834, a ineficácia de qualquer de suas cláusulas induz a nulidade do todo, conseqüência que os nossos civilistas afirmam vigente em nosso Direito por força do art. 1.026 do Código Civil, e que o nosso Anteprojeto expressamente consigna no art. 808**” (CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, in Instituições, vol. II, 15a ed. pág. 180 - destaques originais).

De tal arte, a transação levada a efeito foi nula.

Assim, a partir do momento em que deixou de subsistir a causa da obrigação - reconhecida pelo Tribunal -, impõem, a equidade e a justiça, a repetição do indébito (objetivo, no caso - em contraposição ao indébito subjetivo, quando o *solvens* paga dívida alheia na suposição de que lhe é própria). Como bem dissera MANOEL INÁCIO CARVALHO DE MENDONÇA, “**o princípio que domina a matéria do indébito é que todo o enriquecimento desprovido de causa jurídica produz em benefício daquela a cuja custa se operou uma obrigação de restituir. Enriquecimento e ausência de causa - eis os elementos do indébito**” (in Doutrina e prática das obrigações. Tomo I. 4a ed. 1.956. Pág. 487), que adiante continua sua exposição: “**Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido, fica obrigado a restituir. (...) A obrigação de restituir existe, em resumo, quando o pagamento é sem causa, ou tôdas as vêzes que, nas relações do *solvens* com o *accipiens*, nenhuma obrigação, ou, o que é o mesmo, nula, rescindível, resolúvel, extinta, ou que deva ser satisfeita por outro modo**” (ob. cit., pág. 491).

Admitida, que é, a possibilidade da repetição do indébito, há requisitos específicos a serem atendidos. Para o saudoso CAIO MÁRIO, no segundo volume da obra Instituições de Direito Civil, a repetição de indébito dá lugar quando há *realização de pagamento* (em seu sentido amplo), a *caracterização de um indébito* e a *ocorrência de erro* da parte do *solvens* (15a edição, páginas 208/209). De forma idêntica, escrevendo no início do século passado, CARVALHO DE MENDONÇA ensinara que “**o critério atual estabelece como elementos do indébito: a) pagamento; b) a falta de causa; c) o erro e a ausência de uma obrigação moral que autorize a *soluti retentio***” (in ob. cit., pág. 490).

No presente caso, não há qualquer discussão sobre o pagamento. É incontroverso nos autos a sua existência, e o documento à fl. 455 bem o demonstra.

O requisito da inexistência de causa jurídica para o pagamento também resta satisfeito, pois como visto acima, a nulidade da cláusula de quitação geral ensejou a nulidade de todo o ato. Nesse sentido, vale transcrever o teor do artigo 1.026 do código vigente à

época em que o negócio foi formado: *sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta. “É que o pagamento supõe essencialmente dívida e onde não existe aquele vai aumentar sem causa o patrimônio de quem o recebe”* (CARVALHO DE MENDONÇA, ob. cit., pág. 492). E, nem há que se falar em se exigir má-fé do *accipiens*, no caso, o reclamante, pois a repetição de indébito prescinde desse fator subjetivo, importante apenas para a análise da gravidade da obrigação (CARVALHO DE MENDONÇA, ob. cit., págs. 490/491).

O terceiro elemento integrante da etiologia da repetição de indébito, o erro, também está presente. CARVALHO DE MENDONÇA, por exemplo, afirma que **“todos esses requisitos podem se resumir na falta de causa, porque esta implica erro”** (ob. cit., pág. 490), que prossegue na sua exposição, clara e profunda, afirmando que **“feita a prova de que se pagou o que não se devia resulta como consequência lógica e presumível que se pagou por erro. Ninguém pode ser reputado tão descuidado do que é seu que voluntariamente dissipe seus bens. Todo pagamento implica uma obrigação que tende a solver: conseguintemente, quem provar ter pago sem obrigação preexistente, tem por isso mesmo provado que o fez por erro e então incumbe a quem recebeu demonstrar que existia causa para o pagamento, ou excluir a prova da ausência de causa. A primeira prova a fazer-se, pois, é a do pagamento e depois que ele não teve causa”** (pág. 493).

Não se queira objetar que a Orientação Jurisprudencial n. 270 da SBDI-1 do TST dissipara eventual erro. Sem razão, com a devida vênia. É que quando houve a transação (reputada posteriormente como nula) ainda não havia sido editado o mencionado extrato pretoriano, daí a indefinição quanto ao posicionamento do Sodalício encarregado de unificar a interpretação da lei trabalhista - a OJ 270 só veio a lume em 27/09/02. Some-se a isto o fato de que as súmulas de jurisprudência não obrigam sequer os Juízes, menos ainda aos destinatários da lei, as pessoas. Se não bastasse, mesmo após a edição da mencionada Orientação Jurisprudencial, o próprio TST decidiu de forma diversa, como já transcrito na decisão reformada, de forma que ainda subsistia a discussão. Todos esses elementos, portanto, permitem concluir que havia falsa noção da realidade jurídica.

De qualquer forma, como bem ensinara CARVALHO DE MENDONÇA, fundando-se na lição do pandectista WINDSCHEID, **“ao erro equipara-se a dúvida para os efeitos da repetição do indébito”** (ob. cit., pág. 493).

Outrossim, como bem se posiciona a doutrina, não mais se discute se o erro em questão é erro de fato (**“aquele originário de circunstâncias fáticas, isto é, sobre qualidades pertinentes a determinada pessoa ou determinada coisa”** - JOSÉ ABREU FILHO, ob. cit., pág. 245) ou erro de direito (**“que se dá quando o agente emite declaração de vontade no pressuposto falso de que procede segundo o preceito legal”** - CAIO MÁRIO, *in* Instituições, I, pág. 330), pois o que importa é a falsa noção de realidade: **“Modernamente nossos escritores nenhuma distinção fazem e admitem o erro de fato e de direito”**, é a lição de CARVALHO MENDONÇA (ob. cit., pág. 496).

Outrossim, não subsistem causas de retenção de indébito, mormente porque os tribunais se divergem quanto à possibilidade da transação. Neste sentido, pode ser mencionada a decisão transcrita no primeiro julgamento, oriunda do TST, ou ainda, no âmbito do Egrégio Tribunal da 18ª Região, a decisão proferida nos autos de RO 1.350/00.¹

Assim, perfeitamente caracterizado o pagamento indevido que autoriza a retenção.

Destarte, há espaço para a compensação.

1. ¹ “TRANSAÇÃO - DIREITOS TRABALHISTAS - POSSIBILIDADE. Na medida que não há vedação expressa, a transação de direitos trabalhistas é aceitável, mas, em razão do princípio da irrenunciabilidade, deve ser analisada com critérios rigorosos, principalmente no que tange aos requisitos de validade para os atos jurídicos em geral, quais sejam, a capacidade do agente, a licitude do objeto, bem assim os de validade da transação propriamente dita, máxime a reciprocidade de vantagens” (Rel. Juiz ALDIVINO A. DA SILVA, d. j., 15/8/00).

“Compensação”, diz a doutrina, “é a extinção recíproca de obrigações, até a concorrente quantia, entre pessoas, que forem, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra” (JOÃO FRANZEN DE LIMA, in Curso de Direito Civil, Direito das obrigações, 1958, pág. 255), que adiante completa, com a beleza de estilo bastante peculiar: “LACERDA DE ALMEIDA, para bem explicar o mecanismo da compensação, diz que se algum assunto há que dê razão à célebre afirmação de LEIBNITZ, de que o Direito tem muitas afinidades com as Matemáticas, é êsse da compensação, a qual, na álgebra e em uma simples regra de operação de aritmética, tem seu fundamento mais próximo. A álgebra diz-nos, com efeito, que termos iguais com sinais contrários destroem-se; e, por sua vez, a aritmética, que se na sua subtração o minuendo é igual ao subtraendo, será zero a diferença, isto é, as quantidades desaparecem, e se houver desigualdade nos termos, o resto ou diferença mostrará o que subsiste” (idem, ibidem).

Outrossim, presentes também os elementos autorizadores da compensação, que é perfeitamente possível no âmbito trabalhista, conforme é bem claro o artigo 767 da CLT.

Em razão dessa previsão do texto da CLT afasta-se o óbice consistente em se tratar de crédito salarial, o do reclamante. Com efeito, essa condição diz respeito tão-somente ao salário *strictu sensu* (aliás, a própria doutrina e jurisprudência mais evoluídas têm admitido a penhora mesmo do salário, observados apenas alguns parâmetros - nesse sentido, o MS 00142-2003-000-18-00-0 - TRT 18ª REGIÃO RELATOR: JUIZ BRENO MEDEIROS), ou seja, à retribuição paga ao trabalhador em decorrência da disponibilização de sua força de serviço ao patrão no curso mensal. A não se entender assim, ter-se-ia, com a devida vênia, uma inaplicabilidade da regra da CLT que estabelece aquela forma de extinção das obrigações.

Ressalta-se que a determinação de que ambas as dívidas seja líquidas não se traduz em obstáculo à compensação, quando feita judicialmente, porque nesse caso permite-se ao juiz liquidá-la, conforme lição de ORLANDO GOMES (*in* Obrigações, 8a ed. 1991, pág. 157).

Talvez pudesse se objetar que não se tratam de dívidas de mesma natureza. Sem razão, porque na realidade, o são, ambas surgidas no curso do contrato, em razão de disposições legais (crédito do reclamante) e, em decorrência do pluralismo jurídico inerente ao direito do trabalho, de previsão contratual válida (crédito da reclamada).

Vedação também não há pelo fato de ter sido pago um valor “à forfait”. Com efeito, não é pelo fato de o STF já ter admitido a validade de salário compossivo (conforme lição de FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA, *in* Comentários..., pág. 222), pois nesse particular reconheço a validade da essência que orientou o Colendo TST na edição do Enunciado 91. Mas, sim, como forma de se evitar o enriquecimento ilícito. No presente caso, houve o adimplemento de uma obrigação sem a respectiva causa, de forma que não se coaduna com a equidade permitir que alguém possa se beneficiar dessa situação. Como bem disse ORLANDO GOMES, **“quando, pois, falta a causa, ou é injusta, o enriquecimento é reprovado. A condenação da ordem jurídica se manifesta por uma sanção civil, que consiste na obrigação ao enriquecido de restituir o que recebeu por injusto locupletamento”** (ob. cit., págs. 303/304). Ora, talvez seja de se aplaudir o posicionamento majoritário que nega efeito de quitação total ao valor pago pela adesão a planos de demissão incentivada. O que não se pode admitir é que alguém se beneficie por sua torpeza, pois, ao aderir livremente ao plano, manifestou sua intenção - e podia não tê-la feito, já que em momento algum foi constrangido a tanto - de perceber uma determinada quantia (no presente caso, R\$45.089,10), que, naquele momento, lhe interessava. Como disse, poderia recusar a aderir a tal plano, e aí teria as portas abertas para a postulação judicial mais ampla, com possibilidade de perceber muito mais, ou muito menos (o que depende de vários fatores), como provavelmente fizeram muitas pessoas que se conduzem de boa-fé.

Mencionada em vários momentos, a equidade, expressamente admitida como regra de integração jurídica pelo caput do artigo 8o da CLT, estabelece que **“todos os elementos que concorreram para a constituir a relação sub-judice, coisa, ou pessoa, ou que, no tocante a estas tenham importância, ou sobre elas exerçam influência, devem ser devidamente consideradas”** (VICENTE RÁO, *in* O Direito e a Vida dos Direitos, vol. 1, tomo I, pág. 88).

Talvez pudesse afirmar que o pagamento da “indenização” consistisse em mero incentivo do trabalhador à adesão ao plano. Realmente, não se nega essa motivação, pelo lado do empregador; pelo lado do empregado, outros motivos também poderiam ser ressaltados. Mas, como já assentado anteriormente, a motivação não integra a etiologia do negócio jurídico, exceto se fosse o caso de aplicação da “teoria dos motivos determinantes”, o que não é o caso presente, que se satisfaz com a causa, uma vez que se trata de negócio material. Condicionar a motivação seria instituir o requisito da “pressuposição” do negócio jurídico, forjada por WINDSCHEID (*apud* Caio Mário, Instituições, I, pags. 373/374), mas que não contou com maiores espectros.

Com a devida vênua a posicionamentos contrários, sigo a manifestação do Egrégio Tribunal Regional da 3a Região, que decidira:

“BANCO DO ESTADO DE MINAS GERAIS (BEMGE) - PROGRAMA ESPECIAL DE DESLIGAMENTO INCENTIVADO (PEDI) - RENÚNCIA DE DIREITOS - RESCISÃO - SINDICATO - RESSALVA - NULIDADE - COMPENSAÇÃO - Como condição previamente fixada na norma que instituiu o PEDI, deveria o empregado do BEMGE renunciar a diversos direitos (equiparação salarial, horas extras, diferenças salariais, etc.). Efetivada a adesão, quando do pagamento da indenização instituída naquele Programa, ao prestar a assistência na rescisão, o Sindicato da categoria realizou ressalva quanto à validade daquela renúncia. Ajuizada reclamação, em busca dos direitos renunciados, capta-se a sua nulidade que, todavia, não alcança apenas aquela condição, vicia todo o ato, retornando as partes ao “*statu quo ante*”, devendo o Reclamado ser desobrigado das prestações assumidas no PEDI e compensados os valores que, em face dele, foram quitados na rescisão.” (RO - 107/98, d. p.: 10/10/1998, 5ª T, Rel. Juiz Antônio Fernando Guimarães).

Deste modo, o valor pago pela reclamada a título de *vantagem financeira extra* deixou de possuir causa, de forma que procede o pedido de repetição do indébito, razão pela qual deverá ser compensado dos créditos do reclamante, até o limite em que se encontrem, o valor pago àquele título.

3.5. DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - DO IMPOSTO DE RENDA

Não poderá ser objeto de compensação, deferida no item 3.4., o imposto de renda e a contribuição previdenciária devidos em razão do débito original da reclamada, uma vez que as pessoas credoras dessas parcelas não foram beneficiadas com a “indenização”. Neste caso, não há a coincidência subjetiva, que justifica a incidência dessa forma de extinção das obrigações.

3.6. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Apesar de haver a assistência judiciária, já deferida ao reclamante por ocasião do primeiro julgamento, ele não faz jus a honorários advocatícios, uma vez que não há assistência sindical.

III - DISPOSITIVO

Isto posto, **RESOLVE** a 12a Vara do Trabalho de Goiânia - GO, nos autos **1.613/03**, **DEFERIR** ao reclamante, **CLAUDIONOR ALVES CORREIA**, as parcelas reconhecidas na fundamentação acima, a serem pagas, no prazo legal, pela reclamada, **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**, assegurando, a esta, todavia, a compensação dos valores pagos a título de "vantagem financeira extra", até aos limites em que se encontrem as dívidas, tudo nos termos da fundamentação, que integra este dispositivo para todos os efeitos legais.

Custas pela Reclamada no importe de **R\$ 100,00**, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação, R\$5.000,00, pagáveis na forma da lei.

Liquidação por meros cálculos, observados os Enunciados 187, 200 e 211 do TST, bem como a Orientação Jurisprudencial n. 124 da SBDI-1 do TST.

Intimem-se as partes.

Goiânia, 4 de novembro de 2004

RADSON RANGEL FERREIRA DUARTE

Juiz do Trabalho Substituto

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SOLICITAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS. HIPÓTESE NÃO PREVISTA LEGALMENTE.

PROCESSO TRT18-RT-00804-2004-012-18-00-2

Embargante: EDMAR MARQUES SOUZA

Embargados: NORTE SUL DISTRIBUIDORA POSTAL LTDA
TRANSCART ASSESSORIA POSTAL LTDA

EDMAR MARQUES SOUZA, nos autos da RT nº 00804-2004-012-18-00-2 (804/2004-1), movida em face de **NORTE SUL DISTRIBUIDORA POSTAL LTDA E TRANSCART ASSESSORIA POSTAL LTDA**, opôs Embargos de Declaração por meio da petição de fls. 37, requerendo esclarecimentos.

É o relatório.

DO CONHECIMENTO.

Os embargos são tempestivos. Todavia, não merecem ser conhecidos.

Com efeito, tal figura recursal caracteriza-se pela tipicidade, isto é, deve ser interposto nas hipóteses previstas expressamente - da mesma forma caracterizam-se, p. ex., os recursos de revista e os embargos para a seção de dissídios individuais.

Seguindo nessa esteira, há os pressupostos ou requisitos de admissibilidade dos recursos, dos quais, dentre os objetivos, e que interessa ao presente caso, o cabimento, que é, segundo a lição clara e objetiva do mestre RODRIGUES PINTO, "o enquadramento do recurso interposto ao modelo criado para a hipótese legal" (*in* Recursos nos Dissídios do Trabalho, 3ª ed., pág. 38). Realmente, não se enquadrando, o recurso interposto, ao gabarito legal, não deve ser admitido.

No presente caso, o embargante requereu "esclarecimentos", hipótese que não está prevista legalmente para o cabimento dos embargos declaratórios, seja no art. 535 do CPC, seja no art. 897-A da CLT. Mesmo hipótese que poderia se avizinhar da figura dos esclarecimentos, a dúvida, há tempos deixou de autorizar o conhecimento de embargos de declaração.

A lição de NELSON NERY JR. é clara: "Conteúdo dos embargos. Somente quando destinados a atacar um dos vícios apontados na norma ora comentada, ou para corrigir erro manifesto de tempestividade do recurso ou do preparo é que são admissíveis os EDcl". (*in* Código de Processo Civil comentado, 3ª ed., art. 535. Pág. 782). Da mesma forma, HUMBERTO THEODORO JR.: "o pressuposto de admissibilidade dessa espécie de recurso é a existência de obscuridade ou contradição na sentença ou no acórdão, ou omissão de algum ponto sobre que devia pronunciar-se o juiz ou tribunal (art. 535, n.ºs. I, II)" (*in* Curso de direito Processual Civil, 39ª Edição, Vol. I). Também idêntica é a lição de SONIA MARCIA HASE DE ALMEIDA BAPTISTA: "Estabelece-se a distinção entre recursos de 'fundamentação livre' e recursos de 'fundamentação vinculada'. Os embargos de declaração, nessa classificação, são recursos de fundamentação vinculada, pois o recorrente precisa invocar o vício da decisão (omissão, contradição e obscuridade), para que o recurso caiba; e precisa demonstrar-lhe a efetiva ocorrência na espécie, para que o recurso proceda. Nesse sentido, a tipicidade do vício é, pois, pressuposto do cabimento do recurso." (*in* Dos Embargos de Declaração, 2ª edição, pág. 105/106).

De forma idêntica, confira-se a seguinte manifestação pretoriana, que cai como uma luva:

*“São inadmissíveis embargos de declaração visando esclarecimento de voto vencedor. Nem sempre usará o acórdão as expressões que a parte desejaria fossem utilizadas, nem sequer fará uso dos argumentos pretendidos, e sequer se poderia compelir seu relator a proferir o voto, como o faz o perito, por meio de resposta a quesitos. A complexidade do ato de julgar é bem maior. Uma só coisa se exige do Juiz: esteja a decidir de acordo com sua consciência e a tornar efetiva a norma abstrata como julga consigo mesmo que o deva fazer. O legislador processual impõe-lhe apenas exponha os seus motivos. A fundamentação, entretanto, é ato pessoal, e a dialética do advogado não pode ser emprestada ou cedida ao juiz, nem jamais exigida dele (Ac. Unân. Da 8ª Câm. Do TJSP de 29.5.85, nos emb. decl. 54.301-1, rel. des. Fonseca Tavares; RJTJSP 97/372).” **Apud**, Código de Processo Civil Anotado, Alexandre de Paula, Vol. II, 5ª edição, 2ª tiragem, Editora RT, fls. 2175.*

Se não bastasse, a sentença é clara quanto aos parâmetros.

ISTO POSTO, resolvo **não conhecer** dos Embargos Declaratórios opostos por **EDMAR MARQUES DE SOUZA**, nos autos da Reclamatória Trabalhista nº 0080-2004-012-18-00-2 (804-2004-1), movida em face de **NORTE SUL DISTRIBUIDORA POSTAL LTDA E TRASCART ASSESSORIA POSTAL LTDA**, por incabível.

INTIMEM-SE as partes.

Goiânia, 6 de julho de 2004

RADSON RANGEL F. DUARTE

Juiz do Trabalho Substituto

AJUDA DE CUSTO. TRANSFERÊNCIA. DEMISSÃO. RESTITUIÇÃO.

PROCESSO TRT18-RT-01367-2003-006-18-00-1

Reclamante: AURÉLIO HONÓRIO MENDONÇA MOURA

Reclamado: FORD COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA

Aos 19 dias do mês de abril de 2004, na presença do Juiz do Trabalho ARI PEDRO LORENZETTI, que ao final assina, realizou-se a audiência relativa ao processo nº 1.367/2003-3, entre partes: **AURÉLIO HONÓRIO MENDONÇA MOURA**, reclamante, e **FORD COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, reclamada.

Às 17h, aberta a audiência, de ordem do Exmo. Juiz, foram apregoadas as partes: Ausentes. Estando o feito em condições de julgamento, foi proferida a seguinte

SENTENÇA

Vistos etc.

Aurélio Honório Mendonça Moura, qualificado na inicial, ajuizou reclamação trabalhista em face de Ford Comércio e Serviços Ltda., também qualificada, aduzindo, em síntese, que laborou para a reclamada, de 10.11.1995 a 29.08.2001. Aduz ainda, que no curso do contrato, a reclamada não observou devidamente a sua evolução salarial e não lhe concedeu a promoção a que faz jus. Acrescenta que, ao término do contrato foi deduzida uma ajuda de custo concedida quando de sua transferência de local de trabalho e não foram pagas as verbas rescisórias.

Postula: diferenças salariais, adicional de transferência, férias + 1/3, 13º salário, multa do art. 477 da CLT e FGTS.

Requer, outrossim, os benefícios da justiça gratuita e a incidência do art. 467 da CLT.

Atribui à causa o valor de R\$ 10.000,00 e junta documentos.

A reclamada ofereceu defesa escrita (fls. 108/128), acompanhada de documentos, sobre os quais manifestou-se o obreiro às fls. 295/296.

Em prosseguimento à audiência, foi colhido o depoimento do autor e de duas testemunhas.

Sem mais provas, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais orais.

Infrutíferas as tentativas de conciliação.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

a) Da inépcia da inicial

A inicial atenda às exigências do art. 840, § 1º, da CLT.

Rejeita-se.

b) Da impossibilidade jurídica do pedido

A impossibilidade jurídica do pedido só existe nas situações em que é vedado ao Judiciário manifestar-se sobre o mérito da demanda, o que não é o caso. Se existe, ou não, o direito pleiteado, é questão relativa ao mérito da demanda.

Afasta-se a preliminar.

c) Da prescrição

Considerando que a extinção contratual deu-se em 29.08.2001 e a presente ação foi ajuizada em 29.08.2003, acolhe-se em parte a prescrição invocada e declaram-se alcançadas por ela as parcelas que se tornaram exigíveis anteriormente a 29.08.1998, observado o disposto nos arts. 149 e 459, § 1º, da CLT e art. 1º da Lei nº 4.749/65, bem assim os Enunciados 206 e 362 do TST.

d) Das diferenças salariais

Não demonstrou o autor ser merecedor de diferenças salariais, seja por omissão de reajustes, seja em face de promoções que não lhe teriam sido concedidas.

Conforme demonstra a reclamada, os triênios foram pagos e não trouxe o autor aos autos norma coletiva alguma que lhe garantisse o direito a piso salarial superior ao valor recebido ou a promoções.

Indevido o principal, também não há falar em reflexos.

Nada a deferir, pois, no particular.

e) Do adicional de transferência

O caso dos autos não retrata hipótese de transferência em caráter provisório, razão pela qual, conforme entendimento jurisprudencial já definido, não incide a regra prevista no art. 469, § 3º, da CLT.

Indefere-se.

f) Das verbas rescisórias

A questão toda acerca das verbas rescisórias assenta-se no fato de a reclamada tê-las discriminado no TRCT, mas pretender descontar o valor integral das mesmas, em razão de ter-se o autor demitido antes de completados 36 meses de sua transferência.

Nessa condição, sustenta a reclamada que, conforme prevêem seus regulamentos, deve o empregado devolver a ajuda de custo recebida proporcionalmente ao tempo faltante para atingir aquele período.

Em resumo, portanto, a discussão limita-se, basicamente, a saber se a reclamada tinha, ou não, direito à devolução de parte da ajuda de custo concedida quando da transferência do obreiro para Araguaína.

Conquanto o reclamante tenha impugnado os documentos que prevêem tal desconto tão-somente sob o aspecto de sua ciência dos mesmos, tal questão, no particular, é de somenos importância, não se podendo prescindir da análise de sua validade no plano do Direito do Trabalho. Afinal, consoante o art. 9º da CLT, são nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos de proteção ao trabalhador.

E, consoante o art. 470 da CLT, as despesas resultantes da transferência devem correr à conta do empregador.

Por outro lado, em face do princípio que garante a toda a pessoa humana a liberdade de trabalho, seria ilícita qualquer restrição a que o trabalhador se demita.

Consigne-se, outrossim, que a transferência deu-se no interesse da reclamada, não tendo sido o autor quem a procurou.

Ora, a ajuda de custo destina-se a cobrir as despesas necessárias ao trabalhador transferido, a fim de firmar residência no novo local de trabalho. E é em razão de tal fim que a jurisprudência entende não ser devido o adicional, em tais circunstâncias.

Por outro lado, ajuda de custo não é um prêmio ou gratificação ao trabalhador transferido, mas uma indenização de despesas que lhe são impostas em razão da mudança do local de trabalho.

Que o reclamante tenha transferido toda a família para o novo local de trabalho, ou não, é questão que passa ao largo da discussão, uma vez que, se não o fez, enfrentou outros tipos de despesas, como viagens para visitar os familiares ou vice-versa, além de ter-se privado de sua convivência diária, ter que manter mais um imóvel residencial, o que, como é óbvio, implica aumento de despesas.

Por outro lado, não sendo o reclamante portador de estabilidade, poderia ser dispensado a qualquer momento e, por se tratar de transferência definitiva, a reclamada não teria a obrigação de arcar com as despesas de retorno do reclamante à cidade em que residia anteriormente.

Em suma, qual a destinação que o empregado dê à ajuda de custo, se leva a família consigo ou não, suas decisões pessoais, que variam consoante as circunstâncias de cada caso.

O pagamento da ajuda de custo, aliás, é até uma forma cômoda de o empregador livrar-se de discussões acerca da aplicação dos recursos pelo trabalhador.

O que não se pode negar, entretanto, é que a transferência suscita uma série de questões que devem ser solucionadas pelo trabalhador segundo a sua condição pessoal e familiar: levar, ou não, os familiares consigo, o que envolve dificuldades de toda ordem, como mudança de escola dos filhos, nem sempre possível, por exemplo, para quem tem filhos cursando universidade. Muitas vezes não é possível levar a família porque alguns de seus membros têm atividades às quais não podem dar continuidade em outro lugar. Em outros casos é o trabalho do cônjuge que impede a mudança da família toda. Não se pode excluir, ainda, eventuais problemas de saúde. Enfim, há uma série de questões que pesam na decisão do trabalhador entre mudar-se definitivamente, ou apenas alugar outro imóvel no lugar para onde é transferido e lá morar sozinho, visitando os familiares quando possível. E a ajuda de custo visa a atender a essa gama de questões, permitindo ao trabalhador a adoção da solução que lhe seja mais conveniente.

Assim, optando a reclamada pelo pagamento de ajuda de custo em um valor global, sem exigir dos empregados transferidos prova das despesas efetuadas, não pode condicionar o pagamento à permanência no local de destino ou à continuidade do vínculo.

Conquanto a transferência possa acarretar despesas adicionais em caráter permanente, parte a lei da presunção de que o trabalhador firme seu domicílio no novo local de trabalho e, neste caso, as despesas passam a ser mais ou menos as mesmas que tinha no domicílio anterior.

A ajuda de custo, portanto, destina-se a atender a uma despesa que deve ser realizada no ato da transferência, não tendo por fim indenizar gastos extras, porventura realizados ao longo do tempo de permanência no novo local de trabalho.

Destarte, caso o trabalhador não mude de residência, terá que arcar com despesas por todo o tempo em que estiver laborando no novo local de trabalho. Mas essa foi uma opção sua, devendo, assim, arcar com as consequências. O que cabe ao empregador é fornecer-lhe as condições econômicas para que mude de residência.

Convém acentuar que o empregado transferido não se equipara ao que teve cursos custeados pelo empregador. O empregado que sai da empresa após ter cursado universidade ou especialização às custas do empregador, carrega consigo o que aprendeu, obtendo ou podendo obter, em razão disso, melhor remuneração no mercado. A transferência, ao contrário, não acrescenta nada ao empregado, nem é fator que lhe permite obter melhores empregos. Assim, ao contrário dos cursos pagos pelo empregador, que também trazem benefícios ao empregado, a transferência atende única e exclusivamente aos interesses do empregador, pelo menos como regra.

Não se pode, portanto, dizer que, neste caso, o pagamento de ajuda de custo constitua um benefício ao empregado: é mera indenização de despesas impostas ao trabalhador. E é por isso que a ajuda de custo, nos casos de transferência, não pode estar sujeita a condição suspensiva, até porque a lei a estabelece em caráter imperativo (CLT, art. 470), não sendo permitido às partes, ainda que de forma indireta, elidir tal obrigação.

Registre-se, ainda, que, o empregador não faz “convites”, mas expede ordens. Conquanto o modo de transmiti-las possa variar, o seu conteúdo é sempre o mesmo: ainda que se externem sob a forma de inocentes propostas, diante de um sistema que não reconhece ao trabalhador salvaguarda alguma contra a dispensa imotivada, não acatar uma “sugestão” do empregador pode redundar e, mais cedo ou mais tarde, normalmente redundar naquele desfecho

Diante disso, declaro indevida a devolução pretendida pela reclamada e defiro o valor de R\$ 4.932,50 que a reclamada pretendeu descontar (fls. 147), não sendo cabível, ademais, a exigência de qualquer outra devolução a esse título pela reclamada.

Por outro lado, ao não observar o disposto no art. 477, § 5º, da CLT, a reclamada incorreu em mora no acerto rescisório, razão pela qual é devida a multa do art. 477, § 8º, da CLT. No caso, ainda que devida fosse a devolução, não poderia a reclamada compensá-la no valor do acerto além do equivalente a um mês de remuneração. Não tendo observado tal limite, a falta de pagamento no prazo, do valor que excederia o limite da compensação permitido, revela-se injustificada. Acrescente-se que a reclamada não pode alegar ignorância de tal dispositivo legal nem alegar boa-fé, uma vez que não só tem condições para ter como de fato tem assessoria jurídica que conhece a norma em questão. Defere-se, assim, ao autor a multa do art. 477, § 8º, da CLT.

Tendo a reclamada contestado todos os pleitos do autor, não há lugar para a aplicação do art. 467 da CLT.

Não tendo o autor apontado irregularidades nos recolhimentos mensais do FGTS, entende-se que o pleito a esse título limita-se às incidências sobre as demais parcelas, de modo que deverá a reclamada comprovar apenas os recolhimentos de FGTS sobre as verbas que constam no TRCT de fls. 147.

g) Da justiça gratuita

Pela remuneração confessada pelo autor, tem-se que não necessita dos benefícios da justiça gratuita, pelo menos para demandar perante a Justiça do Trabalho, onde as despesas são módicas.

Indefere-se.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido, para condenar Ford Comércio e Serviços Ltda. a pagar a Aurélio Honório Mendonça Moura as verbas deferidas na fundamentação acima, pelos valores a serem apurados em liquidação da sentença, mediante simples cálculos, atualizados monetariamente e acrescidos de juros legais, observado o entendimento constante da OJ 124 da SDI-I/TST, bem como a comprovar nos autos os depósitos de FGTS incidentes sobre as verbas que constam no TRCT de fls. 147, no prazo de oito dias, sob pena de execução.

Custas, pela reclamada, no importe de R\$ 150,00, calculadas sobre R\$ 7.500,00, valor arbitrado à condenação para esse fim.

Cientes as partes (Enunciado 197/TST).

Nada mais.

ARI PEDRO LORENZETTI
Juiz do Trabalho Substituto

PRESCRIÇÃO. CONTRATOS SUCESSIVOS. CONTAGEM.

RT-00174-2004-006-18-00-4

Reclamante: EDISON BENEDITO DE SOUZA,

Reclamado: CONSTRUTORA ORCA LTDA

Aos 19 dias do mês de março de 2004, na presença do Juiz do Trabalho ARI PEDRO LORENZETTI, que ao final assina, realizou-se a audiência relativa ao processo nº **174/2004-5**, entre partes: **EDISON BENEDITO DE SOUZA**, reclamante, e **CONSTRUTORA ORCA LTDA**., reclamada.

Às 17h15min, aberta a audiência, de ordem do Exmo. Juiz, foram apregoadas as partes: Ausentes.

Estando o feito em condições de julgamento, foi proferida a seguinte

SENTENÇA

Vistos etc.

Edison Benedito de Souza, qualificado na inicial, ajuizou reclamação trabalhista em face de Construtora Orca Ltda., igualmente qualificada, aduzindo, em síntese, que laborou para a reclamada, na função de Pedreiro, nos seguintes períodos: de 21.06.2001 a 13.09.2001, de 15.05.2002 a 11.07.2002 e de 29.03.2003 a 02.12.2003, quando prestou serviços em sobrejornada e em dias destinados a descanso, sem a devida remuneração.

Postula: remuneração do labor prestados aos domingos e feriados e horas extras e reflexos.

Requer, ainda, os benefícios da assistência judiciária.

Atribui à causa o valor de R\$ 14.651,00 e junta documentos.

A reclamada ofereceu defesa escrita (fls. 17/26), acompanhada de documentos, sobre os quais manifestou-se o autor às fls. 72/78.

Em prosseguimento à audiência, foram ouvidas as partes e quatro testemunhas.

Sem outras provas, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais orais remissivas.

Sem êxito as tentativas de conciliação.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

a) Da prescrição

Em decorrência da previsão constitucional e legal de prazos prescricionais diversos, conforme ainda vigente ou já extinta a relação empregatícia, há de se ter cuidado especial na aplicação das regras prescricionais na sucessão de contratos de trabalho entre as mesmas partes.

Aparentemente, poder-se-ia pensar havendo diversos contratos sucessivos, dever-se-ia considerar extinta a exigibilidade dos créditos, em relação a cada um deles, após dois anos do respectivo término, sendo irrelevante a superveniência de novo pacto laboral entre as partes.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que não se trata de confundir os prazos de prescrição com a *accessio temporis* (CLT, art. 453), até porque o instituto deixou de ter interesse a contar do fim do sistema de estabilidade decenal.

Assim, havendo vários contratos sucessivos, se entre o término de um e o início do seguinte houver transcorrido período de tempo superior a dois anos, na ausência de fatos interruptivos ou suspensivos da prescrição, não mais será possível alterar as regras prescricionais incidentes sobre os contratos passados, uma vez que, quando do novo ajuste, a prescrição dos créditos relativos aos pactos anteriores já estará consumada, independente de ser, ou não, passível a soma dos períodos anteriores. Ademais, tal regra perdeu.

Contudo, se entre os contratos mediar um período de tempo inferior a dois anos, ou, ainda que maior do que dois anos, se a prescrição dos créditos relativos aos contratos anteriores não estiver inteiramente consumada, temos que o contrato seguinte implicará, necessariamente, uma alteração quanto à extensão dos prazos prescricionais em curso.

Tal conclusão decorre, primeiro, da interpretação do dispositivo constitucional pelo critério teleológico, consoante o disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, e, segundo, do princípio da proteção, que impõe a hermenêutica das normas trabalhistas consoante a regra *in dubio pro operario*.

Anteriormente à CF-88, os prazos prescricionais, para o trabalhador urbano buscar na Justiça eventuais créditos laborais insatisfeitos era de dois anos. O inciso XXIX do art. 7º da CF-88 resultou de uma composição entre as correntes de pensamento existentes no âmbito da Assembléia Nacional Constituinte, pretendendo alguns estender aos trabalhadores urbanos as regras prescricionais então vigentes em relação aos trabalhadores rurais, enquanto outros advogavam o nivelamento em sentido inverso. No consenso, prevaleceu o reconhecimento de que a vigência do contrato de trabalho implica uma limitação à liberdade do trabalhador de perseguir seus direitos em juízo¹. Ora, essa particularidade da prescrição trabalhista não pode ser descurada na aplicação da norma, e não é o fato de se tratar de um novo contrato que elide aquele fundamento, com base no qual a Constituição elevou o prazo prescricional na vigência do contrato de trabalho. Logo, pretender distinguir os contratos pelo simples fato de entre si não guardarem relação importa negar o espírito da norma, a pretexto de aplicá-la em todas as suas letras.

Em segundo lugar, se dúvidas pudesse haver quanto ao sentido da norma, a mesma deveria ser interpretada no sentido contrário à prescrição, seja por consolidar o instituto, na maioria das vezes, uma situação contrária ao direito, seja por importar a supressão de créditos laborais. Assim, dados os fins do instituto, deve ser interpretado de forma a não facilitar a consumação da prescrição. E, por se tratar de prescrição trabalhista, a norma não pode ser interpretada de forma a prejudicar a efetividade dos direitos laborais.

Logo, a interpretação mais consoante com as regras de hermenêutica e de acordo com a teleologia da norma a ser aplicada aponta no sentido de que, existindo verbas trabalhistas ainda não prescritas em relação a contrato anterior, firmando as partes um novo pacto, este último importa modificação dos prazos prescricionais em curso, relativos ao(s) contrato(s) extinto(s). No caso, a superveniência de novo contrato de emprego entre as partes implica a incidência das regras prescricionais previstas para serem aplicadas durante a vigência do contrato. Disso decorre que o prazo da prescrição volta a ser apenas o quinquenal², devendo ser computado a partir da lesão ao direito.

1. "Em caso de readmissão do empregado, (...) naturalmente ressurgem o status *subjectionis* e o interesse em não litigar, razões que ditaram a prescrição quinquenal para o trabalhador urbano e a imprescritibilidade para o empregado rural, na hipótese de constância do contrato" (TRT 4ª Região, RO 96.034645-47, Ac. 2ª T., 23.06.98, Rel. Juiz Paulo Caruso. Informa Jurídico 16).

2. Evidente que, no prazo de cinco anos, será computado o período já transcorrido.

O fato de o contrato vigente ser diverso daquele no qual foram constituídos os créditos em via de prescrição é irrelevante. Não fosse assim, os direitos do trabalhador constituídos durante o contrato de experiência, por exemplo, tratado pela CLT como contrato por prazo determinado, passariam a prescrever pelo prazo de dois anos ao término deste, ainda que lhe sucedesse um contrato por prazo indeterminado. Da mesma forma, mesmo prosseguindo a prestação laboral, após a aposentadoria espontânea, o trabalhador sofreria os efeitos de uma prescrição pelo prazo reduzido, a despeito de continuar empregado, nas mesmas condições anteriores, dado o entendimento de que a jubilação importa extinção do contrato (TST/SDI-I, OJ nº 177). De igual modo, a se vincular os prazos apenas ao respectivo contrato, haver-se-ia que dizer que o trabalhador que firma novo contrato com a empresa, por exemplo, por ter prestado concurso para função diversa, deixa de ser beneficiado pelo prazo de cinco anos em relação ao primeiro pacto, pelo simples fato de ter-se vinculado por novo contrato, o que atenta contra o espírito que animou o legislador constituinte a fixar prazos distintos, importando também, por conseqüência, ofensa ao disposto no art. 5º da LICC.

O que importa, pois, é se continua havendo uma relação empregatícia entre as partes. Em caso positivo, a prescrição flui apenas pelo prazo quinquenal, computado este da lesão ao direito.

Não é possível, no caso, a invocação analógica dos critérios de contagem adotados pelo Direito Civil, na vigência do Código Civil anterior, para fins de usucapião ordinário (CC 1916, art. 551), nas hipóteses em que parte da posse era exercida entre presentes e parte entre ausentes³). Pelas normas constitucionais relativas à prescrição trabalhista, o tempo transcorrido conta-se sempre de forma simples, pelo seu valor absoluto, variando apenas os prazos. Com a extinção do vínculo, inicia-se a contagem de dois anos, a partir daquele termo. Reatando as partes a relação de emprego antes de completado esse prazo, a prescrição volta a ser quinquenal, contada da lesão ao direito, que constitui a regra aplicável na vigência do contrato de trabalho.

Em nada interfere, no caso, a distinção entre as hipóteses nas quais, segundo o art. 453 da CLT, era, ou não, cabível a *accessio temporis*. Para efeitos prescricionais, o que interessa, na sucessão de contratos, é apenas a regra segundo a qual, existindo um contrato de trabalho entre as partes, o prazo prescricional para reclamar créditos trabalhistas será de 5 anos. Uma vez extinto o vínculo de emprego, o prazo prescricional passa a ser de dois anos. Passando novamente as partes à condição de empregado e empregador, para todos os créditos não prescritos, a regra aplicável volta a ser aquela prevista para a vigência da relação, independente de os créditos pendentes serem originários do contrato atual ou de pactos anteriores. A mesma solução se aplica no caso de serem os contratos firmados com empresas diferentes, dentro do mesmo

3. Dispunha o Código Civil de 1916: "Art. 551. Adquire também o imóvel aquele que, por 10 (dez) anos entre presente, ou 15 (quinze) entre ausentes possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé. Parágrafo único. Reputam-se presentes os moradores do mesmo município e ausentes os que habitam município diverso". Neste caso, os civilistas adotavam o critério da proporcionalidade, ou seja, consideravam o valor relativo do período transcorrido em cada uma das situações. Assim, por exemplo, se os interessados (o proprietário e o possuidor prescribente) tivessem habitado o município de situação do imóvel durante cinco anos (50% do prazo entre presentes), mudando-se um deles, depois, para município diverso, o possuidor necessitaria de mais 7,5 anos (50% do prazo entre ausentes) para completar a aquisição do bem pelo usucapião ordinário, e não mais 10 anos. A respeito, ver SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens imóveis e móveis. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. pp. 89-90.

grupo econômico, por se tratar de efeitos do próprio contrato de trabalho, pelos quais respondem também as demais empresas⁴.

Em síntese, existindo relação de emprego entre as partes, a prescrição será quinquenal em relação a todo e qualquer crédito trabalhista envolvendo as partes. A origem do crédito é irrelevante, uma vez que o que determina a duração dos prazos prescricionais é existência, ou não, de vínculo subordinativo entre as partes, e aquela condição não se altera pelo simples fato de o atual contrato de trabalho ser outro, diverso do que originou os créditos em vias de prescrição. Em qualquer caso, o vínculo de subordinação inibe a disposição do trabalhador de perseguir os seus direitos, quando não a interdita completamente.

Diante disso, não há prescrição a ser declarada, no presente caso, em relação ao primeiro contrato, uma vez que entre este e o segundo pacto mediou período inferior a dois anos. Também o intervalo entre o segundo e terceiro contratos foi inferior a dois anos. Por fim, entre o término do último contrato e o ajuizamento da presente ação, da mesma forma, o intervalo foi inferior a dois anos.

b) Da remuneração

À falta de outras provas, a remuneração a prevalecer é a indicada na contestação, qual seja, R\$ 363,00 no primeiro contrato, e R\$ 396,00 nos dois últimos, sendo que, a partir de maio de 2003 o salário passou para R\$ 460,00, conforme alegado pelo autor. Note-se que tal salário aparece nos recibos de pagamento a partir de julho, mas foi paga diferença de R\$ 128,00, relativa aos meses anteriores, isto é, R\$ 64,00 referentes a maio e R\$ 64,00 relativos a junho (fls. 63).

c) Da jornada laborada

Noticiou o autor a seguinte jornada: das 7h às 22h, de segunda a sexta-feira, com duas horas de intervalo (uma para almoço e outra para janta), e aos sábados, domingos e feriados, das 7h às 20h, também com duas horas de intervalo e uma folga mensal.

A reclamada negou o labor aos sábados, domingos e feriados, admitindo labor extra eventual, que diz já ter sido inteiramente pago. Em favor de sua tese apresenta cartões de ponto e recibos de pagamento de salários, documentos impugnados pelo reclamante.

O preposto reconheceu, ainda que em caráter eventual, o labor aos sábados, o que também pode ser encontrado, em alguns cartões, como os de fls. 32-v, 33-v, 34 e 34-v, 35, 51, 52, 54, 55 e 56. Às fls. 32-v encontramos pelo menos um registro de trabalho em domingo. Todavia, apesar de afirmar que era o reclamante quem registrava seu cartão de ponto, não soube explicar de quem era a letra, por exemplo, dos documentos de fls. 32-v, 33 e 35.

4. "GRUPO ECONÔMICO. PRESTAÇÃO DE TRABALHO A EMPRESAS DO MESMO GRUPO. PRESCRIÇÃO. A noção do grupo como empregador único, que se extrai do § 2º do art. 2º da CLT, permite concluir que é apenas formal, e não real, a cessação do vínculo com uma empresa, seguida da admissão por outra do mesmo grupo, sem solução de continuidade. Embora não seja objeto da lide a declaração de unicidade contratual, a prescrição merece tratamento diferenciado. Em caso de readmissão do empregado, suspende-se o curso do prazo prescricional, em atenção ao espírito da lei, porque naturalmente ressurgem o status subjectionis e o interesse em não litigar, razões que ditaram a prescrição quinquenal para o trabalhador urbano e a imprescritibilidade para o empregado rural, na hipótese de constância do contrato" (TRT 4ª Região, RO 96.034645-47, Ac. 2º T., 23.06.98, Rel. Juiz Paulo Caruso. Revista LTr, v. 62, n. 11, nov. 1998. p. 1571)

"GRUPO ECONÔMICO. PLURALIDADE DE VÍNCULOS CONTRATUAIS ROMPIDOS EM MOMENTOS DIVERSOS. PRESCRIÇÃO TOTAL. INÍCIO DA CONTAGEM. O reconhecimento de que um grupo econômico se constitui em empregador único dos trabalhadores vinculados a cada uma das 'unidades filiadas' vai muito além da teoria agasalhada pela lei para definir a responsabilidade solidária pelos débitos trabalhistas (art. 2º, § 2º, da CLT). A figura do empregador único é um fato concreto e inegável, caracterizada pela possibilidade de qualquer das 'unidades filiadas' a um grupo econômico exercer os poderes inerentes ao empregador, em especial o poder subordinante (Enunciado n. 129 do TST). Em assim sendo, a cessação de um contrato de trabalho, quando mantidos outros com empresas do mesmo grupo, é apenas formal, pois o empregador único continua a exercer o poder subordinante por meio dos contratos de trabalho ainda vigentes, e só com a extinção do último contrato é que o vínculo de emprego realmente chega ao fim, dando início à contagem do prazo da prescrição bienal extintiva" (TRT 24ª Região, RO 01258-2001-004-24-00-7, Ac. 12.02.2003, Rel. Juiz Amaury Rodrigues Pinto Júnior. Revista LTr, v. 67, n. 9, set. 2003. p. 1131).

As testemunhas trazidas pelo autor foram uníssonas em confirmar a jornada alegada na inicial. A testemunha apresentada pela reclamada afirmou que trabalhou com ele em Brasília, curiosamente onde ninguém falou ter trabalhado com o reclamante, nem há nos documentos registros de labor em tal cidade.

As testemunhas trazidas pelo autor também foram convergentes no sentido de demonstrar que não eram os empregados que registravam a jornada, a não ser pela manhã. Somado esse aspecto à clara evidência de que não foi o reclamante quem anotou os horários registrados manualmente, havendo, ainda, inúmeros registros uniformes, tem-se que a hipótese desafia a incidência da orientação jurisprudencial n. 306 do TST. Afinal não se poderia privilegiar quem tratou de impedir o trabalhador de produzir uma prova da real jornada laborada.

Por outro lado, a testemunha trazida pela reclamada, afirmou ter trabalhado com o reclamante em Brasília, o que não corresponde às anotações que constam dos controles de ponto trazidos pela reclamada.

Todavia, pelo menos a segunda testemunha trazida pelo autor declarou que de vez em quando havia descanso também em um domingo, quando estavam fora.

Assim, seja pela imprestabilidade dos controles de ponto, seja pela falta de segurança demonstrada pela testemunha trazida pela reclamada quanto aos locais que teria trabalhado com o autor, seja, ainda, pela convergência encontrada na prova oral produzida pelo autor, acolhe-se a seguinte jornada: das 7h às 22h, com duas horas de intervalo, de segunda a sexta-feira, e das 7h às 20h aos sábados domingos e feriados, com quatro folgas mensais (um sábado, dois domingos e uma segunda-feira), sendo que em uma sexta-feira por mês havia labor até as 17h, neste caso com uma hora de intervalo.

Deferem-se, assim, as horas extras compreendidas na jornada acima acolhida, assim compreendidas as excedentes à 44 semanal. Divisor 220 e adicional é de 50%.

Considerando a existência de 4 folgas mensais, tem-se que só é devida remuneração em dobro pelo labor prestado nos feriados. Os feriados laborados são os indicados às fls. 73.

Dada a habitualidade do labor extra, deferem-se, igualmente, os reflexos das horas extras acima reconhecidas em RSR, com incidências em férias + 1/3, 13º salários e aviso prévio, bem assim as repercussões em FGTS + 40%.

Os valores já pagos por igual título, em idêntico período, deverão ser deduzidos do montante apurado em liquidação da sentença.

d) Da assistência judiciária gratuita

Requerida na forma legal, deferem-se.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido, para condenar Construtora Orca Ltda. a pagar a Edison Benedito de Souza as parcelas deferidas na fundamentação acima, pelos valores a serem apurados em liquidação da sentença, mediante simples cálculos, atualizados monetariamente e acrescidos de juros legais.

Comprove a reclamada os recolhimentos previdenciários e fiscais incidentes, sob pena de execução em relação aos primeiros e de ser comunicada à SRF a ausência dos últimos.

Custas, pela reclamada, no importe de R\$ 160,00, apuradas sobre R\$ 8.000,00, valor arbitrado à condenação para esse fim.

Cientes as partes (Enunciado 197/TST).

Nada mais.

ARI PEDRO LORENZETTI
Juiz do Trabalho Substituto

INQUÉRITO JUDICIAL PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. EMPREGADO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO. NÃO OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO DE PROVIMENTO EFETIVO, DIRIGENTE SINDICAL OU EMPREGADO ESTÁVEL PELO DECÊNIO (ART. 492 DA CLT).

PROCESSO TRT15-IFG-000532-2002-043-15-00-3

3ª Vara do Trabalho de Campinas-SP

Reclamante: JACKSON RODRIGUES DE OLIVEIRA

Reclamado: MUNICÍPIO DA JAGUARIÚNA

Vistos, etc.

Comigo somente hoje (05.07.2004)

Submetido o processo a julgamento monocrático, ante o teor da Emenda Constitucional n. 24, prolato a seguinte

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

O MUNICÍPIO DA JAGUARIÚNA ajuizou inquérito para apuração de falta grave em face de JACKSON RODRIGUES DE OLIVEIRA, operador de estação de tratamento de água (ETA), alegando, em síntese, que o requerido fora admitido para laborar junto à requerente em 01.02.2001, mediante aprovação em concurso público, no emprego público de operador de ETA, com salário inicial de R\$ 417,04/mês. No curso do contrato, procedera o réu com desídia, indisciplina e insubordinação, além de desempenho insatisfatório no serviço público, com constantes faltas injustificadas, desinteresse no trabalho e agressão verbal aos superiores. Esse estado de coisas teria culminado com atos de omissão no cumprimento do serviço e de recusa de utilização de EPIs, aptos a motivar o presente inquérito judicial para apuração de falta grave. Esmiuçando o ato de insubordinação, o requerente esclareceu que, em 17.02.2002, fixou comunicado no quadro de avisos da ETA lembrando que as bombas de recalque deveriam ser ligadas às 06h00; de igual modo, no mesmo dia, o requerido recebeu ordens diretas da Secretária Municipal de Saneamento Básico para fazê-lo. A despeito disso, porém, o requerido não teria ligado as bombas de recalque no dia 18.02.2002 às 06h00, criando perigo de desabastecimento em escolas, creches, postos de saúde e residências. Sobre a indisciplina, observou que se constatou que o requerido não utiliza EPIs, conquanto os tenha recebido. A título de antecedentes, o requerente apontou ainda cinco faltas injustificadas, atestando a desídia do requerido. Pediu, assim, a procedência da ação de inquérito, para considerar rescindido o contrato de trabalho a partir de 26.02.2002. Juntou procuração e documentos.

Houve sucessivas redesignações de audiência, em função de paralisação de servidores (fls.68-69), readequação de pauta (fl.74) e apresentação de reconvenção (fl.79).

Na audiência de 04.09.2002, o requerido fez juntar contestação (fls.80-100), na qual arguiu incompetência material da Justiça do Trabalho (por ser servidor estável), inépcia da inicial, falta de interesse de agir e, no mérito, repudiou todas as imputações de justa causa, ao argumento de que sofria pressão psicológica e era vítima de falsas acusações, tendo sido suspenso ao cabo de um processo administrativo em que lhe foi negada a ampla defesa; disse ainda, acerca de suas faltas, que apresentou atestados médicos, e que em face da suspensão do contato de trabalho não vinha recebendo trezenos salários, férias, aviso prévio, F.G.T.S. e demais benefícios do contrato de trabalho, o que lhe carregou,

juntamente com a sindicância e a “injusta despedida por justa causa”, grave dano moral; vislumbrou, enfim, ausência de atualidade, de gravidade (excesso de rigor) e de informação na imputação de falta grave. Ao mesmo ensejo, apresentou pedido contraposto, consistente na declaração liminar da nulidade da dispensa e no decreto de reintegração do requerido às funções antes desempenhadas, no pagamento de todas as remunerações vencidas e vincendas desde a dispensa até a efetiva reintegração, nos recolhimentos de F.G.T.S. e de contribuições sociais desde a dispensa até a reintegração e na fixação de multa diária até a efetiva reintegração ou, alternativamente, no pagamento de todas as verbas rescisórias, com indenização por danos morais e indenização de seguro-desemprego.

O requerido ainda apresentou reconvenção às fls.111-126, com mesmos argumentos e pretensões dos “pedidos contrapostos” que acompanharam a contestação.

Réplica do Município-requerente às fls.159-174. Contestação à reconvenção às fls.175-192. Réplica do reconvinte à contestação da reconvenção às fls.200-203.

Em audiência de instrução (fls.224-227), foram colhidos os depoimentos pessoais de suscitante (requerente) e suscitado (requerido), além de cinco testemunhas pelo suscitante. Deu-se ainda a reinquirição de requerente e requerido, em caráter de interrogatório, nos termos do artigo 342 do CPC. Em face das provas orais colhidas, determinou-se a quebra do sigilo das comunicações telefônicas da secretária municipal LUCIANA CARLA FERREIRA DE SOUZA, nos termos da decisão de fls.226-227 (em razão do que se determinou processamento ulterior em segredo de Justiça).

A diligência judicial trouxe aos autos as provas documentais de fls. 203, 232 e 238.

Encerrou-se a instrução processual, abrindo-se prazo comum para razões finais (fl.239), lançadas às fls.242-246 e 247-249.

Partes inconciliadas (última proposta à fl.227, *in fine*, rejeitada).

Os autos foram-me remetidos para julgamento, nos termos do Capítulo AUD da Consolidação das Normas da Corregedoria Regional do Tribunal Regional da Décima Quinta Região.

É o relatório. **DECIDO**

2. FUNDAMENTAÇÃO

I. Das preliminares em geral

Antes de ingressar ao *meritum causae*, passo à apreciação das questões preliminares, *ex officio* ou tal como suscitadas pelas partes.

Quanto ao inquérito judicial, releva observar, *ab initio*, que todos os pedidos formulados pelo suscitante são juridicamente possíveis, estão fundados em causas de pedir idôneas, das quais decorrem logicamente, e não guardam incompatibilidade entre si. Daí porque não vislumbro, na petição inicial, qualquer inépcia. **Rejeito** a preliminar de fl.81.

Ainda sobre o inquérito, observo que, por falta de previsão legal, **não se trata de ação de natureza dúplice**, como são as possessórias e as consignatórias em pagamento, e **tampouco admite pedido contraposto**, como ocorre no procedimento sumário civil. Diante disso, **não conheço** dos pedidos tal como deduzidos às fls.98-99, no bojo da contestação. Observo, porém, que esses mesmos pedidos foram *reproduzidos* na reconvenção de fls.111-126 e, nessa ensancha, **DELES CONHEÇO**, por se tratar de direitos evidentemente *conexos* com o fundamento da defesa (i.e., inoccorrência de justa causal/falta grave), *ut* artigo 315, *caput*, *in fine*, do CPC.

Quanto à reconvenção, é patente a possibilidade jurídica dos pedidos, à mercê da legislação trabalhista vigente, e bem assim o interesse processual de agir, em resposta à

ação ajuizada pelo Município e ao irredutível propósito da Administração em vê-lo fora de seus quadros. O fato de o contrato de trabalho ter sido *suspensão* e não *extinto* não prejudica os pleitos, seja porque o pedido principal é de *reintegração* nos termos do artigo 495 da CLT (o pedido de pagamento de haveres resilitórios e consecutórios é *sucessivo e eventual*), seja ainda porque há diversos ensejos legais para que se divise, *in casu*, extinção do contrato de trabalho com ônus integrais para o empregador (artigo 496 da CLT, artigo 474 da CLT etc.). Assim, **rejeito a preliminar de carência de ação (reconvenção)**, tal como argüida à fl.176.

II. Da competência *ex ratione materiae*

No que atine ao inquérito judicial, é indiscutível que o conhecimento da matéria cabe à Justiça do Trabalho, diante do expresso teor do artigo 114, *caput*, da CRFB, que outorga à Justiça do Trabalho a competência para “*conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União*” (g.n.). Logo, pouco importa que o requerido-reconvinte seja ou não servidor público estável: desde que seja *celetista* (i.e., *empregado público*), o juiz natural para conhecer e julgar o litígio é o Juiz do Trabalho. Não por outra razão, Celso Antônio Bandeira de Mello anota que

empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista. [...] Sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra algumas inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral; portanto, a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.¹

É esse o caso dos autos, à vista dos documentos de fls. 17-20 sendo, pois, irretorquível a competência da Justiça do Trabalho. Assim, **rejeito a preliminar de incompetência absoluta** (fl.80).

III. Da admissibilidade do inquérito judicial

Superada essa objeção, a questão preliminar seguinte diz respeito ao **cabimento** (admissibilidade) deste inquérito judicial para apuração de falta grave. E, nessa parte, andou mal o requerente. Se não, vejamos.

Consoante remansosa doutrina, o inquérito judicial, regulado pelos artigos 853 a 855 da CLT, presta-se à desconstituição de relações de emprego dotadas de *estabilidade*, nos termos dos artigos 495 a 496 da CLT. Originalmente, prestava-se apenas à hipótese da *estabilidade decenal* do artigo 492 da CLT, ferida de morte com a criação do instituto do F.G.T.S. (Lei n. 5.107/66) e definitivamente extinta com a Constituição Federal de 1988 (artigo 7º, I). Nada obstante, com a revitalização e a introdução legislativa de outras modalidades de estabilidade no emprego, firmou-se o entendimento de que o procedimento seria igualmente aplicável aos casos de *estabilidades absolutas* notadamente, aquela do artigo 8º, VIII, da CRFB (dirigente sindical). Assim, na doutrina:

Penso ter subsistido a necessidade do inquérito para apuração de falta grave em relação ao dirigente sindical, em face da nova Constituição. [...] Dá-se, assim, uma garantia maior na apuração da falta grave cometida pelo dirigente sindical (art. 482 da CLT), ao se determinar a apuração dos fatos em juízo. [...] Se houver despedida do cipeiro, “caberá ao empregador, *em caso de reclamação* à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de

1. Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, pp.139-140.

qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado” (parágrafo único do art. 165 da CLT). Não se fala, *in casu*, em inquérito, mas em reclamação à Justiça do Trabalho. Logo, a existência de motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro será provada na reclamação, prescindindo-se do inquérito. [...] Para a demissão da empregada gestante, apesar de ser detentora de estabilidade, não há necessidade de se instaurar inquérito para apuração de falta grave, por falta de previsão legal nesse sentido. O mesmo pode-se dizer do empregado em idade de prestação de serviço militar, que tem estabilidade determinada pela norma coletiva, ou qualquer outra estabilidade prevista em pacto coletivo.²

Mais ampla e genericamente, Wagner Giglio obtempera que

a ação de inquérito é admitida apenas contra o empregado estável, seja qual for a origem da estabilidade: legal, normativa, convencional ou contratual.³

De nossa parte, perfilhamos, com Martins, a tese de que, hodiernamente, o inquérito para apuração de falta grave serve apenas aos casos de empregados estáveis pelo decênio (artigo 492 da CLT), já quase desaparecidos, e aos casos dos dirigentes sindicais. O empregado, *in casu*, não se beneficia com a estabilidade do artigo 492 da CLT (foi admitido após outubro de 1988), nem é dirigente sindical. Já por isso, não teria cabimento o inquérito instaurado para desconstituir o vínculo empregatício formado entre a Administração Municipal de Jaguariúna e o ora requerido.

O requerente, contudo, aparentemente perfilha a outra tese, ampliativa. Ao que dos autos consta, o requerido não é membro titular representante de CIPA, nem conta com qualquer estabilidade pactuada coletivamente (até porque ao empregado da Administração Pública não se estendeu o direito do artigo 7o, XXVI, *ut* artigo 39, §3o, da *Lex legum*). Tampouco é gestante, por óbvio. Logo, a única estabilidade que poderia favorecê-lo seria a **estabilidade administrativa**, regulada pelo artigo 41 da CRFB. É, com efeito, o que sustenta o requerido à fl.80, ao alegar ser “funcionário público com estabilidade”. E é o que parece entender o Município-autor, à fl.160 dos autos (réplica).

Enganam-se ambos.

O requerido não é funcionário público *stricto sensu* (= servidor público estatutário), mas **empregado público** (= servidor público celetista). E, a rigor, **não é** servidor público estável.

Fora, com efeito, admitido em 01.02.2001 (fl.17), após a Reforma Administrativa de 1998 (Emenda Constitucional n 19, de 04.06.1998), que deu ao artigo 41, *caput*, da CRFB a seguinte redação:

São estáveis após **3 (três) anos** de efetivo exercício os servidores nomeados para **cargo de provimento efetivo** em virtude de concurso público (*g.n.*).

Ora, a requerente suspendeu o contrato de trabalho a partir de **25.02.2002**, por faltas graves alegadamente praticadas em **18.02.2002** e em **24.02.2002**. Nessa ocasião, o requerido contava com pouco mais de um ano de vínculo empregatício e efetivo exercício do emprego público. Logo, ainda que se adote o entendimento da O.J. n 265 da SDI-1/TST⁴, é certo que o requerido **ainda não era servidor estável** à época das faltas alegadas e da suspensão do contrato (a cuja data retroagiria, com efeitos *ex tunc*, eventual sentença desconstitutiva, *ut* artigo 493 c.c. artigo 855 da CLT) como tampouco o é na data desta sentença, já que da suspensão em 25.02.2002 até hoje não houve, tecnicamente, exercício efetivo do emprego público.

2. Sérgio Pinto Martins, Direito Processual do Trabalho, 14a ed., São Paulo, Atlas, 2000, pp.430-431.

3. Wagner Giglio, Direito Processual do Trabalho, 12a ed., São Paulo, LTr, 1995, p.268.

4. “Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade” (27.09.2002).

Ademais, divergindo da Seção de Dissídios Individuais do C. Tribunal Superior do Trabalho, compreendemos, com a melhor doutrina, que ao *empregado público* não aproveita a norma constitucional de outorga da estabilidade administrativa, basicamente porque *todo contrato de trabalho é potestativamente resilível*, o que significa que ontologicamente não contém o fundamento maior da estabilidade, que é a *efetividade*⁵. Com efeito,

a nomeação em caráter efetivo é a condição primeira para a aquisição da estabilidade. A efetividade, embora se refira ao servidor, é apenas um atributo **do cargo**, concernente à sua forma de provimento, e, **como tal deve ser declarada no decreto de nomeação e no título respectivo**, porque um servidor pode ocupar transitoriamente um cargo de provimento efetivo (casos de substituição, por exemplo), sem que essa qualidade se transmita ao seu ocupante eventual. É por isso que os nomeados em comissão e os admitidos na forma do art. 37, IX, da Constituição, cujos vínculos empregatícios têm sempre um caráter provisório, jamais adquirem estabilidade. **Por não ocuparem cargos públicos, não podem pretender a permanência no serviço público**, pois essa garantia, repetimos, é exclusiva dos *servidores regularmente investidos em cargos públicos de provimento efetivo*.

Não é esse o caso dos autos, porque o requerido não ocupou *cargo público* na acepção do artigo 3o da Lei 8.112/90, mas **empregado público**. Além disso, o respectivo ato de admissão (fl.17) *não declara de provimento efetivo* o emprego público (a rigor, nem poderia fazê-lo), mas de regência celetária, conquanto também o declare de caráter *permanente* (o que não é o mesmo: diz com a *continuidade* do serviço público, não com as garantias do servidor).

É que, após a Reforma Administrativa de 1998, a estabilidade administrativa passou a favorecer **expressamente** os ocupantes de **cargos públicos de provimento efetivo**, como visto *supra*. O requerido, insista-se, **não ocupa cargo público**, que é *“o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”, sendo “criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão”* (artigo 3o, caput e parágrafo único, da Lei 8.112/90, que esboça o conceito técnico-doutrinário do instituto), e de **ocupação necessária por servidores estatutários**, i.e., servidores sujeitos ao regime estatutário. Com efeito, são *servidores públicos*:

*“(..)os servidores estatutários, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos; (...) os empregados públicos, contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público; (...) os servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art.37, IX, da Constituição); eles exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público. (...) Os da primeira categoria [cargos] submetem-se a regime estatutário, estabelecido em lei para cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse, não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes.”*⁶

5. Cfr. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 16a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p.377 (g.n.).

6. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 12a ed., São Paulo, Atlas, 2000, p.418 (negritos no original).

A esse servidor estatutário ocupante de **cargo público** cabe a denominação de **funcionário público "stricto sensu"**, eis que

na vigência da Constituição anterior, utilizava-se a expressão **funcionário público** para designar o atual servidor estatutário (...). Essa categoria só existia na Administração direta (incluindo Executivo, Judiciário e Legislativo), pois apenas ele ocupava cargo público criado por lei e se submetia ao Estatuto (...).⁷

Evidentemente, o requerido-reconvinte é **empregado público** e não funcionário público "stricto sensu", porque sua relação jurídica com a Administração Municipal sempre esteve regida pela Consolidação das Leis do Trabalho e não pelo estatuto da lei local, como fazem prova os documentos de fls.17-20. Sendo *empregado público*, não ocupou **cargo**, mas *emprego público*. Logo, a teor do texto constitucional em vigor, **não lhe aproveita a estabilidade constitucional do artigo 41 da CRFB/88**, eis que **textualmente restrita**, desde 06/1998, a **ocupantes de cargos públicos de provimento efetivo** e, pela mesma razão, **não lhe aproveitaria qualquer estabilidade dada pela Lei Orgânica Municipal, fora** das hipóteses do artigo 41 da CRFB e do artigo 19 do ADCT, porque haveria, nessa parte, vulneração à regra *mater* constitucional (*princípio do paralelismo federativo*; nesse sentido, cfr., *mutatis mutandi*, ADIn n. 208-SC, Min. José Carlos Moreira Alves, j. 14.11.2002, e ADIn n. 88-MG, rel. Min. José Carlos Moreira Alves, j. 11.05.2000).

Confirmam-se ainda, na doutrina constitucional, os escólios de José Afonso da Silva e de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, respectivamente:

Antes [da EC 19/98] aplicava-se [o artigo 41 da CF] a qualquer servidor nomeado em virtude de concurso público: para cargo ou emprego, nos termos do art. 37. Agora **só se aplica a servidor nomeado em virtude de concurso para cargo de provimento efetivo**. Adquiria-se a estabilidade, antes, após dois anos de efetivo exercício; agora, após três anos.⁸

O prazo, agora de três anos, para aquisição da estabilidade é denominado de *estágio probatório* e corresponde ao período imediatamente seguinte ao da posse do servidor após a nomeação em virtude de concurso público. **A estabilidade só aproveita ao funcionário público, ou seja, aquele investido em cargo público de provimento efetivo** e em virtude de concurso público. **Aquelas pessoas contratadas para o exercício de emprego** ou função pública estão **alijadas da possibilidade de aquisição de estabilidade**. Pode-se dizer que hoje constitui requisito para a estabilidade a efetividade do servidor.⁹

O próprio Supremo Tribunal Federal já esboçou entendimento similar, a despeito do célebre *case* da lavra do Min. Marco Aurélio Melo (RE 187.229-2-PA, União Federal vs. Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Federal no Estado do Pará - SINTSEP, rel. Min. Marco Aurélio Melo, j. 15.12.1998, in DJ n. 91-E, Seção 1, 14.05.1999, p.20), em que se reconhecia que a estabilidade do artigo 41 da CRFB independe da natureza do regime jurídico adotado (referindo-se, diga-se, a empregos públicos constituídos *antes* da Reforma Administrativa de 1998). Confira-se, *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA, ACUMULAÇÃO DE CARGO EFETIVO COM A FUNÇÃO DE JUIZ CLASSISTA: VEDAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA MATÉRIA FÁTICA APRECIADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRECEDENTES. ABANDONO DE CARGO POR MAIS DE TRINTA DIAS. DEMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. ATO LEGAL.

7. Idem, p.419 (negritos no original).

8. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 18a ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pp.679-680 (g.n.).

9. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, Comentários à Reforma Administrativa, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p.151 (g.n.).

INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO (...) **A estabilidade provisória de representante sindical, prevista no artigo 8º, VIII, da Carta da República, é assegurada aos empregados celetistas e não ao servidor estatutário.** Recurso ordinário a que se nega provimento (RMS 24347-DF, Min. Maurício Corrêa, j. 11.03.2003, in DJ 04.04.2003 g.n.).

Pela lógica inerente à *ratio decidendi* deste aresto, conclui-se que o *funcionário público "stricto sensu"*, ocupante de cargo público, tem assegurada a estabilidade administrativa do artigo 41 da CRFB, não fazendo jus à estabilidade provisória do representante sindical (até porque a sua estabilidade constitucional tem *status* de definitiva). Já ao empregado público não está assegurada a estabilidade administrativa (definitiva), razão pela qual pode gozar da *estabilidade provisória* do artigo 8º, VIII, da CRFB, embora seu empregador seja a Administração Pública (no caso em tela, a União Federal). Gozasse de estabilidade administrativa, não faria sentido garantir-lhe a estabilidade sindical, senão durante o estágio probatório.

À vista do exposto, e por viés hermenêutico que se tome, é certo que o requerido **não é servidor estável**, seja porque não é ocupante de cargo de provimento efetivo, seja porque a se adotar a inteligência da O.J. n 265 da SDI-1/TST não contava, à época das faltas supostamente praticadas e da suspensão do contrato, com três anos de efetivo exercício do emprego público (como não conta até hoje). Em suma, a rescisão ou a rescisão do contrato de trabalho *sub judice* exigia apenas a **motivação administrativa**, nos termos do artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo¹⁰, porque

o que os tribunais têm sustentado e com inteira razão que a exoneração na fase probatória não é arbitrária, nem imotivada. Deve basear-se em motivos e fatos reais que revelem inaptidão ou desídia do servidor em observação, defeitos esses apuráveis e comprováveis pelos meios administrativos consentâneos (ficha de ponto, anotações na folha de serviço, investigações regulares sobre a conduta no trabalho etc.), sem o formalismo de um processo disciplinar.¹¹

Não exigia, porém, **inquérito judicial para apuração de falta grave**, porque na dicção de Giglio, *supra*, esse procedimento só é admissível contra empregado estável, de que não se cuida *in casu*. Em suma, não há, para o procedimento instaurado, **interesse processual**, na modalidade **interesse-necessidade**.

Dessarte, **JULGO EXTINTO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, O INQUÉRITO JUDICIAL PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE**, por **carência de ação** (artigo 267, VI, do CPC, c.c. artigo 769 da CLT).

IV. Da reconvenção

A extinção do inquérito não prejudica o julgamento da reconvenção, uma vez que *"a desistência da ação [principal], ou a existência de qualquer causa que a extinga, não obsta ao prosseguimento da reconvenção"* (artigo 317 do CPC c.c. artigo 769 da CLT).

De outra parte, antes de apreciar os pedidos formulados pelo reconvincente às fls.111-126, é imprescindível identificar, por primeiro, qual o *status quo* do contrato de trabalho instaurado em 01.02.2001. Uma vez que o referido contrato foi **suspenso** em 25.02.2002 (fl.47), sem notícia de reintegração após essa data, é cediço que, após o 30º (trigésimo) dia, operou-se **ex vi legis a rescisão do contrato de trabalho**, nos termos do artigo 474 da CLT. *In verbis*:

10. "A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público" (g.n.).

11. Hely Lopes Meirelles, op.cit., p.378.

A suspensão do empregado por mais de 30 dias consecutivos **importa na rescisão injusta do contrato de trabalho** (g.n.).

Resta saber, portanto, se a rescisão deve-se à *culpa do empregado* o que significa apurar a ocorrência das *faltas graves* imputadas ao reconvinte (*rectius: justas causas* do artigo 482, "h", e/ou artigo 158, par. único, "b", todos da CLT, ut ofício de fl.47, que estabelece o âmbito de **determinância** da imputação). Como não se trata de empregado estável, não se exigia, na espécie, o rigor do artigo 493 da CLT (*repetição* ou *natureza especialmente grave da falta*), bastando a configuração de justa causa simples para *motivar validamente* a exoneração em estágio probatório. De outra parte, não poderá a reconvinde fundamentar a exoneração em outros motivos que não os já citados (insubordinação, indisciplina e/ou não-uso de EPIs), uma vez que

a prática faltosa deve ser, realmente, a causa efetiva do despedimento, e este deve ser, efetivamente, a consequência do ato faltoso. [...] impõe-se ao julgador a tarefa de apurar, por meio de indícios e circunstâncias, qual a causa real do despedimento. Se esta (a real) tiver sido alegada, verifica-se se tem gravidade suficiente para justificar a rescisão do contrato. **Se, porém, fato diverso do motivo real da dispensa tiver sido alegado, nem sequer se cogita de examinar a gravidade**. Em suma: é o motivo verdadeiro que deve ser grave e atual, a fim de justificar a dispensa.¹²

Diga-se, ainda, que a não-demonstração dos *motivos determinantes* da pretendida exoneração impõe a *reversão do ato* e a *reintegração do empregado* aos quadros da reconvinde, à mercê da **teoria dos motivos determinantes** positivada, no âmbito do Estado de São Paulo, pelo artigo 11 da Constituição paulista (embora esteja insita a qualquer regime administrativo, como ditame do *princípio de transparência* que é consectário dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa). Pela referida teoria,

a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, **quando a Administração motiva o ato**, mesmo que a lei não exija a motivação, **ele só será válido se os motivos forem verdadeiros**.¹³

Resta, pois, examinar as provas orais de fls.224-227 e, por esse filtro, as provas documentais coligidas (inclusive as decorrentes da quebra do sigilo das comunicações telefônicas fls. 203, 232 e 238), para saber se os **motivos** do ato administrativo de fl.47 (que redundou na *rescisão* do contrato, ut artigo 474 da CLT) eram verdadeiros. *Voilà*.

Em seu depoimento pessoal, o reconvinte negou os fatos que lhe foram imputados, asseverando que, para todas as suas faltas, houve apresentação de atestado médico, embora nem sempre aceito. Esse aspecto, todavia, *não interessa* aos presentes autos, à luz do critério da determinância (*supra*), já que a suscitante equivocadamente traveste de *desídia* as alegadas faltas injustificadas (fls.10-11), e a *desídia não está* entre as causas determinantes de fl.47, já tendo sido *punida*, a seu tempo, pelos atos administrativos de fls.55-56 (que não estão em discussão neste processo).

O reconvinte asseverou, ainda, que os EPIs somente passaram a ser fornecidos após denúncia administrativa feita por ele próprio, e que os utilizou efetivamente. Isso foi confirmado pela testemunha PAULO ROBERTO IAMARINO (fl.224). Quanto ao fato ocorrido do dia 17 para o dia 18.02.2002 (fl.04), esclareceu que usualmente recebia ordens prévias para ligar a bomba de recalque, *não as tendo recebido naquele dia*. Já a Secretária Municipal de Saneamento Básico, Sra. Luciana Carla Ferreira de Souza, declarou que *"havia quadro afixado determinando que a bomba de recalque fosse ligada"* (diga-se, **somente a partir**

12. Wagner Giglio, *Justa Causa*, 6a edição, São Paulo, Saraiva, 1996, p.25 (g.n.).

13. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, op.cit., p.196 (g.n.).

do dia 17.02.2002, dia da falta imputada fl.04) e, mais, que “no dia 17.02.2002, às 22 horas, a depoente falou por telefone diretamente com o suscitado, dando-lhe ordem para que às 06 horas ligasse as bombas (...) ligou para o suscitado da sua casa, no dia e hora referidos” (fls.225-226). O reconvinte **negou** a ocorrência desse telefonema.

E a instrução demonstra que a Sra. Luciana Ferreira de Souza ou se *confunde*, ou *distorce* a verdade. Se não, vejamos.

Na reinquirição, disse que “mesmo **antes** do dia 17.02.2002, já havia no quadro de aviso comunicado fixando que a bomba deveria ser ligada às 06 horas” (fl.225). Isso não condiz com os demais elementos dos autos. A própria Municipalidade reconhece, na petição inicial (fl.04), que “no dia **17/02/02** foi fixado comunicado no quadro de aviso da Estação de Tratamento de Água, lembrando que as bombas de recalque que servem para abastecer de água os reservatórios dos bairros Nova Jaguariúna e NRDrJA Nassif, deveriam ser ligadas às 06:00 da manhã do dia seguinte”. A testemunha SANDRO diz que a ‘ordem’ era para que fossem ligadas às 05h00, não às 06h00. Ao que parece, portanto, esses horários **variavam**, dependendo da ordem imediata da secretária de saneamento. Ademais, se a praxe fosse divulgar uma ordem definitiva pelo quadro de avisos, a preposta não adotaria o procedimento de *telefonar* para o operador, dando-lhe ordens verbais (fl.226).

De outra parte, a preposta alegou que, a despeito do aviso em quadro, teria *telefonado* para o reconvinte para que ligasse as bombas às 06h00. É a versão do segundo parágrafo de fl.04. Isso **não é verdadeiro**, ao menos à mercê da prova dos autos. A quebra do sigilo telefônico (fl.226) revelou que **não houve ligações para a linha n. 3867.42.24** (da PREFEITURA MUNICIPAL DE JAGUARIÚNA, cfr. fl.230, no qual o reconvinte atendia às ligações, segundo informação das partes em audiência), **entre as 21h00 e as 23h00** (a preposta afirmou tê-lo feito por volta das 22h00), **no dia 17.02.2002**. É esse, com efeito, o teor do documento de fl.230, *in verbis*: “em verificações nas aludidas contas, **não localizamos chamadas efetivadas no dia 17.02.2002, entre as 21h00 e 23h00**”. O mesmo se diga acerca da **linha n. 3867.17.38**, de titularidade de JOSÉ LUCIANO DE SOUZA, que a preposta indicou ter usado (fl.226): também quanto a ela, a TELESP S/A informou *não ter localizado chamadas efetivadas no dia 17.02.2002, entre as 21h00 e as 23h00*. Enfim, quanto à linha de **n. 9605.27.20**, de titularidade da própria preposta (que teve o sigilo telefônico quebrado), **não houve informação possível** por parte da operadora (fls. 232 e 238); nada obstante, tratando-se de ligação de *telefone celular para telefone celular*, poderia a preposta ter *fornecido* os extratos de ligações do período, produzindo a *prova* que competia à Municipalidade. Era, a propósito, **seu dever** fazê-lo, à mercê da quebra de fl.226. *Se não o fez*, é de rigor presumir que também nessa linha **não havia notícia de ligação efetuada para o número 3867.42.24 entre as 21 e as 23 horas** do contrário, a própria preposta providenciaria a juntada, no interesse da Municipalidade.

Logo, por qualquer ângulo que se possa tomar, é forçoso concluir que **não houve ordem verbal ao reconvinte, por telefone, no dia 17.02.2002, para que ligasse as bombas de recalque** com vistas ao abastecimento dos reservatórios dos bairros de Nova Jaguariúna e João Aldo Nassif ou a Municipalidade **não conseguiu prová-lo** (o que dá no mesmo, já que o ônus da prova era da reconvinde: artigos 818 da CLT e 331, II, do CPC). Não há, portanto, prova do *ato de insubordinação* (= descumprimento de *ordens pessoais*).

A outra objeção à continuidade do contrato de trabalho está relacionada aos EPIs. E, sobre isso, tampouco a prova oral é consistente: a 1ª testemunha da reconvinde *confirmou* a versão do reconvinte, no sentido de que “*nem todos os EPIs atualmente fornecidos eram disponibilizados pela suscitante, à exceção de luvas; que os EPIs passaram a ser fornecidos a partir de uma denúncia do suscitado [reconvinte] ao Ministério do Trabalho*” logo, as fotos que acompanham a inicial podem ter sido tiradas antes de a reconvinde começar a

efetivamente fornecer os EPIs. Não faz sentido que o reconvinte *denuncie* o não-fornecimento de EPIs para depois *negligenciar* o seu uso (*princípio da razoabilidade*). De outra parte, ainda que se admita essa versão, é fato que o *reconvinte jamais foi advertido pelo não-uso de EPIs*, como revelam os documentos dos autos (fls.55-56) e o próprio depoimento de fl.225 (PAULO ROBERTO IAMARINO). Com efeito, as testemunhas JUAREZ LEMOS e PAULO ROBERTO IAMARINO afirmam que o reconvinte não costumava usar os EPIs (as demais não souberam responder ou foram evasivas); nada obstante, se é patente nos autos que o reconvinte *jamais foi formalmente punido por isso*, deu-se, a respeito dessas eventuais faltas, **perdão tácito** da parte do empregador público. É o teor da melhor doutrina:

Assim que tome conhecimento da prática de um ato faltoso, deve o empregador providenciar a aplicação da penalidade. Não o fazendo, manteria, por assim dizer, engatilhada e apontada contra o empregado a arma de que dispõe: ok poder de aplicar punições. [...] Por isso, exige-se que a falta determinante da punição seja **atual**, sob pena de se lhe negar valor, considerando-a, por uma presunção comum, perdoada, caso não tenha sido punida imediatamente após ter chegado ao conhecimento da direção da empresa. Assim, **perdendo a atualidade, o ato faltoso não poderá justificar qualquer pena.**¹⁴

Assim, tais negligências não podem, sequer em tese, **respaldar** a pretendida rescisão contratual (fl.47).

Quanto à *indisciplina* (descumprimento de *ordens gerais*), tampouco há um quadro claro. O *dolo* do reconvinte é, de toda sorte, duvidoso. O empregado foi, quando muito, *imprevidente*; mas não há elementos para se dizer que houve *intenção deliberada* em descumprir ordens. E insista-se o motivo determinante da suspensão/dispensa não foi a *desídia* ou o *mau procedimento* (a que se subsumiria a referida imprevidência), mas a **insubordinação** (descumprimento de *ordens pessoais*) e/ou a **indisciplina** (descumprimento de *ordens gerais*). Quanto à ordem pessoal, pretensamente dada por telefone, vimos que não houve prova hábil (supra). E quanto à ordem geral, na esteira do depoimento de SANDRO ROGÉRIO OLIVEIRA SOARES, as versões se contradizem. A testemunha SANDRO diz que a ordem geral é para que a bomba “grande” seja ligada às 05h00, o que faz todo dia; já a petição inicial (fl.04), como a própria secretária de saneamento, sustenta que a ordem geral foi no sentido de que a bomba fosse ligada às 06h00. Se isso está afixado em quadro de avisos, sem margem para equívocos, é de se estranhar o descompasso entre as versões. É certo, ainda, que o reconvinte não estava só no dia 17.02.2002: trabalhava consigo, no turno, o operador de Estação de Tratamento de Água ÂNGELO VIEIRA, que *sequer foi advertido* e trabalha na reconvinde até hoje (fl.226). Indagada sobre as razões pelas quais o reconvinte foi suspenso com fim de dispensa e o outro operador não foi punido, a testemunha esclareceu que “*pelo que se apurou*” o suscitado (reconvinte) era o responsável pela operação da ETA e suas bombas. **Apurou-se onde? A quem** cabia a divisão de tarefas? De outra parte, a testemunha JUAREZ LEMOS diz que a bomba de recalque era ligada e desligada nos horários constantes do quadro de avisos, *sem necessidade de ordens verbais*; já a testemunha SANDRO diz que para o desligamento não havia necessidade de ordem verbal da chefia, mas para o desligamento *havia*, “*todos os dias*”... Nada mais confuso e incerto. Está evidente, pelo quadro instrutório de fls.224-227, que as convicções de operadores, diretores e tecnólogos eram **desencontradas**, havendo um óbvio **déficit de coordenação** entre os envolvidos. Ao que tudo indica, foi esse *contexto desordenado* que induziu o reconvinte à inação (f.224) e deflagrou o grave perigo de desabastecimento (fl.05, *in fine*), sem qualquer evidência de *descumprimento deliberado* de ordens gerais o que afasta, inapelavelmente, a justa causa da *indisciplina*.

14. Wagner Giglio, *Justa Causa*, pp.19-20 (g.n.).

Assim posto, resta claro que *todas as teses principais* constantes da exordial e do depoimento pessoal da reconvinda (*indisciplina*, por não-uso de EPIs e inobservância dolosa de comunicado afixado, e *insubordinação*, por descumprimento doloso de ordem verbal) ora são **dúbias** (caso da afixação de comunicação, em que a versão do exórdio não converge para as versões do interrogatório), ora **não estão provadas** (caso da ordem por telefone). As justas causas, diga-se por oportuno, devem ser comprovadas **cabalmente** pelo empregador (artigo 818 da CLT). A reconvinda não logrou fazê-lo, nem em relação à bomba de recalque (com informações desencontradas e confusão entre as versões do fato), nem com relação aos EPIs (causando espécie que a reconvinda pretenda dispensar um empregado por não utilizá-los, quando *sua própria testemunha* afirma que os EPIs não foram fornecidos senão após a denúncia do empregado que se pretende defenestrar). Por conseguinte, **o ato administrativo de fl.47 é INVÁLIDO, por inverídicos os motivos que o determinaram** e, por conseqüência, são *inválidos todos os seus efeitos* (inclusive aquele do artigo 474 da CLT).

Há, enfim, o fato de que a Municipalidade ou alguém por ela teve o cuidado de *preparar a demanda*, obtendo **fotos clandestinas** do trabalho do reconvinte (fls.33-46), à sua revelia. Embora não se possa fazer qualquer identificação fisionômica segura, o reconvinte não negou ser ele mesmo nas tais fotos. Essas fotos, porém, não favorecem em nada a tese autoral, porque não têm data e não comprovam a *contumácia* necessária para a justa causa do artigo 158, par. único, “b”, da CLT. Na verdade, mais parece que *todas as fotos foram tiradas no mesmo dia* e obviamente a constatação de que o reconvinte não usou os EPIs *um único dia* não é suficiente para a dispensa com justa causa. Ademais, a esse propósito como a propósito das declarações de LEMOS e IAMARINO, *supra* há o fato do **perdão tácito**, uma vez que o reconvinte não foi sequer *advertido* pelas alegadas negligências.

As tais fotos provam, porém, que já havia, entre os prepostos da reconvinda, a **predisposição** à ruptura do contrato de trabalho, a ponto de se **preparar** provas para justificar o desligamento. Tudo a apontar para um inconfessável **propósito** do empregador público em “se livrar” de quem antes o denunciara (fl.103). Com efeito, diversamente das instâncias administrativas normais, que oportunizam produção de provas acerca de *atos passados*, a reconvinte cuidou de *pré-constituir provas*, antes mesmo da instauração da sindicância e/ou sem o conhecimento do sindicato (reconvinte), o que **fere de morte** o princípio da ampla defesa (artigo 5o, LV, da CRFB) e terna o princípio da moralidade administrativa (artigo 37, *caput*, da CRFB). Instaurou-se, em verdade, um ‘procedimento’ *clandestino e inquisitorial* se é que houve autos de investigação, o que se admite, em tese, porque o próprio reconvinte pede indenização por danos morais em virtude de uma suposta ‘sindicância’ (embora a reconvinda *não tenha juntado aos autos* cópia de qualquer procedimento administrativo idôneo). Assim, terminamos por concluir que, **se houve sindicância, nela não se assegurou ao acusado o pleno contraditório e a ampla defesa** (artigo 5o, LV, da CRFB), **como sequer se possibilitou, nestes autos, o competente exame judicial** (eis que a cópia não veio aos autos); **se**, por outro lado, **não houve sindicância ou processo administrativo, desatendeu-se a inteligência da Súmula 21 do C. STF**¹⁵. Convém observar que a reconvinda assevera *não ter havido qualquer processo administrativo de dispensa* (vide fl.191, *in fine*), apesar dos protestos do reconvinte pela sua juntada; de se supor, portanto, que a hipótese seja mesmo aquela da Súmula 21 do Excelso Pretório. De todo modo, se pretendia a reconvinda provar somente *em Juízo* as faltas graves que justificariam a dispensa, **não logrou fazê-lo**.

15. “Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito [administrativo] ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade”.

Conseqüentemente, **seja no plano da substância, seja no plano da forma, A SUSPENSÃO DE FL.47, TENDENTE À RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO, É NULA DE PLENO DIREITO** (artigo 9o da CLT), por ferir princípios comezinhos de Direito Administrativo notadamente o *princípio da motivação administrativa* (teoria dos motivos determinantes) e os *princípios do contraditório e da ampla defesa* e, assim, por frustrar os direitos trabalhistas do reconvinte.

Dessarte, **acolho os pedidos principais da reconvenção** (fl.125) **para declarar NULO o ato de suspensão (fl.47) e a conseqüente rescisão injusta do contrato de trabalho** (artigo 474 da CLT). **E, por assim decidir, DETERMINO a reintegração do reconvinte às funções anteriormente desempenhadas (Operador de Estação de Tratamento de Água), para término do estágio probatório** (artigo 41, caput, da CRFB), **a ser procedida por OFICIAL DE JUSTIÇA após o trânsito em julgado deste decisum, sob vencimentos compatíveis com o posto à época da reinclusão em folha.**

Em caso de descumprimento da ordem judicial, **fixo multa diária de R\$ 500,00 por dia de recusa injustificada**, *ut* artigo 461, §4o, do CPC, c.c. artigo 769 da CLT.

Proceda às devidas retificações na CTPS do reconvinte, sob pena de se o fazer em Secretaria, às suas expensas, com aplicação da multa do artigo 54 da CLT.

Como consectário da reintegração *supra*, **DETERMINO** ainda à reconvinte que **REABILITE o reconvinte e sua família à fruição imediata do plano de saúde que os beneficiava até 25.02.2002, pelo prazo de seis meses a contar do trigésimo dia subsequente à intimação desta sentença** (nos limites do pedido de fl.126, *ut* artigo 293 do CPC), **independentemente do trânsito em julgado**, ante o direito inequívoco e o perigo na demora (artigos 273, I, e 461, §3o, do CPC, c.c. artigo 769 da CLT, *ut* pedido de fls.93-94). Em caso de descumprimento, **comino as mesmas astreintes alhures fixadas (R\$ 500,00/dia), em favor do reconvinte**, *ut* artigo 461, §4o, do CPC.

Enfim, ao mesmo ensejo, **CONDENO a reconvinde a pagar ao reconvinte todas as remunerações (salários e trezenos salários), vencidas e vincendas, de 25.02.2002 (fl.47) até a data da efetiva reintegração/reinclusão em folha, observada a evolução legal da remuneração de operadores de ETA nesse período; da mesma forma, CONDENO-A a recolher, na conta vinculada do reconvinte, o F.G.T.S. (8%) incidente sobre essa remuneração**, *ut* artigo 26, par. único, *in fine*, da Lei 8.036/90. Não há pedido específico para as *férias indenizadas* do período (artigo 293 do CPC), uma vez que tais férias não têm natureza estrita de "remuneração": não são contraprestação direta de serviços prestados (artigo 457, *caput*, da CLT), mas indenização de direito não-concedido.

Não cabe deferir, neste ato, o pretendido reajuste de 10,8% de fl.126, até porque a alegada convenção coletiva de trabalho não foi juntada e, se existisse, não teria qualquer efeito, uma vez que aos servidores públicos não se estendeu o direito aos acordos e convenções coletivas de trabalho (artigo 39, §3o, da CRFB). Não por outra razão, com relação aos estatutários, a menção à *negociação coletiva* no artigo 240 da Lei 8.112/90 foi julgada *inconstitucional* pelo Excelso Pretório (ADIn 492-DF, Min. Carlos Velloso, j. 12.11.1992, *in* DJ 12.03.1993) e depois retirada do texto legal pela Lei 9.527/97.

Concedido o pleito principal, resta *prejudicado* o pedido sucessivo do item "e" (artigo 289 do CPC, a *contrario sensu*).

Não havendo que se falar, por ora, em verbas rescisórias, não faz sentido o pedido "f" de fl.125. Tanto menos cabe falar em indenização de seguro-desemprego (pedido "h" de fl.126), à mercê dos pressupostos de cabimento do artigo 3o da Lei 7.998/90. **Indefiro.**

Quanto aos danos morais (pedido "g" de fl.126), não assiste razão ao reconvinte. A indenização por dano moral não é um consectário necessário das reversões de justa causa.

Há que se demonstrar, para o deferimento, todos os *pressupostos* do direito, a saber, (1) *diminuição de um bem jurídico*, (2) *efetividade do dano*, (3) *causalidade*, (4) *subsistência do dano no momento da reclamação do lesado*, (5) *legitimidade*, e (6) *ausência de causas excludentes de responsabilidade*¹⁶. Isso tudo, ou pelo menos os três primeiros requisitos, deveriam ser *provados* (artigos 818 e 333, I, do CPC). O reconvinte, porém, *não produziu uma prova sequer*. Nem ao menos apresentou testemunhas (a reconvinde apresentou cinco). Não pode pretender haver indenização por danos morais sem um mínimo esforço processual. *Alega* que houve dano social ante a justa causa imputada, *mas não prova*; *alega* que houve dano moral subjetivo por estar à míngua, “desempregado e marginalizado”, mas não prova. Poderia carrear contas pessoais pendentes ou notícias da imprensa local acerca de sua dispensa (se as houvesse), mas não o fez. Ademais, se o ato administrativo de fl.47 foi *nulo*, isso se deve à *atecnia* do procedimento adotado e à *determinância* da justa causa. Não significa, porém, que o reconvinte seja um completo injustiçado: ao contrário, a prova oral revela que *não utilizou regularmente os EPIs* (o que foi relevado pela inércia patronal) e que *aparentemente deixou de observar a ordem geral do quadro de avisos para o dia 18.08.2002* (embora não o tenha feito dolosamente, mas à mercê de um contexto local de desorganização e desencontro). Reintegrado que será, recomenda-se que passe a **observar** mais atentamente esses deveres, sob pena de não ser confirmado nos quadros públicos ao final do estágio probatório.

V. Dos provimentos finais

Indevida a verba honorária advocatícia, nos termos dos Enunciados 329 e 219 do Tribunal Superior do Trabalho, cujos pressupostos fundamentais - a assistência sindical e a hipossuficiência econômica devidamente atestada - não estão atendidos “*in casu*”. Ainda por isso, *indefiro* os benefícios da assistência judiciária gratuita (nem mesmo declaração de miserabilidade, subscrita pelo empregado ou por um seu procurador habilitado -- art.10, *caput*, da Lei 7.115/83 -- foi juntada aos autos; e não basta, para tanto, a mera referência no corpo da exordial ou da reconvenção).

Não havendo deferimento de verbas rescisórias *stricto sensu*, é descabida qualquer aplicação do artigo 467, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho (na redação da Lei 10.272/2001). *Indefiro* o requerido à fl.126, *in fine*.

Autorizam-se os descontos fiscais e previdenciários pelo empregador, às expensas do empregado (no que lhe couber), em conformidade com a jurisprudência predominante¹⁷. Os descontos devem observar, entretanto, as alíquotas que seriam incidentes *mês a mês* caso os títulos houvessem sido corretos e oportunamente pagos (e não em regime de caixa, i.e., sobre a condenação líquida), ou haveria inaceitável prejuízo ao empregado em decorrência de irregularidades perpetradas por seu empregador¹⁸, além de benefício indevido no cálculo das cotas previdenciárias (recolhimento, pelo teto de contribuição, apenas no mês da condenação).

Desnecessária a expedição de ofícios no caso em tela, diante do teor do Capítulo PROV da Consolidação das Normas da Corregedoria Regional da Décima Quinta Região.

16. Maria Helena Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 7a ed. , São Paulo, Saraiva, 1993, p.50.

17. O.J.s.n. 32 e 141 da SDI-1/TST.

18. “IMPOSTO DE RENDA NAS CONDENAÇÕES PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO - Verbas salariais e parcelas indenizatórias, como tais consideradas são intangíveis a teor do art. 482 da CLT. O art. 46 da Lei 8541/92, sobre a matéria, está submisso ao art.153, §2o, da CF, e à vista deve ser interpretado. O não pagamento das parcelas salariais, mensalmente, nas épocas próprias, retira do trabalhador a oportunidade de se valer de alíquotas inferiores, da tabela progressiva e de também de eventual isenção. Ônus que se transfere ao empregador inadimplente.” (Ac. da Seção Especial do TRT da 2a Região, Juiz Walter Vettore, in DOE 14.10.94, p.167).

Não havendo pedidos liquidados na reconvenção, é inaplicável a regra do artigo 459, parágrafo único, do CPC.

3. DISPOSITIVO

“Ex positis”, JULGO EXTINTO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, O INQUÉRITO JUDICIAL PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE, por carência de ação (artigo 267, VI, do CPC, c.c. artigo 769 da CLT), e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação reconvenicional (fls.111-126), para DECLARAR a NULIDADE do ato de suspensão (fl.47) e da conseqüente rescisão injusta do contrato de trabalho (artigo 9o da CLT) e para CONDENAR o reconvindo MUNICÍPIO DE JAGUARIÚNA a pagar ao reconvinte JACKSON RODRIGUES DE OLIVEIRA, dentro de cinco dias após a decisão homologatória, os seguintes títulos, a serem apurados em liquidação por cálculos (cfr. salário de R\$ 417,04/mês):

1.) REMUNERAÇÕES (salários e trezenos salários), vencidas e vincendas, de 25.02.2002 (fl.47) até a data da efetiva reintegração/reinclusão em folha, observada a evolução legal da remuneração de operadores de ETA nesse período;

2.) F.G.T.S. (8%) incidente sobre essa remuneração, a ser RECOLHIDO na conta vinculada do reconvinte, ut artigo 26, par. único.

CONDENO a reconvinda, outrossim, às seguintes OBRIGAÇÕES DE FAZER (artigos 632 a 641 do CPC):

3.) REINTEGRAÇÃO DO RECONVINTE às funções anteriormente desempenhadas (Operador de Estação de Tratamento de Água), para fins de término do estágio probatório (artigo 41, caput, da CRFB), sob vencimentos compatíveis com o posto à época da reinclusão em folha, a ser procedida por OFICIAL DE JUSTIÇA após o trânsito em julgado deste decisum;

4.) REINCLUSÃO do reconvinte e de sua família, com efeitos de fruição imediata, no PLANO DE SAÚDE que os beneficiava até 25.02.2002, pelo prazo de seis meses a contar do trigésimo dia subsequente à intimação desta sentença, independentemente do trânsito em julgado (ut artigos 273, I, e 461, §3o, do CPC, c.c. artigo 769 da CLT).

Para o caso de descumprimento das ordens judiciais dos itens “3” e “4”, **fixo multa diária de R\$ 500,00 por dia de recusa injustificada, ut artigo 461, §4o, do CPC, c.c. artigo 769 da CLT.**

Ao mais, **proceda a reconvinda à RETIFICAÇÃO do contrato de trabalho na CTPS do reconvinte, no prazo de dez dias de a tanto intimada, sob pena de multa (artigo 54 da CLT). Na omissão da reconvinda, lance-se o registro em Secretaria, às suas expensas (artigo 39, §1o, da CLT).** Para essas providências, acautele oportunamente o reconvinte, em Secretaria, a sua Carteira Profissional.

Tudo na forma da motivação, que passa a ser parte integrante deste dispositivo. Nada a compensar (artigo 767 da CLT).

Juros de mora, na forma da lei, a partir do ajuizamento da ação para os títulos à época vencidos (art.883 da CLT) e, desde então, conforme os meses de vencimento de cada título. Correção monetária a partir da época própria, em conformidade com o Decreto-lei 75/66, art.2º, I (5º dia útil do mês subsequente) e legislação subsequente.

A reconvinde provará os recolhimentos das contribuições sociais devidas (incidentes sobre o que, dentre os títulos *supra*, for salário-de-contribuição - **todos** os da condenação, à exceção de *astreintes* e F.G.T.S.), suportando/comprovando os recolhimentos de empregador (artigo 22, I da Lei 8.212/91) e descontando/comprovando os de empregado (artigo 20, *caput*, da Lei 8.212/91), mediante juntada de G.P.S. em duas vias, sob pena de correrem todas às suas expensas (art.33, §5o, '*in fine*', da Lei 8.212/91), com execução específica pelo valor equivalente, *ex vi*' do art.114, §3o (na redação da Emenda Constitucional 20/98) c.c. art. 100 da CRFB, e na forma das Leis 8.212/91 e 8.620/93, dos Provimentos 01/96 e 02/93 do Exm^o. Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho e dos artigos 831, 832, 876, 878-A, 879, 880, 884, 889-A e 897, todos da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação da Lei 10.035/2000 (observando-se, no que couber, o procedimento de precatórios). Na oportunidade do pagamento, observará ainda, se o caso, o disposto na Lei 7.713/88, no Regulamento do Imposto de Renda e na legislação posterior, bem como nos Provimentos 01/96 e 02/93 do Exm^o. Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, para as deduções do Imposto de Renda. *Autorizados os descontos fiscais e previdenciários, com alíquotas incidentes mês a mês*, observando-se, aqui, o teto do salário-de-contribuição, e ali, o princípio constitucional da progressividade (artigo 153, §2o, I, "*in fine*", da CFRB).

Custas, pela reconvinde, sobre o *quantum* de R\$ 13.000,00, no valor de R\$ 260,00 (art.789, *caput*, da CLT), **isenta** (artigo 790-A, I, da CLT).

Tratando-se de condenação arbitrada em valor *inferior* a sessenta (60) salários mínimos, *reputo inaplicável à espécie a norma* do artigo 1^o, V, do Decreto-lei 779/69 (inteligência do Enunciado 303 do C.TST, na redação da Resolução n. 121/2003).

Intimem-se as partes, sem remessa *ex officio*.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO
Juiz do Trabalho