
**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA
ASSOCIAÇÃO DOS
MAGISTRADOS
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

ANO 1 • Nº1

2ºSEMESTRE • 2013



AMATRA·2

Coordenação:

Diretora Cultural da AMATRA-2, Desembargadora Maria Cristina Fisch
Diretor Cultural-Adjunto da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha

Organização:

Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Segunda Região – AMATRA-2

PREZADOS LEITORES,

Com alegria, apresentamos o primeiro exemplar da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Segunda Região.

A presente publicação contempla a visão da Magistratura do Trabalho da Segunda Região sobre os mais variados institutos do Direito, por meio de artigos jurídicos, sentenças e jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores.

O conhecimento, experiência e produção intelectual - provenientes do enfrentamento digno e convincente dos desafios correspondentes não só ao enorme volume de processos, mas também à alta complexidade das demandas que diariamente perpassam as mesas de audiência - não poderiam ficar restritos aos autos processuais.

Por outro lado, o estímulo à busca do aperfeiçoamento e atualização jurídica – tão necessários em razão das constantes alterações na seara do Direito e da Justiça do Trabalho - são funções institucionais de suma relevância de nossa Associação.

O lançamento da Revista faz parte do calendário de comemoração dos Cinquenta Anos de Lutas e Conquistas da AMATRA-2.

Os artigos foram selecionados por nossos Diretores Culturais, Maria Cristina Fisch e Fábio Ribeiro da Rocha, que, a propósito, desenvolveram árdua tarefa, em face da alta qualidade dos textos recebidos.

Esperamos que a leitura desta edição inspire uma participação ainda maior dos colegas para os próximos números.

No mais, convidamos todos para, juntos, construirmos um futuro em que a desigualdade na distribuição dos direitos sociais seja apenas uma página de uma História longínqua.

PATRICIA ALMEIDA RAMOS
Presidente da AMATRA-2



EXPEDIENTE

Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Segunda Região – AMATRA-2

Diretoria Executiva:

Patricia Almeida Ramos – Presidente
 Maurício Miguel Abou Assali – Vice-Presidente
 Valeria Nicolau Sanchez – Diretora Secretária
 Armando Augusto Pinheiro Pires – Diretor Financeiro
 Farley Roberto R. de C. Ferreira – Diretor de Benefícios
 Cristina Ottoni Valero – Diretora Social
 Maria Cristina Fisch – Diretora Cultural

Comissão de Prerrogativas:

Silvana Abramo Margherito Ariano
 Mauricio Marchetti
 Daniel Rocha Mendes

Comissão de Prerrogativas Suplentes:

Jonas Santana de Brito
 Paulo Eduardo Vieira de Oliveira
 Fernanda Zanon Marchetti

Conselho Fiscal Titular:

Dora Vaz Treviño
 Raquel Gabbai de Oliveira
 Renata Bonfiglio

Conselho Fiscal Suplentes:

Priscila Duque Madeira
 Carlos Eduardo T.de S. Duarte Saad
 Adriana Prado Lima

Diretores Adjuntos:

Fábio Ribeiro da Rocha – Diretor Cultural Adjunto
 Álvaro Emanuel de Oliveira Simões – Diretor Financeiro Adjunto
 Tomás Pereira Job – Diretor Adjunto de Benefícios
 Isabel Cristina Quadros Romeo – Diretora Social Adjunta
 Rogeria do Amaral – Diretora Secretária Adjunta
 Lâvia Lacerda Menendez – Diretora Adjunta de Substitutos
 Jefferson do Amaral Genta – Diretor Adjunto de Esportes
 Richard Wilson Jamberg – Diretor Adjunto de Assuntos Legislativos e Institucionais
 Sandra Miguel Abou Assali Bertelli – Diretora Adjunta de Direitos Humanos
 Paulo Dias da Rocha – Diretor Adjunto de Aposentados
 Helder Biachi Ferreira de Carvalho – Diretor Adjunto de Comunicações
 Anneth Konesuke – Diretora Adjunta de Guarulhos
 Cristiane Maria Gabriel – Diretora Adjunta de Osasco e Região
 Silvana Louzada Lamattina – Diretora Adjunta da Região do ABC

AMATRA-2

Av. Marquês de São Vicente, 235 – Bl. B- 10º Andar
 Barra Funda – São Paulo – SP
 CEP 01139-001

Telefones: (11) 3392 4996, (11) 3392 4997
 Fax: (11)3392 4727
 Email: secretaria@amatra2.org.br
 Site: http://www.amatra2.org.br

Revista:

Ariana Assumpção – Projeto Gráfico e Design
 Revisão – Helcio Luiz Adorno Júnior

SUMÁRIO

DOCTRINA	8
Terceirização – Serviço de Call Center – Fábio Ribeiro Da Rocha	8
Responsabilidade Civil No Acidente do Trabalho – Sergio Pinto Martins	10
O Juiz do Trabalho e a Aplicação Subsidiária do Código de Processo Civil: Efetividade e Acesso à Justiça – Mauro Schiavi	16
Antecipação de Tutela <i>Ex Officio</i> : Da Literalidade da Lei à Abordagem Constitucional – Eduardo Rockenbach Pires	20
Artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho – Aplicação aos Empregados do Sexo Masculino ou Revogação Tácita Pela Constituição Federal de 1988? – André Cremonesi	27
Acidente do Trabalho: Uma Nova Leitura do Inciso XXVII, do Artigo 7º da Constituição Federal – Silvana Louzada Lamattina	30
Retrospectiva da Justiça do Trabalho e 70 Anos da Clt – Anelia Li Chum	33
A Conciliação Qualificada sob a Perspectiva dos Princípios do Processo do Trabalho – Regina Maria Vasconcelos Dubugras	36
Os Direitos Humanos como Fundamento para a Solução Democrática dos Conflitos Sociais – Wilson Ricardo Buqueti Pirotta	38
A Evolução das Garantias Fundamentais: Mandado de Segurança contra Ato Corporativo – Luis Fernando Feóla	43
Garantia de Emprego e Contrato por Prazo Determinado – Márcio Granconato	50
Processo Judicial Eletrônico, Acesso à Justiça e Inclusão Digital: Os Desafios do Uso da Tecnologia na Prestação Jurisdicional – Helcio Luiz Adorno Júnior e Marcele Carine dos Praseres Soares	57
Dupla Arrematação de Imóvel – Marcelo Azevedo Chamone	66
LEGISLAÇÃO	74
NOVAS SÚMULAS	74
JURISPRUDÊNCIA	78



FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA

Juiz do Trabalho Substituto do TRT – 2ª Região
Especialista em Direito Constitucional pela PUC/SP
Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP
Direito Cultural-Adjunto da AMATRA2

TERCEIRIZAÇÃO – SERVIÇO DE CALL CENTER

A Constituição Brasileira de 1988 reconheceu a essencialidade do trabalho como um dos instrumentos mais importantes de afirmação da dignidade do trabalhador, seja no âmbito de sua individualidade como ser humano, seja em seu contexto familiar e social.

A valorização do trabalho encontra-se enfatizada tanto no artigo 1º, incisos III e IV da Carta Magna, marcando o anúncio dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, quanto consolidada no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Portanto, a dignidade do trabalhador e o direito ao trabalho digno representam os pilares do Estado Democrático de Direito.

Com base nos princípios constitucionais, discute-se a possibilidade de terceirização das atividades de Call Center e a incidência ou não do entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

O processo de terceirização pode ser definido como a transferência de parte do processo produtivo da empresa principal, que busca uma reestruturação produtiva, liberando a tomadora para concentrar seus esforços gerenciais em seu negócio principal, preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade.

No Brasil, a terceirização generalizou-se no mercado de trabalho sem qualquer previsão legal, utilizada apenas como forma de diminuição de custos e não foco na especialização.

Sendo assim, com base no entendimento jurisprudencial consolidado, a terceirização somente será lícita nos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza, e contratação de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador de serviços e, ainda assim, inexistentes os pressupostos inerentes ao contrato de emprego, na forma estabelecida no artigo 3º da CLT, máxime a pessoalidade e a subordinação jurídica.

Entretanto, quanto mais se estuda e analisa casos envolvendo a terceirização das atividades de Call Center, mas resta caracterizada a ilicitude das contratações por multifárias terceirizações que fitam, em grande monta, apenas precarizar direitos trabalhistas (o que, infelizmente, para muitos, não tem importância sócio-jurídica, em nítida conduta de emperramento da evolução social).

De fato, assiste-se a um influxo constante e cada vez mais intenso de imposições econômicas que repercutem no cenário juslaboral com insistente pressão para reduzir direitos.

Com isso, em uma rede de intercalações, o trabalhador se vê lançado dentro de um sistema produtivo, para, quase sempre, desenvolver a atividade nuclear de uma empresa, com a qual, contudo, formalmente não se estabelece a relação de emprego, senão com pessoas interpostas, o que interfere no

enquadramento sindical, no plexo de direitos que lhe são atribuídos, na junção de forças para discussão de melhores condições de trabalho (prejudicada pela fragmentação imposta pela terceirização), na solvabilidade do crédito alimentar (diversas prestadoras de serviços quebram e deixam irrisório patrimônio), e, por certo, várias outras consequências nefastas exsurgem.

Mantendo-se a marcha atual, dentro em pouco, viveremos em um mundo de milhões de operadores de telemarketing. Quem quiser comprar um carro, bastará ligar para o serviço de telemarketing, de maneira que a montadora ou a concessionária desenvolverão o seu objeto social sem “vendedores”.

Os Bancos, por sua vez, ofereceram seus títulos, empréstimos, cartões, enfim, todo o tipo de produto que signifique, em síntese, o franqueamento de crédito mediante o pagamento de juros (do que, aliás, haurem suas forças há séculos), por operadores de telemarketing.

Se o serviço de telefonia tem algum problema, ao operador de telemarketing caberá processar a solução. As marcações de consultas em hospitais não fugirão dessa regra. Enfim, poder-se-ia citar, exaustivamente, vários exemplos de um quadro de exagero, em que diversas atividades nucleares (ajustadas diretamente ao objeto social) das empresas são terceirizadas sem limites. O pior é que, em grande monta, já se assiste a esse cenário.

Para alguns isso seria a mera imposição do mercado, da economia, a que não poderia fazer frente o sistema jurídico, de maneira que as conquistas sociais da humanidade estariam jungidas à sorte de um capitalismo sem reciprocidade.

Ocorre que, em todas essas situações, parece bastante razoável a implementação de obstáculos a um capitalismo sem peias, porque precisamos viver dentro de um mesmo mundo, saudável e com condições de desenvolvimento das potencialidades individuais, mas, quando se trata de exigir a implementação de um patamar mínimo civilizatório, com manutenção de conquistas na seara trabalhista, aí não, levas e mais levas se levantam contra a retribuição justa ao trabalho, mesmo na comunidade jurídica, e os ataques são tão intensos que, cada vez mais, acaba parecendo normal precarizar direitos, permitir a formação de camadas gigantescas de trabalhadores sem garantias mínimas, sem o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a empresa gestora da atividade econômica.

O trabalhador terceirizado que presta serviço para o contratante não possui vínculo com este e, em muitas vezes, nem sequer conhece seu próprio empregador. Não se ajusta, contudo, ao sistema juslaboral, nem constitucional, essa exacerbção de terceirizações. É defeso obter pela oblíqua o que a lei veda pela linha reta.

Na realidade, a empresa gestora acaba determinando como o serviço será prestado, delimitando as metas a serem cumpridas, rotinas, roteiros a serem seguidos, comandando toda a atividade, de uma ponta a outra, e, mesmo assim, apenas porque intercalou uma outra empresa, estaria imune ao reconhecimento do vínculo de emprego, porque, do contrário, seria, realmente, muito fácil burlar o sistema jurídico.

Dessa forma, chegaríamos a situação por permitir que tomadoras de serviço desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado, e sim, apenas, trabalhadores terceirizados.

Não tenho dúvida em afirmar que a terceirização havida entre tomadoras de serviço e atividade de Call Center não pode ser considerada lícita, na medida em que não se cogita a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio, mas sim de autêntica atividade-fim.

As atividades de atendimento de clientes da tomadora de serviço não são atividades acessórias ou complementares. Flagrante é o objetivo de desvirtuar a aplicação dos preceitos trabalhistas, com o nítido propósito de precarizar ainda a mão de obra, reduzindo os custos e despesas na contratação direta de empregados.

A prática em questão também é vedada pelas normas de Direito Internacional do Trabalho, conforme se extrai da Convenção 96 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que repudia expressamente a marchandage (por ela caracterizada como a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas).

E mais, o aumento desse serviço nos últimos anos ocorreu em razão da promulgação e da crescente aplicação do Código de Defesa do consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC), a fim de dar efetividade aos princípios da transparência, da confiança e da boa fé objetiva.

Assim, não é possível distinguir ou desvincular a atividade de Call Center da atividade-fim da tomadora de serviço, uma vez que está atendendo e prestando serviço diretamente ao seu cliente.

E mais, empregados terceirizados têm sido reiteradamente coagidos a renunciar o direito às verbas rescisórias que receberiam da empresa anterior, em decorrência de suas dispensas imotivadas, para que pudessem ser contratados por empresas que assumiria a atividade.

Ainda, apesar de ser desnecessária a análise da subordinação, na medida em que resta configurada a ilicitude da terceirização, o referido requisito necessário para caracterização de vínculo empregatício, diante da globalização da economia e da massificação do consumo, não pode mais ser observado apenas sob o prisma jurídico, mas sim sob o paradigma estrutural.

A análise do elemento subordinação apenas sob o prisma jurídico, diante da atual complexidade das relações de trabalho, decorrente do processo de globalização da economia, representa verdadeiro obstáculo à concretização dos direitos laborais e, por consequência, forte afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, epicentro axiológico do ordenamento jurídico.

A subordinação estrutural se manifesta pela inserção do

trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento.

Permanece íntegro, portanto, um claro limite para intermediação do trabalho subordinado, com vistas a impedir a precarização e a mercantilização do labor humano e a possibilitar sua valorização e o aumento de sua produtividade.

A finalidade da terceirização é permitir a concentração de esforços da empresa tomadora de serviço em sua atividade essencial, por meio da contratação da prestação de serviços especializados por terceiros nas suas demais atividades. Continua vedada toda e qualquer terceirização das atividades-fim das empresas.

O Direito do Trabalho não pode se afastar da missão histórica de proteger o trabalho humano. O magistrado deve estar atento aos fatos do processo: se a terceirização tiver por objetivo prejudicar e precarizar, deve ser prontamente repelida.

Uma nação só pode ser justa se for capaz de crescer respeitando os princípios constitucionais e o trabalho digno. Não se pode excluir o trabalhador do processo histórico em que se engajou. Sua atividade é tão importante quanto a do capital.

O Direito não deve ser um mero esquema de organização social, conforme defendeu Kelsen e seus adeptos. Ele deve atingir os anseios dos homens que estão tutelados por seus princípios, disciplinando o agir humano no âmbito da sociedade e resolvendo todas as questões conflitantes que envolvem problemas legais.

Deixamos claro, que nossa intenção não foi a de esgotar o assunto; ao contrário, estivemos voltados para lançar idéias iniciais, de molde a propiciar o debate em torno da questão. Ademais, o Direito é algo mais para se sentir do que para se dizer, pois a verdade jurídica, como toda verdade, é mais uma certeza da alma do que uma conquista do conhecimento.

SERGIO PINTO MARTINS

Desembargador do Trabalho do TRT – 2ª Região
Livre Docente em Direito do Trabalho pela USP
Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP

RESPONSABILIDADE CIVIL NO ACIDENTE DO TRABALHO

1. Introdução

Tem se discutido se a responsabilidade civil do empregador é objetiva ou subjetiva no acidente do trabalho.

Há orientações nos dois sentidos.

O TST já entendeu que a responsabilidade é objetiva no caso de empregado que trabalhava com motocicleta e sofreu acidente do trabalho:

Trabalho com motocicleta. Acidente de trânsito. Acidente de trabalho. Responsabilidade objetiva do empregador. O empregado que exerce sua atividade conduzindo motocicleta submete-se a risco acentuado e esse deve ser suportado pelo empregador, na medida em que se trata de risco da atividade econômica. Dessa forma, considerando que o reclamante sofreu o acidente no exercício da função que desempenhava na reclamada (carteiro motorizado), revela-se objetiva a responsabilidade do empregador, visto que a função atribuída ao empregado enseja risco para este que a exerce. Hipótese de incidência do art. 927. Parágrafo único, do Código Civil, segundo o qual: – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento (TST, 5ª T., RR 759-58.2010.5.12.0032, j. 8.2.12, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJe 924/12, 23.2.12, p. 1.626).

A atividade do Correio não é exatamente de risco. Atividades de risco são, por exemplo, de empresas que exploram atividades nucleares, elétricas, minas de subsolo, etc.

Há outros precedentes nesse sentido no TST (3ª T., RR 59300-11-2005.5.15.0086, Rel. Min. Rosa Maria Weber, DEJT 12.8.2011; 5ª T., RR 9952100-88.2006.5.09.0671, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 5.8.2011; 8ª T., RR 81100-64.2005.5.04.0551, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT 25.11.2011).

Seria a ideia de que o *caput* do artigo 7.º da Constituição faz referência que ela estabelece direitos mínimos e outros podem ser outorgados pela legislação ordinária.

2. Conceitos

Acidente do trabalho é a contingência que ocorre pelo exercício de trabalho a serviço do empregador ou pelo exercício de trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução permanente ou temporária, da capacidade

para o trabalho. ¹

O empregador tem obrigação de cumprir normas de segurança e medicina do trabalho que estão nos artigos 154 a 201, de ter Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, caso tenha certo número de empregados, e de fornecer gratuitamente equipamentos de proteção individual aos seus empregados.

Responsabilidade vem do latim *respondere*, tendo o sentido de responsabilizar-se, garantir ou assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou. ²

Responsabilidade objetiva independe de culpa. Importa risco aos direitos de outra pessoa, como na hipótese do artigo 927 do Código Civil e do parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição, em relação à Fazenda Pública por ato de seus prepostos.

A responsabilidade subjetiva é a que decorre de culpa, de negligência, imprudência ou imperícia, ou de dolo. Deve ser provada pela parte.

Dispõe o inciso XXVIII do artigo 7.º da Lei Maior:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

O inciso XXVIII do artigo 7.º tem duas partes: uma que o seguro contra acidentes do trabalho, que é recolhido pelo empregador; outra que é a responsabilidade civil de pagar indenização quando o empregador incorrer em dolo ou culpa.

Prevía a Súmula 229 do STF que a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador. Agora não é mais necessária culpa grave do empregador, mas apenas culpa, segundo a regra do inciso XXVIII do artigo 7.º da Constituição. A culpa pode ser leve ou levíssima.

3. Responsabilidade subjetiva

No meu entender, a responsabilidade do empregador contra o inciso XXVIII do artigo 7.º da Constituição é subjetiva e não objetiva. Depende da prova de dolo ou culpa. Não é sempre presumida como na hipótese do parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição.

1. MARTINS, Sergio Pinto. Direito da seguridade social. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 407.

2. MARTINS, Sergio Pinto. Instituições de direito público e privado. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 272.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil ³ não se aplica ao acidente do trabalho, pois o inciso XXVIII do artigo 7.º da Lei Maior dispõe que a indenização só devida em caso de dolo ou culpa. Se a Constituição regulamenta de forma clara a responsabilidade no acidente do trabalho, não pode a norma infraconstitucional dispor de forma contrária. O dispositivo constitucional é expresse. Não há lacuna na Constituição para ser complementada ou estabelecida pela lei ordinária.

Dispõe o *caput* do artigo 7.º da Constituição que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Prescrição, por exemplo, não é um direito do trabalhador, apesar de constar do inciso XXIX do mesmo artigo. O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não é regra de melhoria de condições sociais, mas de responsabilidade civil. Logo, não pode ser aplicado sob o argumento de melhorar condição social do trabalhador.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não é inconstitucional, apenas não se aplica em caso de acidente do trabalho, em razão da regra prevista no inciso XXVIII do artigo 7.º da Constituição.

Responsabilidade objetiva é a do INSS por conceder o benefício acidentário ao segurado, tendo por base o fato de que o seguro contra acidentes do trabalho fica por conta do empregador (art. 7.º, XXVIII, da Constituição).

Há doutrina entendendo também que a responsabilidade em caso de acidente do trabalho é subjetiva.

Ari Beltran também entende que a responsabilidade é subjetiva e não objetiva, pois o empregador só responde mediante prova de dolo ou culpa. ⁴

Roberto Senise Lisboa afirma que “o texto constitucional fixa uma responsabilidade civil subjetiva do empregador, incumbindo a demonstração de sua culpa leve ou lata”. ⁵

Carlos Roberto Gonçalves é claro no sentido de que a responsabilidade do empregador é subjetiva, pois “condiciona o pagamento da indenização à prova de culpa ou dolo do empregador, enquanto a indenização acidentária e securitária é objetiva”. ⁶

Maria Helena Diniz dá a entender que a responsabilidade do empregador por acidente do trabalho é subjetiva. ⁷ Afirma que o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil “não se aplica na seara trabalhista, visto que a responsabilidade objetiva por acidente de trabalho é do órgão da previdência, em razão de seguro contra acidentes do trabalho feito pelo empregador sem prejuízo da sua responsabilidade na hipótese

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

4. BELTRAN, Ari. Relações de trabalho e responsabilidade civil. Revista do Advogado. São Paulo: n. 66, jun. 2002, p. 34.

5. Roberto Senise Lisboa. Manual de direito civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, vol. 2., p. 638.

6. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro- responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, vol. IV, 2007, p. 289.

7. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol. 7, p. 501.

de ato culposos ou doloso”. ⁸

No mesmo sentido as lições de Sergio Cavaliere Filho: “Sustentam alguns autores que a responsabilidade do empregador por acidente do trabalho ou doença profissional do empregado passou a ser objetiva depois da vigência do Código Civil de 2002. Entendem que a teoria do risco criado, adotada no parágrafo único do seu art. 927 (risco profissional, para outros), ajusta-se, como luva à aquelas atividades de risco excepcional a que são submetidos os empregados que trabalham em pedreira, minas de carvão, motoristas de ônibus (sujeitos a constantes assaltos).

Embora ponderáveis os fundamentos que os sustentam, não partilhamos desse entendimento, porque a responsabilidade do empregador em relação ao empregado pelo acidente de trabalho ou doença profissional está disciplinada no art. 7.º, XXVIII, da Constituição Federal (responsabilidade subjetiva, bastando para configurá-la a culpa leve) – o que torna inaplicável à espécie, por força do princípio da hierarquia, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil”. ⁹

Fábio Ulhoa Coelho afirma que “a natureza subjetiva da responsabilidade do empregador por acidente do trabalho decorre de norma constitucional”. “essa norma é especial e hierarquicamente superior ao Código Civil, e, por isso, não foi alterada pela configuração dada à responsabilidade dos empresários pela entrada em vigor deste”. ¹⁰

Em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo também já assim se entendeu:

Responsabilidade civil – Acidente do Trabalho – Direito comum – Ação indenizatória por danos à saúde – Ausência de incapacidade laborativa indenizável – Culpa da empregadora não demonstrada – Para dar ensejo à almejada indenização há de restar comprovado o dano, a culpa do empregador e o nexo causal – Improcedência mantida – Recurso improvido (TJ SP AP. Cível 912.602-0/4, j. 2.7.07, 26ª Câmara de Direito Privado, Rel. Vianna Contrim).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já julgou da mesma forma:

Esta Corte de Justiça assim se posicionou em casos análogos: “Apelação cível e reexame necessário. Ação de indenização. Danos materiais e morais. Morte de servidor da prefeitura no exercício da atividade laboral. Legitimidade ativa. (... omissis...) Tratando-se de responsabilidade civil em decorrência de acidente de trabalho, não se configura a hipótese de responsabilidade objetiva – art. 37, § 6º, da CF. O funcionário não pode ser considerado terceiro. Danos materiais e morais. (... omissis...)”. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70004211538, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosa Terezinha Silva Rodrigues, Julgado em 04/12/2002). Também nesse sentido, vide: Apelação e Reexame Necessário Nº 70003452794, Nona Câmara

8. DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 499.

9. CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 142.

10. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 2, p. 334.

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mara Larsen Chечи, Julgado em 09/10/2002.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. ATROPELAMENTO POR TRATOR. morte do irmão dos demandantes, que exercia cargo de tratorista. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO MUNICÍPIO.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO EMPREGADOR. Deve o empregador primar pela redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, bem como fornecer proteção em face de automação (art. 7º, incisos XXII e XXVII, Constituição Federal).

2. A responsabilidade do empregador por danos sofridos por seu empregado em decorrência de acidente do trabalho, lastreada no direito comum, é subjetiva. Desta forma, imperativa a comprovação dos seus pressupostos básicos, quais sejam, ação ou omissão (dolo ou culpa), nex causal e resultado de dano. A responsabilidade do Município de Arroio do Tigre/RS somente seria objetiva no caso da vítima ser terceiro desvinculado da Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. (TJ RS, 9ª Câmara Cível, AC 700024688905, j. 26.11.08, Rel. Des. ODONE SANGUINÉ).

A 4ª Turma do TST também entendeu que a responsabilidade prevista na Constituição é subjetiva: *“havendo previsão na Constituição da República sobre o direito à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnios do trabalho, na qual se adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador, não cabe trazer à colação a responsabilidade objetiva de que trata o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002”*.

RECURSO DE REVISTA – DANOS PROVENIENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA VERSUS RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR DE QUE TRATA O ARTIGO 7º, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO EM DETRIMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONSAGRADA NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – SUPREMACIA DA NORMA CONSTITUCIONAL – INAPLICABILIDADE DA REGRA DE DIREITO INTERTEMPORAL DO § 1º DO ARTIGO 2º DA LICC. I – É sabido que o acidente de trabalho e a moléstia profissional são infortúnios intimamente relacionados ao contrato de emprego e, por isso, só os empregados é que têm direito aos benefícios acidentários, daí ser impondo a conclusão de a indenização prevista no artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição se caracterizar como direito genuinamente trabalhista. II- Essa conclusão não é infirmável pela versão de a indenização prevista na norma constitucional achar-se vinculada à responsabilidade civil do empregador. Isso nem tanto pela evidência de ela reportar-se, na realidade, ao artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas, sobretudo, pela constatação de a pretensão indenizatória provir não da culpa aquiliana, mas da culpa contratual do empregador, extraída da não observância dos deveres con-

tidos no artigo 157 da CLT. III – Sendo assim, havendo previsão na Carta da República sobre o direito à indenização por danos material e moral, provenientes de infortúnios do trabalho, na qual se adotou a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador, não cabe trazer à colação a responsabilidade objetiva de que trata o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002. IV – Isso em virtude da supremacia da norma constitucional, ainda que oriunda do Poder Constituinte Derivado, sobre a norma infraconstitucional, segundo se constata do artigo 59 da Constituição, pelo que não se pode absolutamente cogitar da revogação do artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, a partir da superveniência da norma do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002, não se aplicando, evidentemente, a regra de Direito Intertemporal do § 1º do artigo 2º da LICC. V – Recurso conhecido e provido. (TST, 4ª T., RR – 1643/2005-771-04-00.6, j. 25.3.09, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DEJT 17/4/2009).

No TST há outros acórdãos entendendo que a responsabilidade em caso de acidente do trabalho é subjetiva:

AÇÕES POR DANOS MATERIAL E MORAL PROVENIENTES DE INFORTÚNIOS DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DO JUDICIÁRIO DO TRABALHO EM RAZÃO DA MATÉRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 114, 7º, INCISO XXVIII, E 5º INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO. As pretensões provenientes da moléstia profissional ou do acidente do trabalho reclamam proteções distintas, dedutíveis em ações igualmente distintas, uma de natureza nitidamente previdenciária, em que é competente materialmente a Justiça Comum, e a outra, de conteúdo iminente trabalhista, consubstanciada na indenização reparatória dos danos material e moral, em que é excludente a competência da Justiça do Trabalho, a teor do artigo 114 da Carta Magna. Isso em razão de o artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição dispor que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, em razão do qual se impõe forçosamente a ilação de o seguro e a indenização pelos danos causados aos empregados, oriundos de acidentes de trabalho ou moléstia profissional, equipararem-se a verbas trabalhistas. O dano moral do artigo 5º, inciso X, da Constituição, a seu turno, não se distingue ontologicamente do dano patrimonial, pois de uma mesma ação ou omissão, culposa ou dolosa, pode resultar a ocorrência simultânea de um e de outro, além de em ambos verificar-se o mesmo pressuposto do ato patronal infringente de disposição legal, sendo marginal o fato de o cálculo da indenização do dano material obedecer o critério aritmético e o da indenização do dano moral, o critério estimativo. Não desautoriza, por fim, a ululante competência do Judiciário do Trabalho qualquer alerta de o direito remontar pretensamente ao artigo 159 do Código Civil. Isso nem tanto pela evidência de ele reportar-se, na verdade, ao artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição, mas sobretudo em face do pronunciamento do STF, em

acórdão da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, no qual se concluiu não ser relevante para fixação da competência da Justiça do Trabalho que a solução da lide remeta a normas de direito civil, desde que o fundamento do pedido se assente na relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho (Conflito de Jurisdição nº 6.959-6, Distrito Federal). Recurso conhecido e desprovido.

INDENIZAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DE CULPA E DE DANO MORAL. O Regional considerou caracterizada a culpa do empregador pelo acidente ocorrido em razão da ausência de sinalização suficiente no local e de não ter orientado seus empregados para o risco existente, sobretudo quando já ocorrera um acidente no mesmo lugar, o que afigura a inespecificidade dos arestos de fls. 190, porquanto não se reportam a essas peculiaridades fáticas, na esteira do Enunciado nº 296/TST. Recurso não conhecido. (TST, 4ª T., RR – 790163-64.2001.5.03.5555, j. 27/8/2003, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 12/9/2003).

II) RECURSO DE REVISTA PATRONAL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACIDENTE DE TRABALHO MOTORISTA DE ÔNIBUS – ÓBITO DO EX-EMPREGADO INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE E DE CULPA DA RECLAMADA – INCIDÊNCIA DO ART. 7º, XXVIII, DA CF.

1. Para a existência do dever de reparar o dano causado, alguns pressupostos devem estar presentes, sem os quais o próprio instituto da responsabilidade não pode subsistir, quais sejam, o dano experimentado pelo ofendido, a ação ou a omissão do causador, o nex causal e a culpa ou o dolo. Trata-se do estabelecimento do nex causal entre lesão e conduta omissiva ou comissiva do empregador, sabendo-se que o direito positivo brasileiro alberga tão somente a teoria da responsabilidade subjetiva, derivada de culpa ou dolo do agente da lesão, em matéria trabalhista (CF, art. 7º, XXVIII).

2. In casu, o Regional confirmou a sentença condenatória de pagamento de indenização por danos morais sofridos pela família do ex-empregado, em razão do óbito resultante do assalto no ônibus no qual era motorista, por culpa, ainda que levíssima, da Empregadora, que não se preocupou com a segurança e vida dos empregados, visando a inibir os assaltos mediante a instalação de cofre forte ou roleta nos veículos, que, ainda que não tivesse o condão de evitar o assalto, ao menos inibiria as investidas dos meliantes, mormente em dia de festa na cidade, onde o número de visitantes dos municípios vizinhos aumenta consideravelmente.

3. Como se pode notar de toda a argumentação lançada na decisão regional, o elemento de convicção do julgador foi substancialmente o sentido de solidariedade humana em face da dor sofrida pela família do ex-empregado, externado na busca de alguma justificativa, por mais frágil que fosse, para manter a indenização de R\$ 20.000,00 à família enlutada, já que a instalação de catraca ou cofre nos ônibus não impediria o assalto, não sendo absolutamente elemento de segurança contra roubos. No caso, a norma constitucional (CF, art. 7º, XXVIII), bem como a

jurisprudência do TST é clara, no sentido de que a responsabilidade é subjetiva, dependendo de comprovação da culpa do empregador para imposição da obrigação de indenizar.

4. Ora, se por um lado, a norma civil não alcança a esfera trabalhista, iluminada pelo comando constitucional do art. 7º, XXVIII, por outro, nenhuma atividade laboral está infensa a riscos de acidente (no próprio dizer de Guimarães Rosa, em sua epopéia Grande Sertão: Veredas, viver é muito perigoso), mas a CLT somente admite o adicional de periculosidade para as atividades de risco acentuado, ínsito ao manuseio de explosivos, inflamáveis (art. 193), e energia elétrica (Lei 7.369/85, art. 1º), o que descartaria de plano a invocação da responsabilidade objetiva diante da natureza da atividade desenvolvida pela empresa, enquadrando-a no rol de atividades de risco.

5. Dessa forma, verifica-se que não se encontram presentes, na espécie, os pressupostos que delineiam o dever de reparar o dano causado, quais sejam, a culpa ou dolo da Empregadora e a ação ou omissão que teria concorrido para a mencionada lesão.

6. Assim, não há como se atribuir responsabilidade à Empregadora pelos danos morais sofridos pela família do ex-empregado, decorrentes do óbito resultante do assalto, sob pena de violação do art. 7º, XXVIII, da CF, pois não caracterizada a culpa, nem sequer levíssima, da Reclamada pelo evento. (TST, 7ª T., RR 1768/2005-132-17-40.8, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, LTr 73-06/741).

RECURSO DE REVISTA. ACIDENTE DE TRABALHO – DANOS MORAIS E FÍSICOS – VÍNCULO DE EMPREGO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. O poder constituinte, atento à dupla possibilidade de reparação dos danos causados pelo infortúnio laboral, estabeleceu competências jurisdicionais específicas. Assim, compete à Justiça Comum processar e julgar as pretensões dirigidas contra o Estado, relativas ao seguro específico para o infortúnio laboral, decorrente da teoria do risco social (responsabilidade objetiva), e estende-se à Justiça do Trabalho a competência para apreciar a pretensão de indenização reparatória dos danos material e moral dirigida contra o empregador à luz da sua responsabilidade subjetiva, insculpida no art. 159 do Código Civil de 1916, ante a natureza eminentemente trabalhista do conflito. Recurso de revista não conhecido (TST, 2ª T., RR – 3571300- 53.2002.5.03.0900, j. 22/10/2003, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, DJ 21/11/2003).

A SBDI-1 do TST entende que a responsabilidade é objetiva, embora ainda não exista súmula ou Orientação Jurisprudencial sobre o tema:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. IMPUGNAÇÃO AO CONHECIMENTO DO RECURSO DE REVISTA OBREIRO. 1. A colenda Turma, no presente caso, apenas procedeu ao enquadramento jurídico do conteúdo narrado pelo Tribunal Regional para decidir no sentido de

que não restou configurada a hipótese de culpa exclusiva da vítima capaz de excluir a responsabilidade objetiva da empresa pelo acidente que veio a provocar a morte do empregado. Nesse contexto, não há falar que o conhecimento do recurso de revista importou no revolvimento de fatos e provas. 2. Inviável, de outro lado, o conhecimento do apelo por divergência jurisprudencial quando os arestos trazidos a cotejo não indicam a respectiva fonte de publicação, circunstância que atrai o óbice da Súmula nº 337, I, a, do TST. 3. Recurso de embargos não conhecido.

DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. inespecificidade dos arestos TRAZIDOS A COLAÇÃO. 1. Consoante o disposto no item III da Súmula nº 337 desta Corte superior, “a mera indicação da data de publicação, em fonte oficial, de aresto paradigma é inválida para comprovação de divergência jurisprudencial, nos termos do item I, ‘a’, desta súmula, quando a parte pretende demonstrar o conflito de teses mediante a transcrição de trechos que integram a fundamentação do acórdão divergente, uma vez que só se publicam o dispositivo e a ementa dos acórdãos”. Incumbe à parte, em tais circunstâncias, trazer aos autos a íntegra dos modelos transcritos, mediante certidão, fotocópia autenticada ou publicação em repositório oficial na internet, sob pena de não conhecimento. 2. Afigura-se improsperável o conhecimento dos embargos, por divergência jurisprudencial, quando não observada pelo embargante a orientação consagrada no indigitado verbete sumular. 3. Inviável, de outro lado, o conhecimento de embargos, por divergência jurisprudencial, quando inespecíficas as ementas dos paradigmas trazidos a colação, nos termos da Súmula nº 296, I, do Tribunal Superior do Trabalho. 4. Recurso de embargos de que não se conhece.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA RECLAMADA. DONO DA OBRA. CONTRARIEDADE À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 191 DA SBDI-I NÃO CONFIGURADA. Inespecificidade dos arestos TRAZIDOS A COLAÇÃO. 1. Inviável o conhecimento de embargos, por divergência jurisprudencial, quando inespecíficos os arestos trazidos a colação, nos termos da Súmula nº 296, I, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Impertinente, de outro lado, a alegação de contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-I do TST, uma vez que, consoante registrado pela colenda Turma no julgamento dos embargos de declaração, “nada há no acórdão regional acerca de se tratar a Reclamada de dona de obra, mas, ao contrário, depreende-se da decisão recorrida que se trata de típica terceirização, a atrair a responsabilidade subsidiária”. 3. Recurso de embargos não conhecido. (SBDI-1, E-ED-RR 85040-87.2004.5.12.0021, j. 7/2/2013, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 1/3/2013).

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO OCORRIDO ANTES DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. RESPONSABILIDADE OBJETIVA PREVISTA NO ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC. APLICAÇÃO RETROATIVA DA NORMA NÃO CONFIGURADA. A Responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC, apenas confirmou o entendimento jurisprudencial baseado na teoria do risco já aplicada antes mesmo do advento do CC de 2002. Portanto, a aplicação de responsabilidade objetiva a caso anterior ao Código Civil de 2002 não revela uma aplicação retroativa da norma. Precedente. Recurso de embargos conhecido e não provido. (E-ED-RR – 40400-84.2005.5.15.0116, j. 13/12/2012, Redator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/02/2013).

DANOS MORAIS.

ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. MÚLTIPLOS DESLOCAMENTOS DIÁRIOS A SERVIÇO, EM MOTOCICLETA, EM RODOVIAS INTERMUNICIPAIS. COLISÃO NO TRÂNSITO. MUTILAÇÃO DO EMPREGADO.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. INFORTÚNIO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

1. Acidente de trabalho decorrente de colisão no trânsito, com mutilação de membro inferior do empregado, no exercício de atividade profissional que lhe impunha transitar diariamente de motocicleta em rodovias intermunicipais. Sinistro ocorrido na vigência do Código Civil de 1916.

2. No âmbito das relações de emprego, o conceito de atividade de risco não se aquilata necessariamente à luz da atividade empresarial em si, conforme o respectivo objeto estatutário: apura-se tendo os olhos fitos também no ofício executado em condições excepcionalmente perigosas, expondo o empregado a risco acima do normal à sua incolumidade física. Segundo a atual doutrina civilista, a vítima, e não o autor (mediato ou imediato) do dano, constitui a essência da norma insculpida no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002.

3. Inegável o risco inerente à atividade profissional que submete o empregado a deslocamentos constantes em motocicleta, tendo em vista os alarmantes índices de acidentes de trânsito observados quanto a essa categoria de veículo. Decorrendo do cumprimento de ordem de trabalho a exposição do empregado à condição de acentuado perigo, inquestionável que o autor do dano – ainda que mediato – é o empregador.

4. Não afasta a responsabilidade objetiva do empregador a circunstância de o infortúnio ocorrer sob a égide do Código Civil de 1916. A aplicação da teoria do risco em atividade perigosa de há muito é adotada em nosso ordenamento jurídico e decorre antes de uma interpretação sistêmica de todo o arcabouço histórico, legal e doutrinário sobre o tema, de que, ao final, se valeu o legislador na elaboração do novo Código Civil.

5. Embargos a que se nega provimento. (SBDI-1 do TST, E-ED-RR – 81100-64.2005.5.04.0551, j. 29/11/2012, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, DEJT 1/3/2013).

Ao meu ver, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil não pode ser aplicado em casos de responsabilidade por acidente do trabalho, mas pode ser aplicado em outros casos.

4. Conclusão

No meu entender a responsabilidade do empregador no acidente do trabalho é subjetiva: depende de prova de dolo ou culpa. Esta é a interpretação a ser feita em relação ao inciso XXVIII do artigo 7.º da Constituição.

MAURO SCHIAVI

Juiz do Trabalho Titular do TRT – 2ª Região
Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP
Professor Universitário

O JUIZ DO TRABALHO E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: EFETIVIDADE E ACESSO À JUSTIÇA

Uma das questões que mais atormentam os juizes do trabalho na atualidade se refere às hipóteses em que o Código de Processo Civil pode ser aplicável, ou não, ao processo trabalhista.

Como se sabe, o direito processual comum é aplicável, subsidiariamente, ao direito processual do trabalho, pelo chamado princípio da subsidiariedade do processo do trabalho.

Nos ensina Amauri Mascaro Nascimento: *subsidiariedade é a técnica de aplicação de leis que permite levar para o ambi-*

*to trabalhista normas do direito processual comum.*¹¹

Na fase de conhecimento, o art. 769 da CLT assevera que o direito processual comum é fonte do direito processual do trabalho e, na fase de execução, o art. 889 da CLT determina que, nos casos omissos, deverá ser aplicada no processo do trabalho a Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) e, posteriormente, o Código de Processo Civil.

O art. 769 da CLT disciplina os requisitos para aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho, com a seguinte redação:

“Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”.

Conforme a redação do referido dispositivo legal, são requisitos para a aplicação do Código de Processo Civil ao processo do trabalho:

- a) **omissão da Consolidação das Leis do Trabalho:** quando a Consolidação das Leis do Trabalho e as legislações processuais trabalhistas extravagantes (Leis 5.584/1970 e 7.701/1988) não disciplinam a matéria;
- b) **compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho.** Vale dizer: a norma do Código de Processo Civil, além de ser compatível com as regras que regem o processo do trabalho, deve ser compatível com os princípios que norteiam o direito processual do trabalho, máxime o acesso do trabalhador à justiça.

Como visto a Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 769 e 889) reconhece que a legislação processual trabalhista é permeável à aplicação do direito processual comum, revelando a existência de lacunas. Por isso, diante da multiplicidade de situações, há interpretações divergentes sobre a real dimensão das lacunas no processo do trabalho. Muitos chegam a dizer que cada juiz do trabalho tem seu próprio Código de

Processo do Trabalho.

Ante a multiplicidade dos conflitos sociais e da própria dinâmica do direito, a todo momento surgem questões e problemas novos, exigindo novas respostas do direito que ainda não estão disciplinadas no ordenamento jurídico. De outro lado, em muitas situações, as leis processuais existentes não conseguem mais atender às necessidades dos novos conflitos, exigindo nova interpretação e a busca de novos caminhos.

Como bem adverte Karl Engisch:

“Na minha opinião, na determinação das ‘lacunas’ não nos podemos efectivamente ater apenas à vontade do legislador histórico. A mudança das concepções de vida pode fazer surgir lacunas que anteriormente não haviam sido notadas e que temos de considerar como ‘lacunas jurídicas-políticas.’”¹²

Para fins didáticos e para maior compreensão do instituto das lacunas, adota-se, neste trabalho, a classificação de Maria Helena Diniz,¹³ que classifica as lacunas do direito em (a) normativas, (b) ontológicas e (c) axiológicas.

Normativas: quando a lei não contém previsão para o caso concreto. Vale dizer: não há regulamentação da lei sobre determinado instituto processual.

Ontológicas: quando a norma não mais está compatível com os fatos sociais, ou seja, está desatualizada. Aqui, a norma regulamenta determinado instituto processual, mas ela não encontra mais ressonância na realidade, não há efetividade da norma processual existente.

Axiológicas: quando as normas processuais levam a uma solução injusta ou insatisfatória. Existe a norma, mas sua aplicação leva a uma solução incompatível com os valores de justiça e de equidade exigíveis para a eficácia da norma processual.

Tanto as lacunas ontológicas como axiológicas são lacunas de sentido, valorativas, uma vez que envolvem a análise dos valores ao caso concreto, ou seja, avaliam se a lei processual ainda apresenta resultados justos em sua aplicação.

A aplicação da lei processual compreende, indiscutivelmente, a valoração pelo aplicador, da efetividade e justiça das normas, uma vez que, conforme destaca Claus-Wilhelm Canaris, “o sistema apenas representa a forma exterior da unidade valorativa do direito, toda a formação do sistema indica algo por, em geral, haver valores; as lacunas de valores implicam por isso, como consequência, sempre lacunas no sistema. Não se duvida de que semelhantes lacunas de valores possam

12. Introdução ao pensamento jurídico. 10. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 286-287.

13. As lacunas no direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 95.

ocorrer, pois não só não há nenhuma ‘completude lógica’ do direito, como, também não existe nenhuma ‘completude teleológica.’”¹⁴

Hoje, diante das recentes alterações do Código de Processo Civil, levadas a efeito, principalmente, nas fases de execução e recursal, que imprimiram maior efetividade e simplicidade ao processo civil, crescem as discussões sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo do trabalho, e, se é possível a aplicação da regra processual civil, se há regra expressa, em sentido contrário no Consolidação das Leis do Trabalho.

Há duas vertentes de interpretação sobre o alcance do art. 769 da CLT. São elas:

- a) **restritiva:** somente é permitida a aplicação subsidiária das normas do processo Civil quando houver omissão da legislação processual trabalhista. Desse modo, somente se admite a aplicação do Código de Processo Civil, quando houver a chamada lacuna normativa. Essa vertente de entendimento sustenta a observância do princípio do devido processo legal, no sentido de não surpreender o jurisdicionado com outras regras processuais, bem como na necessidade de preservação do princípio da segurança jurídica. Argumenta que o processo deve dar segurança e previsibilidade ao jurisdicionado;
- b) **evolutiva** (também denominada sistemática ou ampliativa): permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo do trabalho quando houver as lacunas ontológicas e axiológicas da legislação processual trabalhista. Além disso, defende a aplicação da legislação processual civil ao processo do trabalho quando houver maior efetividade da jurisdição trabalhista. Essa vertente tem suporte nos princípios constitucionais da efetividade, duração razoável do processo e acesso real e efetivo do trabalhador à justiça do trabalho, bem como no caráter instrumental do processo.

A questão, no entanto, é complexa e delicada, exigindo avaliação crítica dos fundamentos do direito processual do trabalho e de seus reais resultados para a sociedade.

O direito processual do trabalho, como se sabe, foi criado para propiciar um melhor acesso do trabalhador à justiça, bem como suas regras processuais devem convergir para tal finalidade.

Os princípios basilares do direito processual do trabalho devem orientar o intérprete a todo o momento. Não é possível, à custa de se manter a autonomia do processo do trabalho e a vigência de suas normas, sacrificar o acesso do trabalhador à justiça do trabalho, bem como o célere recebimento de seu crédito alimentar.

Diante dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam o processo, e também da força normativa dos princípios constitucionais, não é possível uma interpretação isolada da Consolidação das Leis do Trabalho, vale dizer: divorciada dos princípios constitucionais do processo, máxime o do acesso efetivo e real à justiça do trabalho, duração razoável.¹⁴ Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 239.

vel do processo, acesso à ordem jurídica justa, para garantia, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana do trabalhador e melhoria da sua condição social.

Assim como o direito material do trabalho adota o princípio protetor, que tem como um dos seus vetores a regra da norma mais benéfica, o direito processual do trabalho, por ter um acentuado grau protetivo, e por ser um direito, acima de tudo, instrumental, com maiores razões que o direito material, pode adotar o princípio da norma mais benéfica, e diante de duas regras processuais que possam ser aplicadas à mesma hipótese, escolher a mais efetiva, ainda que seja a do direito processual civil e seja aparentemente contrária à Consolidação das Leis do Trabalho. Para escolher dentre duas regras a mais efetiva, o intérprete deve-se valer dos princípios da equidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Alguns autores mais tradicionais tecem severas críticas à maior aproximação do direito processual do trabalho ao direito processual civil, dizendo que isso acarreta perda de identidade desse ramo especializado da ciência processual. Asseveram que as soluções para os conflitos que chegam diariamente à justiça do trabalho devem ser resolvidos à luz da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em que pese o respeito que merecem, com eles não concordamos, pois o processo do trabalho foi idealizado, originalmente, na década de 40, onde a sociedade brasileira era diversa, e as necessidades dos jurisdicionados também. Além disso, a complexidade dos conflitos trabalhistas não tinham a mesma intensidade dos de hoje. Atualmente, diante de fatores como a flexibilização, terceirização e horizontalização das empresas, nos processos trabalhistas são enfrentadas complexas questões processuais como a presença de diversos reclamados no polo passivo da ação. Além disso, a falta de efetividade dos dispositivos processuais trabalhistas na execução é manifesta.

A Consolidação das Leis do Trabalho e a legislação processual trabalhista, em muitos aspectos, funcionam bem e devem ser mantidos. O procedimento oral, as tentativas obrigatórias de conciliação, a maior flexibilidade do procedimento, a majoração dos poderes do juiz do trabalho na condução do processo e a irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, têm obtido resultados excedentes. Não obstante, em alguns aspectos, a exemplo dos capítulos dos recursos e execução, deve-se permitir ao juiz do trabalho buscar a melhoria constante da prestação jurisdicional trabalhista nos dispositivos do Código de Processo Civil e da teoria geral do processo.

Vale lembrar que a jurisdição do Estado é una e todos os ramos da ciência processual seguem os princípios constitucionais da jurisdição e do processo. A segmentação da jurisdição nos diversos ramos do poder judiciário tem à vista propiciar melhores resultados na efetividade do direito.

A maior aproximação do processo do trabalho ao processo civil não desfigura a principiologia do processo do trabalho, tampouco provoca retrocesso social à ciência processual trabalhista. Ao contrário, possibilita evolução conjunta da ciência processual. O próprio processo civil, muitas vezes se inspira no processo do trabalho para evoluir em muitos de

11. Curso de Direito Processual do Trabalho. 24. ed. São Paulo: Saraiva: 2007, p. 87.



seus institutos.

Vale destacar que o Processo Civil vem se inspirando em diversos capítulos do processo do trabalho que têm produzidos resultados satisfatórios, a exemplos do sincretismo processual, poderes instrutórios do juiz, restrição ao agravo de instrumento, audiência preliminar de conciliação, impulso oficial do juiz na execução, penhora “on line”, etc.

Propiciar ao juiz do trabalho maior flexibilidade em aplicar normas processuais civis, no nosso entendimento, freia arbitrariedades ao tomar providências processuais sem fundamentação adequada, com suporte apenas na equidade e nos amplos poderes de direção do processo conferidos pelo art. 765 da CLT.

Além disso, as normas processuais do Código de Processo Civil quando aplicadas ao processo do trabalho são, necessariamente adaptadas às contingências do direito processual do trabalho bem como compatibilizadas com a princiologia deste. Vale dizer: o juiz do trabalho aplica e interpreta as normas processuais civil com os olhos da sistemática processual trabalhista.

Embora se possa questionar: aplicando-se as regras do Código de Processo Civil, ao invés da Consolidação das Leis do Trabalho, o juiz estaria desconsiderando o devido processo legal e surpreendendo o jurisdicionado com alteração das regras?

Ainda que razoável o questionamento, pensamos que tal não ocorre, pois o juiz do trabalho, aplicando o Código de Processo Civil, não está criando regras, está apenas aplicando uma regra processual legislada mais efetiva que a Consolidação das Leis do Trabalho, e é sabido que a lei é de conhecimento geral (art. 3º, LINDB). Se há regras expressas processuais no Código de Processo Civil que são compatíveis com os princípios do processo do trabalho, pensamos não haver violação do devido processo legal. Além disso, as regras do Código de Processo Civil observam o devido processo legal e também os princípios do direito processual do trabalho.

Vale mencionar que há projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional visando à alteração do art. 769 da CLT (PN 7.152/2006, que acrescenta o parágrafo único ao art. 769), com a seguinte redação:

“O direito processual comum também poderá ser utilizado no processo do trabalho, inclusive na fase recursal ou de execução, naquilo que permitir maior celeridade ou efetividade de jurisdição, ainda que exista norma previamente estabelecida em sentido contrário”.

Parece-nos que o presente projeto de lei vai ao encontro do que procuramos defender. Nota-se que, se o projeto for aprovado, o legislador estará dando um grande passo para a efetividade e celeridade do processo, bem como melhoria do acesso do trabalhador à justiça do trabalho. Não queremos defender a desconsideração do processo do trabalho, ou a sua extinção, até mesmo porque o processo do trabalho apresenta um procedimento simples, efetivo e que tem obtido resultados satisfatórios, mas sim aperfeiçoá-lo, para que continue efetivo e produzindo resultados satisfatórios.

No mesmo sentido é o recente anteprojeto de lei encaminhado pelo presidente do Tribunal Superior do Trabalho ao Congresso Nacional, in verbis: Art. 876-A, CLT:

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

Entretanto, os juízes e tribunais trabalhistas não podem ficar esperando a lei ser aprovada para aplicar os dispositivos do Código de Processo Civil que forem benéficos ao processo trabalhista, pois isso é perfeitamente possível por meio de técnicas de interpretação. A jurisprudência trabalhista deve assumir papel protagonista e decisivo na melhoria da prestação jurisdicional trabalhista, propiciando o acesso real à justiça do trabalho, bem como o resultado útil do processo.

Sob outro enfoque, o juiz, como condutor do processo do trabalho, encarregado de zelar pela dignidade do processo e pela efetividade da jurisdição trabalhista, conforme já nos posicionamos, deve ter em mente que o processo deve tramitar em prazo compatível com a efetividade do direito de quem postula, uma vez que a duração razoável do processo foi erigida a mandamento constitucional, além de buscar novos caminhos e interpretação da lei no sentido de materializar este mandamento constitucional.

Posto isso, a moderna doutrina vem defendendo um diálogo maior entre o processo do trabalho e o processo civil, a fim de buscar, por meio de interpretação sistemática e teleológica, os benefícios obtidos na legislação processual civil e aplicá-los ao processo do trabalho. Não pode o juiz do trabalho fechar os olhos para normas de direito processual civil mais efetivas que a Consolidação das Leis do Trabalho, e, se omitir sob o argumento de que a legislação processual do trabalho não é omissa, pois estão em jogo interesses muito maiores que a aplicação da legislação processual trabalhista. O direito processual do trabalho, deve ser um instrumento célere, efetivo, confiável, que garanta, acima de tudo, a efetividade da legislação processual trabalhista e a dignidade da pessoa humana.

A teoria geral do processo e também a moderna teoria geral do processo do trabalho vêm defendendo um processo do trabalho mais ágil, que tenha resultados, que seja capaz de garantir não só o cumprimento da legislação social, mas, sobretudo, da expansão do direito material do trabalho.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni:

“A concretização da norma processual deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição decorre, evidentemente, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador atua porque é ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, ficando o autor incumbido da identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual, e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, individualizar a técnica processual capaz de permitir-lhe a efetiva tutela do direito. A lei pro-

cessual não pode antever as verdadeiras necessidades de direito material, uma vez que estas não apenas se transformam diariamente, mas igualmente assumem contornos variados, conforme os casos concretos. Diante disso, chegou-se naturalmente à necessidade de uma norma processual destinada a dar aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar, ainda que dentro de sua moldura, os instrumentos processuais adequados à tutela dos direitos”.¹⁵

Por fim, cumpre destacar as lúcidas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

“Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se um juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso. As leis envelhecem e também podem ter sido malfeitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as considerem isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação gramatical. Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e, sobretudo, à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica)”.¹⁶

Pelo exposto, concluímos que o direito processual civil pode ser aplicado ao processo do trabalho, nas seguintes hipóteses:

- a) omissão da Consolidação das Leis do Trabalho (lacunas normativas, ontológicas e axiológicas); compatibilidade das normas do processo Civil com os princípios do direito processual do trabalho;
- b) ainda que não omissa a Consolidação das Leis do Trabalho, quando as normas do processo civil forem mais efetivas que as da Consolidação das Leis do Trabalho e compatíveis com os princípios do processo do trabalho.

15. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luís Otávio; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 230-231.

16. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 361.

EDUARDO ROCKENBACH PIRES

Juiz do Trabalho Substituto do TRT – 2ª Região
Mestrando em Direito do Trabalho pela USP
Professor Universitário

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO: DA LITERALIDADE DA LEI À ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

RESUMO: O artigo é dedicado à análise do instituto da tutela antecipada, no processo civil e no processo do trabalho. Trata em especial do aspecto da possibilidade de sua concessão de ofício pelo juiz. Embasado em premissas de uma nova abordagem do fenômeno processual, do direito de ação e da postura pós-positivista do juiz contemporâneo, argumenta no sentido da possibilidade, ainda que em casos excepcionais, de concessão de ofício da tutela antecipada.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Civil. Trabalho. Ação. Direito. Tutela. Antecipação.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. A insuficiência da abordagem estritamente positivista do fenômeno processual; 3. Direito de ação como direito fundamental; 4. Dano marginal e distribuição do ônus do tempo no processo; 5. Princípio da demanda e tutela antecipada de ofício; 6. Sistema dos arts. 461 e 461-A do CPC e ausência de simetria; 7. Concessão de ofício da tutela antecipada; 8. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais.

A tutela antecipada genérica do direito processual civil brasileiro, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, pressupõe, em princípio, o requerimento expresso da parte, à vista da redação do *caput* do mesmo dispositivo.

Contudo, ocorrem na prática forense situações em que o magistrado se vê diante de todos os requisitos da antecipação da tutela devidamente preenchidos, e sua preocupação com o direito material da parte aumenta à medida que não é formulado o requerimento para a antecipação da tutela, sujeitando o direito ao risco de perecimento até o momento da decisão final.

Os questionamentos acerca dessa situação começariam pela preocupação do juiz: é lícito ao magistrado preocupar-se com o direito da parte mais do que ela própria? A ponto de desejar receber um requerimento para antecipar a tutela, o qual não foi feito pela parte?

E mais: à falta desse requerimento, é lícito ao juiz antecipar a tutela mesmo assim, de ofício, quando presentes os demais requisitos legais? Tal atuação viola o princípio da demanda, ou o da imparcialidade?

O presente trabalho visa a estudar esses problemas e a formular uma proposta de interpretação do sistema relativo à tutela antecipada no direito processual atual no Brasil.

Para tanto, será explorada a perspectiva constitucional do direito de ação, e o influxo do direito fundamental de ação na interpretação do direito processual. Propõe-se uma visão do

problema menos preocupada com a formalidade processual, mais atenta ao direito material em jogo. Essa visão se mostra sensível aos princípios e características do processo do trabalho, no qual as lides em regra têm por objeto parcelas salariais e indenizatórias de cunho alimentar, e a premência de recebimento pelo trabalhador desempregado recomenda máxima atenção aos princípios da celeridade e efetividade.

A hipótese de partida do estudo é a de ser possível, ainda que em casos excepcionais, a concessão de ofício da tutela antecipada, sem que isso viole o ordenamento jurídico, a despeito da redação do *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil.

Um esclarecimento necessário: o foco do estudo não é, exclusivamente, o direito processual do trabalho, embora seja claro que as particularidades desse ramo do direito processual devam ser consideradas, até em razão dos bens jurídicos que figuram como objeto de sua tutela, como já salientado.

Entretanto, a preocupação que fundamenta os estudos sobre a antecipação da tutela de mérito não se restringe ao processo do trabalho; antes pelo contrário, é o processo civil o que mais necessita de avanços nessa seara, dado o problema crônico de lentidão que o afeta. Os avanços decorrentes desses estudos devem, isso sim, ser aplicados ao processo do trabalho, para otimizar a tutela processual dos direitos fundamentais sociais albergados na Constituição Federal.

2. A insuficiência da abordagem estritamente positivista do fenômeno processual

Em uma primeira e de certa forma superficial análise do problema em questão, seria forçoso concluir pela impossibilidade de concessão de ofício da tutela antecipada, uma vez que o artigo 273 do Código de Processo Civil assim dispõe:

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:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

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

(...)

É clara a opção do legislador: a concessão da tutela antecipada pelo magistrado depende de requerimento da parte interessada.

Mas a análise não pode se encerrar nesse ponto, a partir do momento em que se situa a discussão na esfera constitucional, no bojo do princípio do acesso à justiça e do direito fundamental de ação. A partir daí, colocam-se as seguintes

questões: é válida a opção do legislador? Em todos os casos? E mais: pode o juiz questionar a opção do legislador, ou lhe seria vedado imiscuir-se em decisões de “política legislativa”?

Esse o ponto central do presente trabalho. Uma mudança de perspectiva: é necessário perceber que o juiz não está aliado de formar juízo de valor acerca das opções do legislador ao criar a lei. A expressão “opção de política legislativa” não pode mais conferir salvo-conduto para a aplicação fria de preceitos legais inadequados à justiça do caso concreto.

O momento atual da ciência jurídica é bastante distinto daquele em que viveu o Barão de Montesquieu, para quem o juiz deveria ser um aplicador inanimado da lei, absolutamente neutro e impassível, simplesmente a boca que pronuncia as palavras escritas na lei – “la bouche de la loi”, na expressão do célebre pensador iluminista.

O momento histórico em que escrito O Espírito das Leis justificava, é verdade, a concepção de Judiciário idealizada por Montesquieu: vivia-se no século XVIII, às sombras do absolutismo europeu, em que o monarca detinha poderes ilimitados e as usurpações eram constantes. A evolução passou pelo iluminismo e pela ideia de limitação do poder real pelo parlamento, o qual teria representatividade para editar as regras jurídicas, às quais todos, inclusive o monarca (nas chamadas monarquias constitucionais), deveriam obedecer. Seria, nesse contexto, um grande perigo conferir autonomia interpretativa e juízos de valor a magistrados – muitas vezes comprometidos com os interesses do soberano e do antigo regime. Note-se, pois, que a redução de poderes do juiz era a busca de garantias individuais muito caras à época.

Entretanto, o Direito é ciência social aplicada e não pode deixar de reconhecer que a realidade, do século XVIII para cá, mudou muito. Hoje existe um Poder Legislativo que não consegue ser eficaz na edição de regras gerais e abstratas que comportem a solução justa para todos os casos concretos que chegam aos tribunais. E essa afirmação não importa necessariamente crítica à atuação dos parlamentares legitimamente eleitos pelo povo: o problema é lógico. Com efeito, a sociedade contemporânea alcançou uma complexidade tal que impede o legislador de acompanhar os avanços sociais com institutos jurídicos eficazes na geração de soluções justas. Ademais, a velocidade de informação e produção de bens e serviços é, hoje, incompatível com o ritmo de criação e adaptação da legislação vigente, de modo que um novo olhar sobre o fenômeno jurídico é necessário.

Em suma, se o juiz insistir em tentar resolver os conflitos atuais manejando unicamente as ferramentas do direito estritamente positivado, deverá ter, ao menos, a consciência do anacronismo de suas decisões. Será como os atores sociais sendo julgados por um homem-ideal vindo diretamente da metade do século passado para dirigir o processo em que contendem.

É nesse contexto que o estrito positivismo jurídico não mais responde adequadamente aos anseios sociais. Talvez esteja fadado a tornar-se referência histórica.

Há, ainda, outro dado relevante na abordagem da questão: cada vez menos o processo judicial corresponde ao modelo liberal de duas partes em posição de igualdade disputando direitos de caráter patrimonial. Gradativamente, aumenta a

proporção de litígios envolvendo alegadas lesões a direitos sem expressão patrimonial – os chamados direitos da personalidade. São questões afetas ao direito à vida, integridade física, psicológica, à convivência familiar, à liberdade de expressão, honra e outros bens jurídicos, muitos dos quais alçados ao patamar de direitos fundamentais (CF, arts. 5º a 7º).

Ora, quando se trata de questão afeta ao patrimônio, a lógica da conversão de direitos em indenização de perdas e danos é adequada; mas não há como se pensar da mesma forma nas discussões de direitos fundamentais e da personalidade. Esses bens jurídicos simplesmente não admitem a reparação por montante em dinheiro, e por isso reclamam, isso sim, a efetiva proteção da ordem jurídica contra as lesões. Efetividade essa que em muitos casos só pode ser alcançada com o manejo da antecipação de tutela.

Fica nítida, pois, a insuficiência da atuação estritamente positivista do juiz na condução de causas em que se discutem os assim chamados “novos direitos”.¹⁷

De tudo isso, parece possível extrair, com razoável margem de segurança, a seguinte conclusão, que amparará o desenvolvimento do raciocínio: o juiz não pode ficar adstrito de forma absoluta aos limites traçados pela literalidade da lei. Na análise dos casos concretos, pode ser necessário afastar essa literalidade e privilegiar bens jurídicos de estatura constitucional mais relevante.¹⁸

Portanto, o fato de o legislador, no *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil, restringir a concessão da tutela antecipada aos casos em que tenha havido requerimento expresso da parte não inviabiliza a proposição de que, em determinados casos concretos, a antecipação de ofício da tutela seja regular e, mais do que isso, necessária.

3. Direito de ação como direito fundamental

O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Essa redação consagra o direito de ação no sistema constitucional brasileiro, ou o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Trata-se do direito subjetivo a obter, do Estado, o provimento jurisdicional próprio da situação de direito material apresentada. É o direito de provocar a Jurisdição e de ser por ela atendido.

A doutrina vê o direito de ação como contrapartida assegurada aos membros da sociedade em razão de o Estado ter avocado a si o poder de resolver conflitos intersubjetivos. Com efeito, a função jurisdicional do Estado é exercida em caráter de exclusividade, estando vedadas as formas privadas de fazer valer a própria razão, a chamada autotutela.

17. MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento. São Paulo: RT, 2006, p. 69.

18. Esse o sentido do chamado princípio da legalidade substancial. Segundo MARINONI, a “assunção do Estado constitucional deu novo conteúdo ao princípio da legalidade. Esse princípio agregou o qualificativo ‘substancial’ para evidenciar que exige a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. [...] Na verdade, o princípio da legalidade substancial significa uma ‘transformação’ que afeta as próprias concepções de direito e de jurisdição e, assim, representa uma quebra de paradigma” (Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, p. 21).

Atualmente compreendido como direito fundamental, o direito de ação não se satisfaz com a mera entrega de um pronunciamento do Estado acerca da situação de conflito. Seu conteúdo abrange o direito subjetivo a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva,¹⁹ que realmente ponha termo à crise de direito material existente entre os sujeitos, inclusive, sendo o caso, com a entrega do bem da vida disputado ao sujeito que detém o respectivo direito.

E não poderia ser diferente. A partir do momento em que vedou a autotutela, e avocou para si a exclusividade da jurisdição, o Estado assumiu também o compromisso de prestar a tutela jurisdicional de modo adequado e eficaz²⁰, para assegurar ao cidadão a situação mais próxima possível daquela que haveria caso fosse respeitado o direito subjetivo. E isso inclui, obviamente, a tempestividade na atuação estatal.

O agente estatal responsável por fazer atuar a jurisdição e conferir aos sujeitos o direito fundamental de ação em seus vários aspectos é o juiz. A este incumbe zelar, portanto, pela adequação e efetividade da tutela jurisdicional.

Um primeiro ponto importante a destacar, nessa ordem de ideias, e tendo em mente os objetivos deste trabalho, é a isonomia substancial que deve existir na concretude do direito de ação, entre as diversas pessoas que podem se encontrar em situações semelhantes. Não se está exatamente a pensar na isonomia entre as partes de um mesmo processo; está-se a refletir acerca da isonomia em perspectiva abrangente, social, de pessoas que litigam em matérias afins, e podem se encontrar em situações extremamente semelhantes umas das outras.

Nesse aspecto, se com relação ao litígio fundado em mesmas razões, A postula e obtém a tutela antecipada em seu processo, a B, presentes os mesmos requisitos e em se tratando de idênticos pedidos e causa de pedir, não haveria razão para não conceder a antecipação em seu processo. Salvo no caso de ausência de requerimento do próprio B. Todavia, por que motivo B não requereria a tutela antecipada?

Afora situações individualizadas, que por isso mesmo merecem análise específica, é bem possível que não tenha sido postulada a tutela antecipada em favor de B porque seu advogado não atentou a essa possibilidade.²¹ Contudo, eventual desnível técnico entre advogados não parece motivo adequado para o Estado conferir tratamento discrepante às pessoas.

Ora, se a única diferença perceptível para uma pessoa postular a tutela antecipada e a outra não, estando ambas em idêntica situação processual, é o grau de atenção e/ou

preparo de seus respectivos patronos, deve o juiz observar a situação concreta e, presentes os requisitos legais, conferir à situação de direito material a tutela mais adequada e efetiva possível, ainda que para isso tenha de antecipar a tutela final.

Não se está a defender a atuação parcial do magistrado.²² A preocupação deste em verdade é com a preservação do ordenamento jurídico, cuja defesa é sua atribuição. O juiz não pode cruzar os braços quando tem à sua frente uma situação ao menos verossímil, em que a parte que provavelmente se apresenta como detentora do direito vai sofrer todas as consequências do tempo da tramitação do processo. Não pode fingir que não vê. Admitida a premissa do caráter fundamental do direito de ação, esse comportamento passa a ser inadmissível.

Outro aspecto que merece a atenção do leitor neste tópico é a importância, crescente, do caráter preventivo da jurisdição. De fora parte a expressão ameaça constante da redação do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, como foi visto acima, a natureza dos direitos que vêm sendo apresentados nos processos judiciais repugna soluções meramente reparatórias. Inúmeros direitos não podem ser reparados com indenização por equivalente, pois têm valor inestimável, como a vida, a saúde, a honra, entre outros. Assim, é certo que quanto mais se privilegiar a prevenção de lesões nesse âmbito, mais respeito haverá ao direito fundamental de ação.

E, no intuito de privilegiar a prevenção em cotejo com a mera reparação, a tutela antecipada assume função importante, em várias hipóteses. No mínimo, pode-se admitir que, concedida a antecipação, o dano causado ao titular do direito discutido será bem menor do que aquele que haveria caso a tutela jurisdicional fosse prestada apenas ao fim do processo, após exaustiva cognição.

Se assim é, a concessão da tutela antecipada, de ofício, é valorizada como instrumento de eficácia da jurisdição.

Em suma, para a abordagem feita neste tópico, a concessão de ofício da tutela antecipada é mecanismo de proteção de direitos, sensível à desigualdade substancial das pessoas que litigam nos processos.

4. *Dano marginal e distribuição do ônus do tempo no processo*

O processo brasileiro vive uma crise grave de morosidade. Não se trata, é verdade, de um problema exclusivo do Brasil, mas a realidade nacional é particularmente preocupante.

De início é preciso ressaltar que o fenômeno do tempo é, de certa forma, inerente ao processo. Não há processo sem dispêndio de tempo, porque o procedimento exige leitura e análise de alegações, colheita de provas, reflexão para decisão, debates etc. O devido processo legal, que é garantia constitucional,²³ exige tempo. Assim, se se buscar eliminar o dispêndio de tempo para solução dos conflitos, se estará, no mesmo passo, abdicando do devido processo legal e da justiça das decisões.

Por certo, não é essa a intenção, nem se pode presumir seja

22. A questão da imparcialidade do juiz, e também de eventual violação do princípio da inércia da jurisdição, por concessão de tutela extra ou ultrapetita, serão objeto de análise em outro tópico deste trabalho (cfr. tópico 5).

23. Art. 5º, LIV, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

essa a vontade social. O valor justiça é inegociável, e por isso o tempo do processo continuará um elemento necessário.

Mas é preciso distinguir dois fatores relacionados ao tempo do processo: a) primeiro, o tempo acima mencionado, que é insito à duração do processo, quando este atenda minimamente ao contraditório e à ampla defesa; b) segundo, a demora decorrente da ineficiência do Estado ou da má-fé de um dos litigantes, mais interessado no decurso dos anos do que na resolução justa do conflito.

Nesse contexto, convencionou-se denominar dano marginal o prejuízo decorrente da demora da tramitação do processo, no sentido do primeiro fator apresentado acima. Não é porque todo processo demanda tempo que a vida real se curvará à necessidade do Estado de pôr em andamento sua marcha procedimental para descobrir a verdade e solucionar de forma justa o conflito. A vida não espera.

Aliás, cumpre reconhecer que, no mesmo dia em que o cidadão ajuíza sua pretensão no Poder Judiciário, o Estado já está em mora com o serviço de justiça, pois no mais das vezes a lesão ao direito da parte já ocorreu. Em outras palavras: quando se fala em “antecipação” da tutela, a linguagem atende a uma realidade endoprocessual: na vida das pessoas, mesmo a tutela dita antecipada será concedida com inegável atraso.

O dano marginal consiste, então, no prejuízo decorrente da demora normal e razoável do processo, sem a qual sequer se poderia falar em processo legal e justo.

A questão que se coloca no contexto da antecipação de tutela é: sempre, em qualquer hipótese, quem deve sofrer o dano marginal é o autor da ação?

A despeito de uma lenta evolução jurisprudencial, a resposta negativa a essa pergunta atende, atualmente, a reclamos de justiça material. Há situações em que se apresenta o direito do autor tão mais plausível que o do réu, que não seria razoável impor o risco do dano marginal ao primeiro, mas sim ao segundo. Daí o intuito do legislador com a tutela antecipada, o de melhor distribuir o ônus do tempo no processo.²⁴

Deve o juiz, diante da inevitabilidade do dano marginal, sopesar e decidir qual a parte que se apresenta, no momento, por verossimilhança e em juízo de cognição sumária da lide, como a mais provável detentora do direito material em discussão. E livrá-la, pela técnica da antecipação, do ônus do tempo processual.

Existem sérios questionamentos nesse âmbito, fundados na superficialidade da cognição judicial para transferir ao réu, que pode se mostrar detentor da razão ao final do procedimento, o ônus do tempo do processo. Afinal, se tiver razão o réu, o tempo foi o necessário para se apurar que o pedido formulado pelo autor não era procedente, que o autor não tinha razão. É um risco concreto, é certo.

Todavia, não menos certo é que o autor da ação corre o mesmo risco que o réu. Concluindo-se a final que o autor tinha razão, o dano marginal possivelmente lhe terá sido tão injusto quanto a própria lesão ao seu direito material. Desse modo, não há como pensar em termos de “segurança jurídica”

24. MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*, 9 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 23.

ca” para privilegiar a situação de quem propõe a demanda ou daquele em face de quem ela é proposta: seja deferida ou rejeitada a antecipação da tutela, o juiz estará, de qualquer modo, atribuindo o ônus do tempo a uma das partes. E, se assim é, que aja em benefício da parte que, naquele momento, se mostra mais provavelmente detentora do direito material.

Para finalizar a ideia sobre os riscos na decisão relativa à antecipação de tutela: é uma ilusão o apego à “segurança”, demonstrado ocasionalmente por magistrados ao rejeitar a antecipação da tutela, crendo com isso que estão a evitar eventuais prejuízos, e a manter o processo “em sua devida marcha”.

Primeiro, porque se evitam assim apenas os prejuízos que possam vitimar o réu, mas não os que possa sofrer o autor (esse cenário é particularmente perverso no processo do trabalho, por motivos óbvios). Segundo, porque um processo geometricamente perfeito, com divisão cartesiana de seus estágios, fase a fase, pode ser completamente inadequado para atender os problemas que resultam do caos da vida social. E esse processo, assim, não cumprirá a missão de satisfazer o direito fundamental de ação.

Ademais, é necessário identificar o componente ideológico da “segurança jurídica” decorrente da atribuição integral do ônus do tempo ao autor da ação. Trata-se, segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva, do princípio da legitimidade da situação fática preexistente,²⁵ que faz com que o juiz admita que a situação de fato anterior ao processo seja justa, atribuindo-se ao autor que contra ela se insurge os ônus, tanto da prova de sua injustiça, quanto do tempo necessário para a demonstração dessas provas e convencimento do juiz.

Contudo, conforme exposto anteriormente, essa atitude não mais se sustenta quando se pensa no direito de ação como direito fundamental à tutela adequada e efetiva. A realidade não demonstra litígios relevantes entre pessoas em patamar de igualdade material, e sim gritantes distorções de poder social e econômico, para cuja resolução não raro o processo é chamado como o último recurso da pessoa lesada. Nesse contexto, parece razoável pensar que a situação de fato preexistente é aquela construída pelo indivíduo de maior poder entre os envolvidos; logo, essa situação em regra será favorável aos interesses dele. Daí por que, em geral, é o indivíduo mais fraco, o hipossuficiente, aquele que vai a juízo para reclamar a injustiça supostamente cometida contra si. E postular a tutela jurisdicional a seu alegado direito.

No direito do trabalho essa proposição alcança uma validade quase a priori. Cabe ao empregador o pagamento dos salários e demais vantagens ao empregado, sempre posteriormente à prestação de serviços (isto é, primeiro o empregado

25. “O procedimento ordinário parte do princípio que pode ser aceito, de um modo geral, da legitimidade da situação fática preexistente, atribuindo a quem alegue alguma pretensão tendente a modificá-la o ônus de provar seu direito. O procedimento ordinário, no entanto – nisto reside seu defeito congênito –, iguala a todos os demandantes, ao iniciar-se a demanda judicial, considerando-os sem direito, até prova em contrário, independentemente da maior ou menor verossimilhança de suas respectivas pretensões” (SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva*. In: *Revista da Ajuris*. Porto Alegre, ano 25, n. 72, março/1998, p.60)

cumpra sua obrigação contratual; só depois, o empregador cumprirá a dele). Tem o empresário, sem necessidade de autorização judicial, o poder de dispensar o trabalhador, até por justa causa, o que lhe exige de pagar qualquer verba rescisória. A situação fática é toda construída segundo a conveniência do empregador e poderá ser revertida, se e quando o trabalhador prejudicado propuser ação na Justiça do Trabalho.

Mostra-se perverso, com efeito, o sistema processual que, nessa realidade, atribui apenas ao autor o ônus do tempo do processo, e ainda exige que o provimento postulado seja reversível para que possa ser concedido antecipadamente – tudo para não se correr o risco de causar danos ao réu.

Daí a racionalidade da argumentação da apreciação da probabilidade dos direitos alegados, para que o ônus do tempo do processo seja sofrido pelo sujeito que pareça, naquele momento, ter o direito “menos provável”.

5. Princípio da demanda e tutela antecipada de ofício

É característica da jurisdição a inércia; o Estado-juiz age quando provocado pela parte interessada, na forma regulada pela lei. Circunscreve-se nesses termos o princípio da demanda.

O princípio da demanda destina-se a assegurar a imparcialidade do julgador, pois se o mesmo órgão assumir as funções de propor a pretensão e também de julgar, terá inegavelmente a tendência de julgar a favor do que ele próprio postulou.

Assim equacionado o problema, cumpre afastar o temor de que a concessão de ofício da tutela antecipada fira o princípio da demanda. Com efeito, a demanda foi deduzida em juízo pelo autor, e o magistrado está limitado, ao deferir o pedido, aos seus limites.²⁶ Não se põe em dúvida essas afirmações, em que pese haver muitos motivos para discutir-se o princípio da adstrição do juiz ao pedido em sede de processo do trabalho – mas essa discussão extrapolaria os limites deste artigo, com prejuízo para a concisão e a clareza.

É preciso diferenciar, então, a demanda posta pelo autor em juízo e o requerimento de concessão de tutela antecipada. O fato de o autor não ter formulado expressamente o requerimento de antecipação não implica a ausência de demanda.

Nesse sentido a distinção doutrinária entre pedido e requerimento.²⁷ Por meio do pedido, a parte postula o bem da vida a que entende ter direito subjetivo; por outro lado, usam-se requerimentos para instar o juiz a tomar alguma providência de caráter processual.

É requerimento, pois, o ato pelo qual a parte postula que lhe seja deferida a tutela antecipada. Não se trata de pedido propriamente dito; não está relacionado à demanda. Assim, não seria válido o argumento de que é impossível o deferimento de ofício da tutela antecipada, por violação ao princípio da demanda.

Não deixa de ser oportuno salientar que não há falar em

26. Nesse sentido, BEDAQUE afirma que “a aceitação do poder oficial no tocante à antecipação dos efeitos da tutela, ainda que excepcional, não viola o princípio dispositivo, pois o juiz estará proferindo decisão judicial nos limites do pedido” (Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 414).

27. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v. I. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 291-292.

configuração de julgamento extra ou ultrapetita quando o juiz concede de ofício a tutela antecipada. O julgamento extrapetita consiste em ser deferido algo de natureza diversa daquilo que compõe o objeto do processo; julgamento ultrapetita, por sua vez, consiste em ser deferido ao autor montante superior aos limites quantitativos do pedido. Na medida em que o juiz concede, ainda que de ofício, a tutela antecipada respeitando a natureza e os limites quantitativos da pretensão formulada pelo autor da ação, não há falar em julgamento extra ou ultrapetita.

6. Sistema dos artigos 461 e 461-A do CPC e ausência de simetria

Quando a pretensão veiculada pelo autor tem por objeto a satisfação de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, é aplicável o regime dos artigos 461 e 461-A do CPC. Tal regime também prevê a tutela antecipatória; mas é sensivelmente distinto do regime do art. 273 do CPC. Segundo o § 3º do art. 461,

Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Nenhuma menção, como se vê, a requerimento expresso da parte interessada. Aliás, não se pode fugir à perplexidade, por ter o legislador, ainda, silenciado completamente sobre o requisito da reversibilidade do provimento (exigido pelo §2º do art. 273).

São dispositivos legais com distinções injustificáveis.²⁸ A primeira com relação à exigência do art. 273 de requerimento da parte, ausente no art. 461. Em função desses regimes, o juiz pode agir de ofício e conceder a tutela antecipada em casos de obrigações de fazer e não fazer, mas, quando se tratar de obrigações pecuniárias, lhe seria vedado proceder dessa forma. Por outras palavras, a concessão de ofício da tutela antecipada seria ilegal em obrigações pecuniárias, mas admitida (mais que isso, fomentada) pelo sistema nas obrigações de fazer e não fazer.

Como não há fator racional de desigualdade que justifique esse tratamento, a distinção é juridicamente inadmissível. Cumpre retomar aqui a ideia, já desenvolvida,²⁹ de que o legislador não tem poderes ilimitados de conformação; isto é, a “opção de política legislativa” não é argumento válido para sustentar essa violação à isonomia.

A segunda distinção injustificável é a que ocorre no tocante à vedação da tutela antecipada em caso de irreversibilidade do provimento. Essa vedação consta do §2º do art. 273, mas não do art. 461. Ora, sabendo-se que este último é o que trata de obrigações de fazer e não fazer, seria até racional que ocorresse o contrário, isto é, que se vedasse a concessão da

28. É necessário salientar a existência de respeitáveis interpretações no sentido de que o regime da tutela antecipada dos artigos 461 e 461-A também exigiria o requerimento expresso da parte, por força da redação do art. 273, e da necessidade de um regime mais homogêneo para a tutela antecipada de todas as espécies de obrigações (BEDAQUE, 2009, p. 412, nota de rodapé 244).

29. Cfr tópico 2.

tutela antecipada em caso perigo de irreversibilidade para as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa. Até porque nessas obrigações raramente se apresentará o provimento antecipatório como plenamente reversível. Por sua vez, com a obrigação pecuniária ocorre justamente o inverso: na maioria das vezes será possível reverter o provimento antecipatório, cobrando-se do autor beneficiado com a medida posteriormente cassada o valor que esta lhe rendeu em prejuízo do réu. Aliás, quando se exige a caução esse perigo de irreversibilidade é praticamente nulo.

Mas o legislador, diante de um panorama desses, exige requerimento expresso da parte e reversibilidade do provimento para a tutela antecipada em obrigação pecuniária, mas dispensa a ambos os requisitos quando se trata de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa.

A contradição sistêmica exige solução. E a solução que se mostra mais adequada à luz da interpretação do direito de ação como direito fundamental a obter a tutela jurisdicional adequada e efetiva é aquela que privilegia o regime do art. 461 do CPC.

Com isso, reforça-se a tese de que, em alguns casos, é possível a concessão da tutela antecipada genérica do art. 273, ainda que não tenha sido formulado requerimento pela parte interessada.

7. Concessão de ofício da tutela antecipada

Neste tópico, pretende-se frisar que não se sustenta tenha havido a derrogação da expressão a requerimento da parte da redação do art. 273 do Código de Processo Civil. Partiu-se de premissas e princípios para fundamentar que é possível conceder a tutela antecipada mesmo que ausente requerimento expresso, mas com isso não se quer dizer seja necessário ou lícito generalizar esse procedimento, em todo e qualquer caso.

A concessão de ofício da tutela antecipada será cabível em casos excepcionais, em que estejam em jogo interesses de envergadura superior, e que justifiquem a superação da aplicação estrita do direito tal como positivado. Existirá, em tais casos, ademais, um ônus argumentativo adicional atribuído ao juiz, no sentido de fundamentar a decisão de forma consistente, tanto no mérito da necessidade de antecipação, quanto no tocante ao seu agir sem provocação específica da parte interessada.

Em princípio, pode-se conferir validade à interpretação de que não cabe a antecipação de ofício quando em discussão direitos patrimoniais disponíveis. Tais são justamente aqueles em que pensa o legislador do processo civil clássico: a pretensão decorrente da obrigação pecuniária, em que todo o prejuízo possível será reparado pelo pagamento, a final, acrescido de juros da mora, correção monetária e demais encargos legais ou convencionais. Nesse âmbito, parece adequado entender que as providências devem ser adotadas segundo o que foi requerido pelo interessado, uma vez que sobre esse direito ele poderia transacionar,³⁰ ou até mesmo renunciar.

30. Assim dispõe o art. 841 do Código Civil: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se admite a transação”.

Porém, quando a pretensão referir-se a direito indisponível, em especial de natureza extrapatrimonial, o juiz deverá analisar cuidadosamente o caso, ponderando de um lado a presença dos requisitos expostos no art. 273 do CPC, e de outro a ausência de requerimento expresso de antecipação, à luz da importância do direito material discutido, e da magnitude da lesão que possa resultar da demora na prestação da tutela. Dessa ponderação, pode surgir a convicção judicial da necessidade de antecipar a tutela, independentemente de requerimento do autor nesse sentido.

Enquadram-se nessa hipótese os processos trabalhistas envolvendo verbas rescisórias e outras de caráter essencialmente alimentar. Com efeito, tendo o autor da ação perdido o emprego (a fonte de subsistência, portanto), sem o pagamento das verbas rescisórias e indenizatórias devidas, a antecipação de tutela afigura-se geralmente como medida necessária (presente o requisito da verossimilhança, por certo), a fim de evitar danos irreparáveis ao trabalhador. Não é desnecessário lembrar que esse tipo de processo versa sobre direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal (arts. 6º e 7º), o que reafirma a importância da tutela efetiva e tempestiva a cargo do Poder Judiciário.

8. Considerações finais

A argumentação desenvolvida ao longo do trabalho permite concluir pela possibilidade de concessão da tutela antecipada, mesmo quando ausente requerimento expresso da parte interessada.

Todavia, trata-se de uma exceção, admitida em casos de discussões sobre direitos relevantes e indisponíveis, como ocorre rotineiramente no processo do trabalho: ações discutindo pagamento de verbas rescisórias e indenizatórias que são a fonte de subsistência do trabalhador desempregado, e não raro também de sua família.

A ponderação dos valores ligados ao caso concreto balizará a decisão do juiz da causa, que poderá, assim, antecipar de ofício a tutela de mérito, a despeito da literalidade da regra do *caput* do art. 273 do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

KROST, Oscar. Fundamentos à determinação de ofício de medidas antecipatórias no processo do trabalho. In: Revista trabalhista direito e processo. Ano 7, n. 27. pp. 143-149.

LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil.

7 ed. v. 8, t. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIMA, George Marmelstein. Antecipação de tutela de ofício? In: Revista CEJ. Brasília, n. 19, pp. 90-93, outubro-dezembro/2002.

LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da tutela. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Arenhart, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 5 ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v. I. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. Jornal Síntese, ano I, nº 4. Porto Alegre, outubro/1996, pp. 3-5.

_____. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. Revista da Ajuris. Porto Alegre. Ano 25, número72, pp. 58-78. Março de 1998.

_____. Do processo cautelar. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 105-122.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo cautelar. 19 ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2000.

ANDRÉ CREMONESI

Juiz do Trabalho Titular do TRT – 2ª Região
Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP
Professor Universitário

ARTIGO 384 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - APLICAÇÃO AOS EMPREGADOS DO SEXO MASCULINO OU REVOGAÇÃO TÁCITA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988?

1. Introdução.

O artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata do direito da mulher de intervalo de quinze minutos entre o fim da jornada normal e o início da jornada extraordinária, tem causado polêmica quanto à sua aplicabilidade e extensão, em especial após o advento da Constituição Federal de 1988.

Para uma parte da doutrina o referido dispositivo legal deve ser aplicado aos empregados do sexo masculino, nada obstante estar inserido no Capítulo da Proteção do Trabalho da Mulher da Consolidação das Leis do Trabalho.

Por outro lado, outros doutrinadores sustentam simplesmente que o citado dispositivo legal foi tacitamente revogado pelo legislador constituinte de 1988, na medida em que equiparou homens e mulheres em direitos e obrigações.

O presente trabalho tem por finalidade estudar a aplicabilidade do direito consagrado nesse dispositivo legal aos trabalhadores do sexo masculino ou se o mesmo foi revogado tacitamente pelo legislador constituinte.

Também não será demais lembrar que o estudo abrange, ainda, a possibilidade de aplicação do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho apenas e tão-somente às empregadas do sexo feminino, como de resto sempre ocorreu por parte dos operadores do direito.

2. O que dispõe o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Dispõe o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho que:

Artigo 384 – Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze (15) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

Sobreleva mencionar que referido dispositivo legal encontra-se inserido no Capítulo III – Da Proteção do Trabalho da Mulher.

Nesse passo, até o advento da Constituição Federal de 1988 nenhuma controvérsia havia acerca da aplicação do direito consagrado no artigo retromencionado, que sempre se limitou às empregadas do sexo feminino.

3. O artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Preconiza o artigo 5º, inciso I, da Carta Republicana de 1988 que:

Artigo 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção

de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Inciso I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve por bem o legislador constituinte em equiparar homens e mulheres em direitos e obrigações.

Destaque-se que essa isonomia tardou a acontecer, na medida em que a discriminação existente até então não tinha qualquer justificativa.

Não obstante a demora na evolução legislativa imperioso destacar as palavras do mestre Amauri Mascaro Nascimento, que “desde o Estatuto da Mulher Casada esta passou a ser considerada plenamente capaz e não mais relativamente incapaz, aliado ao fato de que com a aprovação da Lei nº 7.855/89 de 25/10/1989, foi revogado expressamente o artigo 446 da Consolidação das Leis do Trabalho que permitia ao marido rescindir o contrato de trabalho da mulher se o mesmo considerasse que tal avença trazia ameaça aos vínculos de família” (Introdução ao Direito do Trabalho, Editora LTr, 30ª edição, 2004, págs. 224/225).

De lembrar que não há falar-se em declaração de inconstitucionalidade de lei já em vigor em face da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, são passíveis de arguição de inconstitucionalidade por via de ação direta somente os diplomas legais que foram aprovados pelo Poder Legislativo após o advento da Constituição Federal de 1988.

Contudo, podemos dizer que uma lei ou apenas um dispositivo de uma lei não foi recepcionado pela Constituição Federal, ante sua incompatibilidade com os princípios e normas aprovadas pelo Poder Legislativo.

A princípio, se feita uma análise apressada, pode parecer que o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho seria um dispositivo não recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Todavia, não é esse o nosso entendimento e isso será sustentado mais à frente deste trabalho.

4. O artigo 7º, caput, da Carta Magna de 1988.

A nosso ver a aplicabilidade ou não do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho aos empregados do sexo masculino ou a mera interpretação de que tal dispositivo tenha sido tacitamente revogado pela Constituição Federal de 1988 não se limita apenas e tão-somente a verificar a compatibilidade do mesmo com o artigo 5º, inciso I, da Lei Maior.

Também será considerado neste trabalho o disposto no artigo 7º, *caput*, da Carta Magna de 1988 que assim preleciona:

Artigo 7º, *caput* – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Assim, uma análise mais detida do tema sob enfoque deve considerar também o dispositivo constitucional supracitado. É isso o que faremos neste trabalho.

5. A jurisprudência sobre o tema.

A polêmica acerca do tema é evidente e tem chegado aos Tribunais do Trabalho. Vejam-se os arestos abaixo:

Horas extras decorrentes do intervalo para descanso previsto no art. 384 da CLT. Princípio.

...

I – Conquanto homens e mulheres, à luz do inciso I do artigo 5º da Constituição da República/88, sejam iguais em direitos e obrigações, é forçoso reconhecer que elas se distinguem dos homens, sobretudo em relação às condições de trabalho, pela sua peculiar identidade biossocial. II – Inspirado nela é que o legislador, no art. 384 da CLT, concedeu à mulheres, em caso de prorrogação do horário normal, um intervalo de quinze minutos antes do início do período extraordinário do trabalho, cujo sentido protetivo discernível na ratio legis da norma consolidada afasta, a um só tempo, a pretensa violação ao princípio da isonomia e a absurda idéia de *capitis deminutio* em relação às mulheres. III – Aliás, se levássemos às últimas conseqüências o que preconiza o inciso I do artigo 5º da Constituição, a conclusão seria no sentido de estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres, considerando a penosidade inerente ao sobretabalho, e não o de, à guisa do tal princípio da isonomia, extinguir, pela via recursal inadequada da atividade jurisdicional, o direito consagrado no art. 384 da CLT. IV – Recurso provido. TST-RR-3.575/2003-010-09-00.3 – (Ac. 4ª T.) – 9ª Reg. – Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen. DJU 30.5.08, p. 187.

Ementa: Aplicação do artigo 384 da CLT – Incompatibilidade com o princípio da isonomia – O privilégio estampado no art. 384 da CLT não foi recepcionado pelo art. 5º, I, da Constituição Federal, por importar em violação ao princípio da igualdade entre homens e mulheres. Além disso, antes que um benefício, traduz-se em obstáculo, colocado no caminho da mulher, à igualdade de acesso ao mercado de trabalho. – TRT 9ª Reg. RO 19781-2002-012-09-00-7 – (Ac. 4ª T. 37125/08) – Relª Sueli Gil El-Rafih. DJPR 24.10.08, p. 794.

Em que pese a divergência jurisprudencial acima é certo que a primeira decisão advém da Suprema Corte Trabalhista, o que possivelmente indique como a referida matéria será apreciada naquele Tribunal.

6. A aplicação do artigo 384 da CLT aos trabalhadores do sexo masculino ou a revogação tácita do referido dispositivo

legal? A discriminação positiva.

Colocados à apreciação os dispositivos constitucionais dos artigos 5º, inciso I e 7º, *caput*, pergunta-se: o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho se aplica aos trabalhadores do sexo masculino ou foi tacitamente revogado pela Constituição Federal de 1988?

Essas perguntas desafiam resposta negativa com a adoção de uma terceira solução para resolver essa polêmica, se não vejamos.

Por primeiro, importa ressaltar que a isonomia entre homens e mulheres deve se dar nas situações em que tal seja plenamente compatível. Como exemplo podemos citar a isonomia de salários.

Chegam a ser odiosas as informações divulgadas na mídia dando conta que homens percebem salários superiores aos das mulheres. Não há qualquer justificativa para que isso ocorra.

Com efeito, nas últimas décadas as mulheres galgaram um patamar profissional invejável. Deixaram de ser donas de casa para disputar em condições iguais os postos de trabalho. Aquelas que já trabalhavam deixaram de fazê-lo em cargos de menor expressão, para atingir postos do alto escalão nas empresas.

Por conta de tudo isso é que dizemos que a diferença de salários entre homens e mulheres não tem qualquer sentido.

De outra parte, ainda que se possa dizer que não há mais falar-se das mulheres como sendo o “sexo frágil” é certo que diferenças entre homens e mulheres existem e sempre existirão, em especial quanto à compleição física.

Prova disso é a diferença de tratamento entre homens e mulheres no tocante ao esforço que pode ser removido, a saber: os homens podem remover individualmente peso máximo de sessenta quilos (artigo 198 da CLT), enquanto que as mulheres podem usar o emprego de força muscular até vinte quilos em trabalhos contínuos ou até vinte e cinco quilos em trabalhos ocasionais (artigo 390 da CLT).

De se notar que esse artigo 390 do Texto Consolidado encontra-se inserido no mesmo capítulo III – Da Proteção do Trabalho da Mulher não tendo havido qualquer questionamento a respeito. O mesmo deve ocorrer em relação ao artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho que consagra o que se denomina de “discriminação positiva”, também denominada por alguns doutrinadores de “ação afirmativa”.

Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Alexandre Mendes Cruz Ferreira, citando Joaquim B. Barbosa Gomes (2001) dizem que “as ações afirmativas (ou discriminações positivas) podem ser definidas como políticas públicas ou privadas voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de etnia e de compleição física.” (grifei e negritei).

Assim, entendemos que a “discriminação positiva” ou “ação afirmativa” é princípio que se coaduna perfeitamente com o ordenamento jurídico constitucional.

Isto porque uma vez existente a diferença física entre homens e mulheres revela-se totalmente possível sustentar a diferença de tratamento no tocante à ausência de intervalo para os primeiros e à existência de intervalo para as segundas, entre o término do labor normal e o início do labor extraordinário.

Nesse sentido, com o devido respeito a opiniões em contrário, não vemos como razoável a aplicação do contido no artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho aos trabalhadores do sexo masculino.

Pelos mesmos motivos sustentamos neste trabalho que o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho encontra-se em perfeita consonância com o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 não havendo que se falar em revogação tácita daquele dispositivo legal por conta do Texto Constitucional.

Por fim, sustentamos ainda que o direito trabalho assegurado pela Carta Republicana de 1988 e pela CLT se constitui em direito mínimo.

Nessa esteira de raciocínio, podemos dizer que o artigo 7º, *caput*, da Lei Maior prevê a possibilidade de existirem outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores, o que consagra a plena aplicabilidade do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho, mas somente às trabalhadoras do sexo feminino.

7. Conclusão.

Ante o exposto podemos concluir que:

o artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988 equiparou homens e mulheres em direitos e obrigações;

o artigo 7º, *caput*, da Carta Magna de 1988 consagra a possibilidade de existirem outros direitos que visem à melhoria das condições dos trabalhadores, além daqueles declinados nesse mesmo artigo e na Consolidação das Leis do Trabalho; a jurisprudência sobre a aplicabilidade ou não do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho após a Constituição Federal de 1988 ainda não é mansa e pacífica;

a “discriminação positiva” ou “ação afirmativa” é princípio que se coaduna perfeitamente com o ordenamento jurídico constitucional;

justamente por conta da existência válida de “discriminação positiva”, também chamada por alguns doutrinadores de “ação afirmativa” sustentamos que o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho não foi revogado tacitamente pelo legislador constituinte;

em nosso entendimento não há falar-se na aplicação do artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho aos empregados do sexo masculino, ante a diferença de compleição física entre homens e mulheres;

sustentamos, por fim, que o artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho continua incólume no ordenamento jurídico pátrio e sua aplicação restringe-se apenas e tão-somente às empregadas do sexo feminino.

SILVANA LOUZADA LAMATTINA
Juíza do Trabalho Titular do TRT – 2ª Região

ACIDENTE DO TRABALHO: UMA NOVA LEITURA DO INCISO XXVII, DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O presente estudo visa desmitificar o dogma da responsabilidade civil e no caso presente, especificamente, no que se refere a danos decorrentes de acidente do trabalho, que encontra na culpa o único e principal fundamento preponderante do dever de indenizar. O enfoque, portanto, é a responsabilidade do empregador e os requisitos que a integram quer objetivos, quer subjetivos.

E como fazê-lo diante das disposições expressas contidas no artigo 7º, inciso XXVIII da Constituição da República que dispõe entre os direitos dos trabalhadores, um seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa?

Não se constitui empresa fácil, mas passaremos abaixo a demonstrar de que forma poderemos efetuar uma releitura das disposições contidas no artigo 7º da Constituição da República, a partir da qual se extraia a ilação de que a responsabilidade do empregador, ali tratada, é objetiva e não dependente de qualquer comprovação de culpa.

A possibilidade dessa releitura vem extraída, inicialmente, de uma questão não técnica, mas filosófica. A transferência da competência para conhecer e julgar ações de indenização por acidente do trabalho propostas contra o empregador, muito embora não tenha alterado qualquer questão de direito, já que competência é regra meramente processual e, portanto, instrumental, um novo enfoque sobre as questões discutidas nessas ações. Um enfoque que só ganha lume a partir da formação dos Juízes do Trabalho, e que lhes propicia vislumbrar o patamar inferior em que se coloca o trabalhador na relação jurídica contratual trabalhista, tarefa não tão fácil aos operadores do direito comum, acostumados a lidar com relações jurídicas entre cidadãos de mesmo nível de igualdade.

Como bem observa o Professor Jorge Luiz Souto Maior:

“... alguém também poderá dizer: “mas a Justiça comum sempre julgou os casos de acidente do trabalho com base na responsabilidade civil”. Certo, mas a Justiça comum ainda aplica, embora não devesse fazê-lo, o direito civil na perspectiva liberal. O benefício de se trazer o acidente do trabalho para a Justiça do Trabalho é exatamente este: o de permitir, enfim, que o conflito próprio do direito social seja aplicado por uma Justiça que raciocina o direito sob a ótica do direito social”

E na ótica do direito do trabalho as normas jurídicas são aplicadas sempre em observância do princípio da norma mais favorável “em virtude do qual, independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador”

Assim não podemos deixar de observar a regra contida no *caput* do artigo 7º da Constituição da República que estabele-

cece direitos mínimos dos trabalhadores (e não direitos dos empregadores) já que refere expressamente que os direitos, ali elencados, não afastam outros que visem à melhoria de sua condição social.

Logo, á análise das normas que fixam a responsabilidade do empregador por danos à saúde do trabalhador deve ser feita de forma sistemática, sem desprestigiar as outras disposições legais que tratam do mesmo assunto.

Portanto, não há como deixar de atentar às disposições contidas no § 3º do artigo 225 da Constituição da República que dispõe, “*in verbis*”:

Art.225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Não há dúvidas de que o dispositivo constitucional em comento prevê a responsabilidade objetiva das pessoas físicas ou jurídicas que se ativarem de forma a lesar o meio ambiente, aí incluído o meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII da CF).

Logo o empresário que polui voluntária ou involuntariamente o meio ambiente do trabalho, vindo a desencadear o favorecimento à eclosão de moléstia aos trabalhadores, responde objetivamente pelos danos ocasionados à saúde de seus empregados.

Ao comparar ambos dispositivos constitucionais, a saber art.7º, inciso XXVIII e artigo 225, § 3º que tratam simultaneamente da responsabilidade do empregador por danos causados à saúde do trabalhador, Raimundo Simão de Melo questiona a existência de contradição, antinomia ou conflito entre as normas constitucionais.

Para solucionar o problema o autor invoca os princípios da unidade e harmonização dos textos constitucionais pelos quais se deve buscar, na hipótese de conflito entre duas normas de mesma hierarquia, delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas.

E pondera o autor:

“Com efeito, sem abstração da possibilidade de inconstitucionalidade daquele, deve-se procurar para o caso vertente, adotando os princípios da unidade e da harmonização das normas constitucionais, soluções de lege lata e de lege ferenda, estas últimas, com a alteração do texto do inciso XXVIII para dele se excluir a idéia de culpa e assim, compatibiliza-lo por completo com a regra geral do §

3º do art. 225, que se trata mesmo de uma norma de maior amplitude ou, como diz Bachof, de uma norma supralegal.”

A solução definitiva para a questão é o reconhecimento da responsabilidade da modalidade objetiva por todo e qualquer tipo de indenização por acidente de trabalho, seja a cargo da Previdência Social, do empregador ou de eventual segurador privado, levando-se em conta o risco criado, como tendência inafastável do Direito contemporâneo.

Não é razoável como bem pondera o autor citado que o Direito prestigie o meio ambiente em detrimento da vida humana, bem maior do ser humano, cuja salvaguarda encontra-se em primeiro lugar na escala de valores da norma constitucional.

Resta ainda a análise conjunta das disposições contidas no artigo 7º, XXVIII da CF com as disposições contidas no artigo 121 da Lei 8213/91 que estabelece:

Art.121. “O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”.

A responsabilidade do empregador, no supracitado dispositivo legal, é mencionada de forma genérica, não se referindo o legislado à qualquer modalidade culposa, conduzindo-se à ilação de se tratar de responsabilidade objetiva.

Trata-se, portanto, de mais um argumento jurídico que autoriza a conclusão de se atribuir responsabilidade objetiva ao empregador, quando a questão enfocar indenização por danos à saúde do trabalhador, sem ofensa às disposições constitucionais que estabelecem a modalidade de responsabilidade subjetiva.

Pergunta-se: Por que o legislador constitucional incluiu expressamente o termo que qualifica a responsabilidade subjetiva do empregador, nas disposições do artigo 7º, XXVIII? Quer nos parecer, conforme já afirmado pelo Professor Jorge Luiz Souto Maior, tratar-se de uma indenização adicional, ou suplementar, para as hipóteses de dolo ou culpa do empregador, ainda porque deve o legislador prestigiar o empregador que bem cumpre as normas de segurança e medicina do trabalho.

Sem qualquer desrespeito às posições majoritárias sobre o tema que antevê a necessidade de comprovação de culpa do empregador para que seja responsabilizado pelos danos causados à saúde do trabalhador, é preciso quebrar a inércia da interpretação sobre velhos institutos jurídicos.

A necessidade de tornar concretos os direitos deferidos pela constituição aos trabalhadores, entre os de maior valor o da preservação da dignidade da pessoa humana e o da valorização do trabalho, conduz à busca de novos paradigmas jurídicos que, dando outras interpretações às disposições legais, viabilizem tornarem reais os ideais de justiça dos trabalhadores, papel fundamental do direito do trabalho.

Em homenagem aos valores constitucionais de primeira grandeza que se constituem nos bens jurídicos cuja tutela é prioritária, podemos extrair a ilação de que a modalidade culposa inculpada na constituição federal não se constitui a única forma de responsabilidade do empregador, posto que o *caput* do referido artigo autoriza o legislador ordinário a bus-

car outras formas de melhor preservar a condição social do trabalhador.

Nesse sentido preleciona Raimundo Simão de Melo:

“Portanto, quando o referido inciso XXVIII alude à culpa ou dolo do empregador como fundamento da responsabilidade civil pelos acidentes de trabalho, não está estabelecendo a responsabilidade subjetiva como questão fechada, porque parece óbvio do quanto disposto no *caput* do artigo 7º, que o legislador ordinário está autorizado a criar e modificar os direitos inscritos nos seus incisos, desde que seja melhoria para os trabalhadores. É a própria Constituição que fundamenta o procedimento de diversificação de competência para a criação de direitos mais favoráveis ao trabalhador por meio de outras normas de grau inferior, que podem ser a lei em sentido estrito, os instrumentos decorrentes da negociação coletiva, as sentenças normativas e os laudos arbitrais, desde que no caso dos três últimos não se trate a matéria versada daquelas de reserva legal.”

Interessante enfoque doutrinário ainda é dado pelo autor supracitado à responsabilidade do empregador subdividindo-a a partir das duas espécies de infortúnio: doenças ocupacionais e acidente típico.

Sustenta que sempre que o dano à saúde do empregado resultar de moléstia ocupacional, assim entendidas aquelas definidas no artigo 20 da Lei 8213/91, a responsabilidade do empregador por tais danos é objetiva com base no quanto disposto no artigo 225 § 3º, da Constituição da República. O fundamento é que as doenças decorrem dos danos ao meio ambiente do trabalho, ou seja, aos agentes insalubres de natureza física, química ou biológica, que o agridem, os quais desencadeiam a responsabilidade independentemente de culpa do agente poluidor.: “O benzenismo, o hidragirismo e o saturnismo são também, entre outras, doenças decorrentes da contaminação do meio ambiente do trabalho. Essas doenças decorrem do risco da atividade e são perfeitamente previsíveis como consequência da utilização do benzeno, do mercúrio e do chumbo”

Já com relação ao chamado acidente tipo, assim entendido aquele decorrente de um evento instantâneo que atinge o trabalhador e causa-lhe lesões corporais e até perda de membros o enfoque da responsabilidade do empregador é multifacetário e dependerá, segundo o autor em comento, das diversas causas que o desencadearam.

Explica Raimundo Simão de Melo:

“que o evento acidentário pode ter como causas (fatores): a) atividades de risco; b) condições inseguras de trabalho; c) ato inseguro de culpa exclusiva do trabalhador; e d) ato de outro empregado ou preposto do empregador” .

Se o acidente-tipo for decorrente de atividade de risco por natureza, tal como está prescrito nas disposições do artigo 927 do atual Código Civil, então a responsabilidade do empregador será objetiva, tal como disposto no artigo em comento. É óbvio que não se constitui tarefa fácil definir o que seja atividade de risco por natureza, ficando a critério do intér-

prete e da doutrina essa classificação.

Segundo ainda o autor supracitado atividade de risco pres-supõe a possibilidade de um perigo incerto, inesperado, mas em face de probabilidade já reconhecida por estatísticas, é esperado e pode causar dano ou prejuízo a alguém, sendo a natureza da atividade a peculiaridade que vai caracterizar o risco capaz de ocasionar acidentes e provocar prejuízos.

Se o acidente-tipo decorre de condições inseguras de trabalho, como mal funcionamento de maquinário, máquinas sem dispositivo de segurança, local em condições inadequadas, escadas quebradas, pisos molhados, assim também a responsabilidade será subjetiva, mas na hipótese de culpa presumida.

É que o contrato de trabalho é um contrato sinalagmático que impõe obrigações recíprocas, entre estas, do empregador, a de manter o local de trabalho em boas condições de higiene e segurança. Logo, a preservação da saúde e higidez física do trabalhador se constitui em obrigação do empregador. A responsabilidade do empregador, nesse caso é contratual incidindo as regras do artigo 389 do Código Civil na hipótese de ocorrência de acidente: "in verbis":

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e a atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Logo se o acidente decorrer de condições inseguras de trabalho, por se tratar de responsabilidade contratual, caberá ao empregador demonstrar que se ativou com toda diligência necessária á manutenção das boas condições de trabalho, caso contrário responderá pela indenização.

Raimundo Simão de Melo, enfrenta ainda a questão da responsabilidade do empregador quando o acidente tipo decorrer de ato inseguro do empregado e assim o define:

"Ato inseguro é uma conduta indevida do elemento humano, que no caso do acidente de trabalho constitui "a maneira pela qual o trabalhador se expõe, consciente ou inconscientemente a risco de acidentes. Em outras palavras, é um certo tipo de comportamento que leva ao acidente"

Na hipótese de prática de ato inseguro por parte do trabalhador, o empregador estará isento de responsabilidade.

A última hipótese consiste no acidente-tipo ocorrido por fato ou ato de terceiro. As disposições do artigo 932, inciso III, do Código Civil estabelecem a responsabilidade objetiva do empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Neste caso, deve o empregador responder integral e objetivamente pelos danos que sob a forma supra, vier a causar à saúde de seus empregados.

(Palestra em Evento da AMATRA2)

ANELIA LI CHUM

Desembargadora do Trabalho do TRT – 2ª Região
Corregedora do TRT – 2ª Região

RETROSPECTIVA DA JUSTIÇA DO TRABALHO E 70 ANOS DA CLT

Muito boa tarde a todos!

Sinto-me imensamente honrada por haver recebido da EJUD 2, ora representada pelo Exmo. Sr. Juiz THIAGO MELOSI SÓRIA, eda AMATRA 2, sob a presidência da Exma. Sra. Juíza PATRICIA ALMEIDA RAMOS, o convite para participar deste importante Evento.

Igualmente me honra a oportunidade de compor esta mesa, ao lado dos Excelentíssimos Doutores AMADOR PAES DE ALMEIDA e CARLOS FRANCISCO BERARDO, também convidados a fazer uma retrospectiva da Justiça do Trabalho no Brasil e dos 70 anos da CLT, e a falar um pouco sobre as suas experiências pessoais junto à Justiça Especializada.

Antes de partir para a retrospectiva, propriamente dita, da Justiça do Trabalho no Brasil e dos 70 anos da CLT, peço-lhes licença para fazer um breve resumo do cenário histórico que antecedeu a esse interstício do nosso interesse.

Inicialmente, cumpre lembrar que a sociedade brasileira rompeu os seus laços com o sistema escravocrata somente ao final do Século XIX;

Naquele tempo, o sistema econômico baseava-se predominantemente nas atividades agrícolas; após a abolição da escravatura, iniciou-se um período de chegada de muitos trabalhadores imigrantes, seguido de forte incremento das atividades industriais e da formação da classe operária nos centros urbanos;

Ainda pouco lapidado, o direito do trabalho da época fazia grande utilização da mão de obra infantil e da mão de obra feminina, pois o mercado as considerava mais "baratas". O Estado liberal pouco interferia nas relações entre empregados e empregadores. Essas práticas capitalistas acabaram por estabelecer um padrão precário de condições laborais, especialmente sob os aspectos da segurança do trabalho e das extensas jornadas cumpridas;

Refletindo a doutrina liberal vigente em outros países, nosso direito laboral do início do Século XX caracterizou-se pelos baixos salários e pelos contratos de trabalho sem limites razoáveis, levando à eclosão de vários movimentos sociais reivindicatórios, que renderam ensejo à deflagração das primeiras greves;

Começaram a ser positivados os direitos específicos das categorias profissionais mais organizadas, que tinham os sindicatos mais atuantes, à época, como são os casos dos trabalhadores ferroviários e dos comerciários;

Conforme podemos constatar, no mencionado panorama a qualidade de vida da generalidade dos trabalhadores realmente não era boa, e isso levou ao surgimento da chamada "questão social", que tinha por finalidade a debelação das desigualdades do sistema.

A adesão do Brasil ao Tratado de Versalhes implicou o seu comprometimento com a melhoria das condições de trabalho, em um momento em que tanto a pressão internacional quanto os movimentos operários já impunham a adoção de medidas

protetivas, como a limitação das jornadas de trabalho, a instituição do descanso semanal, o direito de livre associação, a igualdade de salários sem discriminação de sexo, entre outras.

Iniciemos, portanto, a nossa retrospectiva da Justiça do Trabalho no Brasil. Tomemos por ponto de partida o ano de 1930.

Em 1930 inicia-se a denominada "era Vargas", que já encontrou em acentuado curso as discussões acerca da "questão social". A criação de regras trabalhistas se intensifica, mas sob a forma de leis esparsas. Firmam-se as bases do modelo sindical brasileiro. Ainda nesse ano de 1930 surge o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, e, no ano seguinte, ligado administrativamente ao referido Ministério, o Departamento Nacional do Trabalho, embrião da Justiça do Trabalho.

De 1930 em diante, de forma bastante sintética, ocorreram os seguintes eventos importantes para a história da Justiça Laboral:

- Maio de 1932. São criadas as Comissões Mistas de Conciliação, voltadas para a conciliação de conflitos coletivos.

- Novembro de 1932. São criadas as Juntas de Conciliação e Julgamento, destinadas à solução dos conflitos individuais, mas ainda com natureza de órgãos administrativos. Todavia, a execução das decisões dessas Juntas de Conciliação e Julgamento realizava-se perante a Justiça Comum.

- A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a prever a Justiça do Trabalho em nível de texto constitucional, mas a manteve vinculada ao Poder Executivo.

- A Constituição de 1937 também contemplou em seu texto a Justiça do Trabalho, mas igualmente não a integrou formalmente ao Poder Judiciário.

Dois Decretos-leis de 1939 institucionalizaram a Justiça do Trabalho, tornando-a órgão autônomo, porém ainda não vinculado ao Poder Judiciário. Mesmo assim, esses dois Decretos-Leis mostraram-se bastante importantes, pois ao tornarem a Justiça do Trabalho órgão autônomo, asseguraram-lhe o poder de executar as suas decisões nos próprios processos, sem a necessidade de remessa à Justiça Comum.

Finalmente, em 1º de maio de 1941, é instalada a Justiça do Trabalho no Brasil. No ato público que formalizou essa instalação, mediante discurso inflamado, o então Presidente da República, Getúlio Vargas, assim se pronunciou: "A Justiça do Trabalho, que declaro instalada neste histórico Primeiro de Maio, tem essa missão. Cumpre-lhe defender de todos os perigos nossa modelar legislação social-trabalhista, aprimorá-la pela jurisprudência coerente e pela retidão e firmeza das sentenças. Da nova magistratura outra coisa não esperam Governo, Empregados e Empregadores."

Foi profético, sem dúvida.

- Em 1º de maio de 1943, por intermédio do Decreto-lei 5.452, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

- Em setembro de 1946 um Decreto-Lei conferiu à Justiça do Trabalho estrutura tipicamente judicial, pois: 1) Converteu o Conselho Nacional do Trabalho em Tribunal Superior do Trabalho; 2) Transformou os Conselhos Regionais do Trabalho em Tribunais Regionais do Trabalho; 3) Formou a carreira dos Juizes Togados da Justiça do Trabalho, e, finalmente, 4) Eleveu o mandato dos Juizes Classistas para três anos.

- A Constituição Federal de 1946 integrou expressamente a Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, regulou a sua organização, bem como inseriu em sua competência o julgamento dos dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e demais controvérsias oriundas das relações do trabalho regidas por legislação especial. Os dissídios concernentes aos acidentes do trabalho continuaram sob a competência da Justiça Comum.

- A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 praticamente nada inovaram a respeito do assunto. A Justiça do Trabalho permaneceu como órgão integrante do Poder Judiciário, com basicamente a mesma competência prevista na Carta Magna anterior. Os conflitos sobre acidentes do trabalho foram mantidos sob a seara da Justiça Comum. A Justiça do Trabalho adquiriu competência para dirimir controvérsias relativas a outras relações de trabalho, desde que houvesse lei que lhe atribuisse essa competência.

- A atual Constituição Federal de 1988, na redação originária de seu artigo 111, previa, como órgãos da Justiça do Trabalho, as Juntas de Conciliação e Julgamento. Entretanto, a Emenda Constitucional nº 24, de 09/12/1999, extinguiu a Representação Classista em todas as instâncias, transformando as Juntas de Conciliação e Julgamento em Varas do Trabalho. Consequentemente, os Juizes do Trabalho passaram a constituir Órgãos da Justiça do Trabalho.

- Por derradeiro, a Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe algumas alterações na organização da Justiça do Trabalho, dando nova redação ao artigo 114 da Constituição de 1988, de modo a ampliar significativamente a competência desta Justiça Especializada, inclusive com a inserção dos dissídios envolvendo os acidentes do trabalho e as doenças ocupacionais.

Estimados ouvintes. Tenho por certo que a retrospectiva feita até esta parte comprova que a Justiça do Trabalho firmou-se como poderoso instrumento de regulação das relações entre capital e trabalho, assegurando a concretização dos direitos fundamentais e a pacificação social.

Quanto à retrospectiva da CLT, especificamente, parece-me essencial, diante do nosso curto tempo disponível, lembrar que ela foi aprovada em 1º de maio de 1943, por intermédio do Decreto-lei 5.452. Cuida-se de Diploma que sistematizou e ampliou a legislação trabalhista até então editada de forma esparsa.

A CLT estabeleceu importantes conceitos, como os de salário, de contrato de trabalho, de empregado e de empresa, regulando, ainda, as relações sindicais. Também disciplinou, naquilo que é essencial, o processo do trabalho. Mas a aprovação do Diploma Consolidado não impediu, e nem poderia impedir, a continuidade do processo de elaboração de leis específicas. Após a sua sobrevivência, como já dito, em 1943, inúmeras leis importantes foram editadas, das quais cito como exemplos:

a Lei nº 605, de janeiro de 1949, que dispõe sobre o repouso semanal remunerado e o pagamento de salários nos feriados civis e religiosos;

a Lei nº 5.107, de setembro de 1966, que cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço;

a Lei Complementar nº 7, de setembro de 1970, que cria o PIS – Programa de Integração Social;

a Lei nº 5.859, de dezembro de 1972, que dispõe sobre a profissão dos empregados domésticos, recentemente modificada pela PEC – Proposta de Emenda à Constituição nº 66/2012, que, de forma bastante exposta pela mídia, estendeu à referida categoria direitos já assegurados aos trabalhadores em geral.

Esta minha breve retrospectiva da Justiça do Trabalho e da CLT nos últimos 70 anos teve por base, é claro, a consulta a textos legislativos e doutrinários. Posso lhes assegurar, contudo, que tive o privilégio e a honra de vivenciar, muito diretamente, ao longo de minha trajetória de 40 anos na Justiça laboral, a serem completados em setembro próximo futuro, boa parte das mencionadas transformações.

Tive a oportunidade de Judicar em Varas do Trabalho (então denominadas JCJs) que hoje sequer pertencem ao TRT da 2ª Região. Com efeito, quando de meu ingresso na Magistratura do Trabalho, a 2ª Região era composta de todo o Estado de São Paulo, além do Paraná e Mato Grosso, pelo que posso dizer que acompanhei, de perto, o crescimento da Justiça do Trabalho tanto no âmbito regional quanto no nacional, como testemunha presencial do aperfeiçoamento de seus inúmeros mecanismos institucionais, materiais, legais e tecnológicos. Como Juíza Substituta, percorri, além de inúmeras Juntas de Conciliação e Julgamento de São Paulo e da Grande São Paulo, outras mais, no interior do Estado, como Americana, Piracicaba, São Manoel, São Carlos, Mogi das Cruzes, Botucatu, Avaré, tendo sido, aliás, a Juíza instaladora destas duas últimas, iniciando como Titular em Ourinhos, seguindo-se São Carlos e 24ª de São Paulo, na qual, nos idos de 1987/1988, passei a ser convocada para atuar no TRT, para o qual fui promovida em 1993, tendo ocupado o cargo de Vice-Presidente Administrativa eleita na gestão 2004/2006 e, regimentalmente, todos os cargos diretos do TRT de São Paulo, além de ter atuado perante o C. Tribunal Superior do Trabalho, na condição de Juíza Convocada, por aproximadamente dois anos e meio, em períodos distintos, entre os anos de 2000 e 2002.

É interessante lembrar que em 1941, ano em que a Justiça do Trabalho foi instituída em todo o território nacional, o Estado do Mato Grosso foi contemplado com apenas duas Juntas de Conciliação e Julgamento, sendo uma em Cuiabá e a outra em Corumbá, esta última pertencente, hoje, a Mato Grosso do Sul, Estado criado em outubro de 1977. A 1ª Junta de Cuiabá funcionou vinculada ao TRT da 2ª Região até 1982. No período que antecedeu a divisão de Mato Grosso, Corumbá figurava como a única cidade do sul do Estado que possuía uma Junta de Conciliação e Julgamento Trabalhista. Nessa época, como já dito, Mato Grosso integrava a jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Corumbá recebeu a sua Junta em dezembro de 1962. A ausência de um órgão trabalhista nas demais cidades dificultava as

atividades dos operadores do direito residentes na região sul de Mato Grosso que, não raro, tinham de se deslocar até a capital Cuiabá e, quando não, ficavam a mercê da prestação jurisdicional de um juiz de direito de Campo Grande para o julgamento das ações trabalhistas. Essa situação perdurou por muitos anos, ultrapassando, inclusive, a data da lei de criação do Estado de Mato Grosso do Sul, 11 de outubro de 1977, e, também, o marco de sua instalação e funcionamento, 1º de janeiro de 1979. Insatisfeitos com tantas dificuldades, advogados trabalhistas e representantes dos sindicatos dos empregados e empregadores, agora de um novo Estado, formaram uma comissão representativa da classe jurídica e econômica local que, de posse de dados estatísticos, dirigiu-se até Brasília com o objetivo de reivindicar uma Junta de Conciliação e Julgamento para Campo Grande. O sucesso obtido nessa empreitada resultou na promulgação da Lei nº 6.563, de 19 de setembro de 1978, criando a 1ª Junta de Conciliação e Julgamento de Campo Grande, hoje 1ª Vara do Trabalho.

Tive a grande honra, ainda, de presenciar, em dezembro de 1986, a cerimônia de instalação da 15ª Região, criada pela Lei nº 7.520, de 15 de julho de 1986. Mas minhas memórias remontam a data ainda mais remota, eis que também tive a honra de participar, no ano de 1975, da cerimônia de instalação da 9ª Região (Lei nº 6.241/75), com jurisdição inicial sobre os Estados do Paraná e de Santa Catarina, situação que permaneceu até o ano de 1981, quando foi instituído o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região.

Minha atuação nesta Justiça Especializada continuará por mais um tempo ainda, já que há apenas alguns meses, mais precisamente em setembro do ano passado, tomei posse, após ter sido eleita democraticamente por meus pares, no cargo de Corregedora Regional, experiência enriquecedora que me põe, diuturnamente, em contato com a 1ª Instância, com seus problemas, dificuldades, percalços, mas, também, suas conquistas, anseios, ideais e, posso assegurar, sem nenhuma dúvida, que é aí, no primeiro grau de jurisdição, que se forma o celeiro de bravos e incansáveis Magistrados que, futuramente, regerão os destinos da Instituição.

Desejo, neste momento tão singular, em que a CLT completa 70 anos de existência, deixar uma mensagem especial a todos os Magistrados da 2ª Região, de 1º e de 2º graus: jamais deixem que se apaguem as chamas da paixão com que abraçamos a Magistratura, que, para nós, mais do que uma carreira, é nossa vocação patriótica, no afã de colaborar decisivamente, dentro de nosso âmbito de atuação, para o engrandecimento e fortalecimento da nação brasileira.

Eram essas, estimados ouvintes, as palavras que eu tinha a dizer.

Agradeço imensamente a todos pela atenção e pelo carinho dispensados, bem como reitero, à EJUD 2 e à AMATRA 2, o meu sentimento de grande honra pelo convite para participar deste Evento.

Boa tarde a todos.

REGINA MARIA VASCONCELOS DUBUGRAS

Desembargadora do Trabalho do TRT – 2ª Região
Doutora em Direito do Trabalho pela USP**A CONCILIAÇÃO QUALIFICADA SOB A PERSPECTIVA
DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO DO TRABALHO**

Os princípios que regem o processo do trabalho são teoricamente bem definidos, mas na prática vêm sendo mitigados conforme se observa nas constantes alegações de nulidade processual e constatação pelas próprias atas de audiências. A Conciliação Qualificada é um instituto que valoriza e viabiliza a adoção de alguns destes princípios, dentre estes os princípios da oralidade, da celeridade, da verdade real e da efetividade das soluções.

O princípio da oralidade é característico do processo do trabalho, tanto que a CLT faz previsão da apresentação oral da defesa em audiência (art. 847), depoimento das partes (art. 848), razões finais (art. 850) e julgamento (art. 851). A prática da defesa escrita e da transcrição literal e integral resulta do movimento de formalização e registro em papel de todos os atos processuais desprezando qualquer manifestação oral que não esteja reduzida a termo e registrada em papel ou, mais modernamente, em arquivos de computador. Com o tempo a oralidade processual foi sendo cada vez mais reduzida, a ponto de nos últimos anos alguns Juízes dispensarem o depoimento das partes e muitas vezes, até o depoimento das testemunhas, quando o juiz já tem sua própria convicção sobre o tema. No sistema atual os advogados também podem apresentar suas razões finais, desde que por escrito, e o Juiz apresenta sua sentença posteriormente, também por escrito.

A Conciliação Qualificada requer necessariamente o resgate da oralidade sem a formalização ou tomada a termo de tudo o que se diz. Nesta, não apenas os advogados, mas as partes devem expressar suas queixas, suas dúvidas, suas emoções e suas expectativas, sem medo de entregar a causa e sem medo da repressão, não só do Juiz, que geralmente não tem muito tempo disponível, mas também do advogado que inibe a manifestação da parte com receio de que esta, com sua autenticidade, venha comprometer o julgamento da lide.

O princípio da verdade real substituído pela verdade formal registrada no processo litigioso segundo a clássica, “o que não está nos autos não está no mundo”, também pode ser praticado na conciliação qualificada. A verdade real deve ser relatada na conciliação e as partes podem trazer ao diálogo fatos que, não obstante sejam estranhos à lide, possam ser fundamentais para a solução do conflito. O advogado pode trazer argumentos que não traria se fossem reduzidos a termo e o conciliador pode se utilizar de fundamentos metajurídicos e até filosóficos para mover as partes do estado em se encontram para uma visão mais contextual do conflito e dos respectivos interesses e possibilidades.

O conciliador, por sua vez, deve ter liberdade para manejar o conflito e a comunicação das partes sem medo de pré-julgamento ou de ser interpretado como parcial. As ponderações em perspectivas sobre possíveis resultados, não passarão de hipóteses que devem nortear as decisões das partes, sob a

orientação de seus respectivos advogados, quanto à formulação e aceitação de propostas de acordo.

A celeridade é o princípio mais utilizado em defesa da conciliação, pois, quando esta resulta em acordo, põe fim ao curso processual evitando uma série de atos sucessivos praticados por diversos agentes durante dias, meses e anos para se chegar ao arquivo, em muitos casos sem a entrega do bem da vida, por frustração na execução. A agilidade das transformações fáticas, em regra, é maior do que a agilidade processual. Empresas que abrem e fecham; contratos de prestação de serviços que terminam e não se renovam; negócios mal sucedidos, atividades que repentinamente se tornam obsoletas e mudam o estado das coisas de tal forma que uma decisão transitada em julgado, dois anos após a ocorrência dos fatos pode encontrar uma realidade completamente diferente, dificultando seu cumprimento ou mesmo a execução.

A falta de celeridade tem levado à frustração do recebimento dos direitos judicialmente reconhecidos ou à execução com penhora de bens de pessoas que nem sempre podem ser consideradas as reais devedoras, como por exemplo, os terceiros de boa fé, o que pode resultar em insegurança jurídica.

A efetividade das decisões após todo o curso processual pode ser constatada pelas estatísticas que demonstram maior número de sentenças não cumpridas em comparação a menor número de acordos não cumpridos. A sentença imposta não considera a situação financeira da empresa no momento em que se torna exigível, nem tampouco os outros compromissos empresariais não menos importantes, inclusive com relação ao alimento de trabalhadores ativos, o que dentre outras causas, explica o pequeno número de cumprimento imediato das decisões transitadas em julgado e o grande número de execução forçada. Não obstante a legalidade da sentença ela não tem, e nem poderá ter, como critério de decisão a viabilidade do seu cumprimento, ela subsume os fatos às normas diante da prova e da interpretação do julgador, que nem sempre acompanha o resultado quanto ao seu cumprimento para avaliar a efetividade de suas decisões. O acordo conta com a participação em sua formulação daquele que irá cumprir o acordado, de tal forma que permita a análise da viabilidade e da melhor forma para seu cumprimento tendo em vista seu patrimônio, seu faturamento e suas obrigações.

Assim considerando que a conciliação permite um planejamento melhor do empregador quanto ao pagamento do seu débito, constituído ou provável, a probabilidade do cumprimento do acordo é maior do que da sentença, tornando a solução mais efetiva. É relevante salientar que em muitos casos o conflito fica submerso na lide e a sentença não poderá tratá-lo, enquanto a conciliação pode propiciar oportunidades para se esclarecer equívocos ou se pedir perdão, tornando a solução mais efetiva.

Contudo, não se pode afirmar que em qualquer tipo de conciliação estarão presentes os princípios acima referidos. A realização de acordos impostos, duvidosos ou sob pressão podem ser prejudiciais às partes, à segurança jurídica e à prestação jurisdicional. A conciliação deve ser qualificada, o que significa dizer, servida pelos princípios da lealdade, respeitabilidade das expectativas, equilíbrio de poderes, transparência, compreensão e empatia, para o que se requer um amplo movimento de transformação cultural em torno de um instituto de grande valor dentro do processo do trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho que completa 70 anos em 2013 trouxe em vários de seus dispositivos a obrigatoriedade da tentativa conciliatória no curso do processo do trabalho e a possibilidade de realizá-la a qualquer momento. A forma de tratamento da conciliação durante o curso processual atribui ao instituto maior ou menor valor dependendo do tempo a ela dedicado, da habilidade do conciliador e dos objetivos almejados.

A conciliação vem tradicionalmente sendo praticada pelo Juiz no curso das audiências. A proposta de acordo é uma introdução incorporada à audiência trabalhista em conjunto com a apresentação da defesa e sucedida pelo depoimento das partes e testemunhas, devendo ser renovada antes do julgamento. Não obstante os profícuos resultados que a prática tem alcançado ao longo dos anos, estes resultados podem ser bem melhores pela adoção da Conciliação Qualificada como objetivo e método não apenas pelo resultado calcado no número de acordos computados, mas pela satisfação de todos os envolvidos com a prestação jurisdicional.

A Conciliação qualificada requer tempo, conciliador capacitado e ambiente conciliatório. O tempo necessário para a prática de uma boa conciliação deve ser maior do que os minutos disponíveis antes e durante uma audiência inserida em uma pauta extensa em que partes, testemunhas e advogados aguardam para serem ouvidos e o Juiz deve se equilibrar entre a qualidade da audiência e o cumprimento do horário programado na pauta. A conciliação qualificada requer tempo para se entender o conflito, para se estabelecer o diálogo e se articular as possíveis soluções. A falta de tempo pode levar a utilização de argumentos de pressão como instrumento de persuasão para se obter rápidos resultados, o que depõe contra o instituto.

O conciliador capacitado pode ser o próprio juiz ou outro agente devidamente formado para este fim. A capacitação requer a adoção da ciência da mediação naquilo que for compatível com o processo judicial. O conciliador deve ter uma visão positiva do conflito a ser manejado, de tal forma que o comportamento das partes se mova da postura inicial de hostilidade, para a compreensão do conflito e o interesse na busca da solução. A comunicação deve ser eficiente para que todos tenham a oportunidade de se expressar expondo as razões, as emoções e as expectativas que circundam o conflito que resultou na lide processual. O conciliador deve demonstrar empatia para equilibrar o poder entre as partes colocando-as em condição de igualdade para transformar a acomodação que transfere para terceiros as culpas e responsabilidades, em atitudes que se voltam para a construção da solução dos próprios conflitos.

O ambiente conciliatório deve ser formado tanto pelo aspecto material como pelo aspecto psicológico. Não obstante a conciliação seja praticada dentro do processo e na arena dos litígios, onde o julgador está acima das partes para ditar a solução, o ambiente propício para a conciliação deve ter como base a horizontalidade onde todos, partes, advogados e conciliador estão em um mesmo plano, para construir juntos uma solução, cada um com seu interesse e cada um exercendo o seu papel.

O clima litigatório de ganhar ou perder deve dar lugar à crença de que todos vão ganhar encontrando a melhor solução para o conflito, e o mais importante, se restabelecendo a paz entre as pessoas envolvidas. O tratamento respeitoso entre todos os participantes é condição fundamental para um ambiente conciliatório, sendo certo que instituir um clima de harmonia por meio da compreensão de interesses diversos é função primordial de um conciliador vocacionado e devidamente capacitado para lidar com pessoas em conflito.

Conclui-se portanto, que a Conciliação Qualificada como forma de solução de conflitos, alternativa à sentença, mas dentro do judiciário, tem vocação para resgatar a valorização e prática dos princípios básicos do processo do trabalho, dentre eles a oralidade, verdade real, celeridade e a efetividade, além de somar a estes, outros princípios próprios da conciliação qualificada. A capacitação e educação do jurisdicionado na construção da solução de seus próprios conflitos deve compor as políticas públicas do Estado Social que promove o desenvolvimento do cidadão como ser humano independente e capaz de tomar suas próprias decisões e conduzir seu próprio destino sob o respaldo da Lei e do Poder Judiciário e sob a proteção dos princípios e normas constitucionais do Estado Democrático de Direito.

WILSON RICARDO BUQUETTI PIROTTA

Juiz do Trabalho Titular do TRT – 2ª Região

OS DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO PARA A SOLUÇÃO DEMOCRÁTICA DOS CONFLITOS SOCIAIS

As recentes manifestações que tiveram lugar nas cidades brasileiras, iniciadas pelos protestos contra o aumento nas tarifas dos transportes públicos, trazem à reflexão importantes questões acerca das relações entre a sociedade civil e o Estado, em especial no que tange à garantia de direitos sociais e políticos, a representatividade do atual modelo político e os limites entre os direitos e as garantias individuais e os direitos sociais. A cobertura usual da imprensa e as análises sociológica e da ciência política, com os instrumentos tradicionais dessas disciplinas, encontraram grandes dificuldades para compreender os diversos aspectos envolvidos nessa onda de manifestações. A pauta das reivindicações, cujo ponto de partida fora a revolta contra o aumento do preço das tarifas dos transportes públicos urbanos, frente à baixa qualidade e a insuficiência do serviço prestado, logo foi ampliada, com o acréscimo de outras reivindicações e razões de protestos, envolvendo tanto reivindicações mais definidas, como a oposição à aprovação pelo Congresso Nacional da Proposta de Emenda Constitucional que limita os poderes de investigação do Ministério Público, quanto reivindicações mais gerais, como melhoria nos serviços públicos de atenção à saúde, educação, moradia, etc.

A relação entre os movimentos de massa e a democracia, por seu turno, sempre apresentou aspectos contraditórios e de difícil conciliação. É indubitável que a participação social nos processos decisórios da vida em sociedade e a livre manifestação de ideias e opiniões é da essência do regime democrático. A história, no entanto, apresenta várias situações em que as manifestações das massas são instrumentalizadas pelas forças conservadoras para justificar a instituição de regimes autoritários e de exceção. Em grande parte, o desenvolvimento de uma linguagem dos direitos em contraposição ao poder discricionário de um dado grupo hegemônico em determinada sociedade se deu como forma de limitação desse poder, cujo exercício, ainda que respaldado por uma auto-postulada maioria, desafia sentimentos básicos de respeito à dignidade humana.

Postula-se, assim, neste artigo, a adoção do conceito e da doutrina dos direitos humanos como repositórios de valores democráticos para a solução dos conflitos em geral e, em especial, a possibilidade de contribuição do direito para a compreensão dos problemas levantados pelos recentes movimentos de reivindicações ocorridos nas cidades brasileiras e para o encaminhamento das discussões sobre sua solução sob o ponto de vista democrático, valendo-se do instrumental dos direitos humanos.

Para o fomento da discussão acima assinalada, cabe uma aproximação com o conceito e a doutrina dos direitos humanos,³¹ no atual estágio de seu desenvolvimento. O entendi-

31. O tema ora referido foi mais desenvolvido por este autor no livro:

mento do significado dos direitos humanos no âmbito dos sistemas jurídicos contemporâneos, tanto para o jurista quanto para estudiosos de outras áreas do conhecimento, enfrenta a dificuldade representada pela ambigüidade da linguagem dos direitos. Conforme comenta Norberto Bobbio:

*“Apesar das inúmeras tentativas de análise definitiva, a linguagem dos direitos permanece bastante ambígua, pouco rigorosa e freqüentemente usada de modo retórico. Nada impede que se use o mesmo termo para indicar direitos apenas proclamados numa declaração, até mesmo solene, e direitos efetivamente protegidos num ordenamento jurídico inspirado nos princípios do constitucionalismo, onde haja juízes imparciais e várias formas de poder executivo das decisões dos juízes.”*³²

Os chamados direitos humanos incluem direitos de um e de outro tipo, englobando tanto declarações formais de princípios a serem seguidos na medida do possível, quanto direitos específicos e circunscritos, garantidos dentro de um dado ordenamento jurídico, com sua força coercitiva.

Destaca-se, de plano, que as dificuldades de lidar com as novas necessidades sociais na construção de uma disciplina não podem ser consideradas motivo de retrocesso a situação anterior em que sua configuração atendia outras demandas sociais, como o faz Michel Villey ao negar juridicidade ao que se denomina de direitos humanos, propondo uma volta a padrões de direito romano e medieval.³³ Surge, então, a necessidade de discutir quais são os traços característicos dos direitos humanos que os distinguem – ou os confundem com – os direitos positivados em cada ordenamento jurídico particular.

Por certo, qualquer tentativa de definição ou de aproximação do conceito de direitos humanos resvala na questão atinente aos valores implicados nessa operação e no termo. Iguamente certa é a historicidade dos valores considerados como preeminentes em cada tempo e em cada espaço geográfico. Conforme salienta Miguel Reale:

*“É inegável, segundo penso, que o problema do valor não pode ser posto nem proposto fora da História, pois a consciência intencional culmina sempre numa projeção ou objetivação histórica, o que desde logo suscita uma pergunta inquietante sobre a historicidade de todos os valores, ou seja, sobre a inevitabilidade de um relativismo axiológico de base historicista.”*³⁴

PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. Analogia e direito do trabalho: para uma leitura das leis trabalhistas e de suas lacunas à luz dos direitos humanos. São Paulo, LTr, 2011. O presente artigo tem parte de sua formulação baseada na referida obra.

32. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 9.

33. VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. (Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). passim.

34. REALE, Miguel. Filosofia e teoria política: ensaios. São Paulo: Sa-

A consideração da problemática dos valores e sua repercussão no universo jurídico, embora coloque no centro das atenções a questão das invariantes axiológicas, não é razão para a negativa pura e simples de tais invariantes, conforme demonstra Reale em sua argumentação, coroada com a afirmação, ressonando ecos do pensamento kantiano sobre o tema:

*“Daí minha afirmação fundamental de que o homem é o valor-fonte de todos os valores porque somente ele é originariamente um ente capaz de tomar consciência de sua própria valia, da valia de sua subjetividade, não em virtude de uma revelação ou de uma iluminação súbita de ordem intuitiva, mas sim mediante e através da experiência histórica em comunhão com os demais homens.”*³⁵

A doutrina jurídica não possui um consenso sobre uma possível definição de que sejam os direitos humanos, mas é unânime em reconhecer que se trata de direitos inerentes à pessoa humana, na forma como reconhecida pela Declaração de 1948; ou seja, para ser reconhecido como titular de direitos humanos, basta ao indivíduo pertencer à espécie humana, sem a exigência de que pertença ele a determinado agrupamento político ou nacional ou possua qualquer outra característica além da existência enquanto ser humano.

Esse princípio remete diretamente à questão dos apátridas e da eliminação em massa de pessoas ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial. Historicamente, é comum referir a origem dos direitos humanos às declarações oriundas da revolução francesa e da declaração de independência dos Estados Unidos. Tais declarações contêm princípios de direito natural, reconhecendo direitos que não poderiam ser violados pelos Estados. No entanto, o decurso da história demonstrou que os indivíduos que não estavam protegidos por um determinado sistema jurídico, como era o caso dos apátridas, não possuíam nenhuma garantia de respeito sequer a seu direito básico de existência.

A igualdade formal reconhecida pelas declarações do século XVIII não levava em consideração que:

*“A igualdade não é um dado – ela não é phisis, nem resulta de um absoluto transcendente externo à comunidade política. Ela é um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão de autodeterminar-se politicamente, em conjunto com seus concidadãos, através do exercício de seus direitos políticos, e o direito da comunidade de autodeterminar-se, construindo convencionalmente a igualdade. (...) As displaced persons, precisamente por sua falta de relação com um mundo, foram e continuam sendo tentação constante para os assassinos e para as nossas próprias consciências. É como se não existissem. São supérfluas.”*³⁶

O caráter socialmente construído da igualdade é realçado nesse comentário de Celso Lafer, baseado na obra de Hannah Arendt, remetendo ao fato de que a igualdade formal,

raiva, 2003, p. 122.

35. id. ibidem, p. 123/124.

36. LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 150.

para ser efetiva no mundo real, depende de uma decisão da comunidade política. O indivíduo, para usufruir da garantia da igualdade tradicionalmente reconhecida pelos sistemas jurídicos, deve pertencer a uma dada comunidade política ordenada pelo sistema jurídico cuja proteção se pretende. A exclusão do indivíduo dessa comunidade político-jurídica – por motivos religiosos, étnicos, sexuais, entre outros tantos possíveis de serem constatados no decorrer da história – expõe o sujeito a todo o tipo de arbitrariedade. Contra essa situação, a Declaração de 1948 vislumbrou um sistema internacional de proteção ao indivíduo e aos grupos humanos, retirando-os do arbítrio representado por sua exclusão da comunidade política nacional.

Outra questão importante para a compreensão da especificidade dos direitos humanos é sua vocação para defender o mais fraco perante o mais forte, o indivíduo perante o Estado, etc. Conforme comenta Antônio Augusto Cançado Trindade:

*“O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de ordem pública em defesa dos interesses superiores, da realização da justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.”*³⁷

A lógica que rege os ordenamentos jurídicos nacionais concebidos dentro do modelo liberal é a lógica da igualdade formal entre os indivíduos. No clássico modelo do Estado liberal, o princípio contratual – *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser respeitados da forma como foram concebidos) – é tido como soberano e as normas gerais que regem a sociedade são tidas como contratos entre os indivíduos componentes da sociedade.

Ao contrário de tal lógica, Cançado Trindade chama a atenção para que a lógica dos direitos humanos parte da constatação de que a igualdade formal do liberalismo não pode ser verificada na realidade social, que é dispar e desigual, havendo uma irregular distribuição de poder por entre os diversos grupos e indivíduos componentes da sociedade. Essa desigualdade de fato expõe os grupos e indivíduos com menor poder ao arbítrio do grupo hegemônico. Assim, os direitos humanos não buscam a igualdade formal, mas, em última instância, a redistribuição dos poderes por entre os grupos componentes da sociedade, de tal forma que nenhum grupo, valendo-se de sua prevalência histórica, baseada na força, no poder econômico, nos atributos de gênero ou qualquer outro elemento de distinção, possa vir a oprimir os grupos não hegemônicos, tolhendo-lhes a dignidade e os demais atributos

37. TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “Apresentação”. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 2a ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 20.

usualmente reconhecidos à espécie humana.

Os ordenamentos jurídicos nacionais apresentam relações nem sempre harmônicas com os princípios dos direitos humanos. É certo que a existência de um ordenamento jurídico a regular a vida política e social dos indivíduos dentro de um estado nacional é direito reconhecido como um dos direitos humanos. No entanto, os ordenamentos jurídicos muitas vezes contêm normas que se chocam com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

O processo histórico de adequação dos sistemas jurídicos nacionais aos princípios dos direitos humanos passa por várias contradições entre a especificidade cultural de cada povo e os interesses dos grupos dominantes e dominados em cada comunidade. O reconhecimento internacional de um crescente número de direitos como direitos humanos fornece argumentos para os grupos menos favorecidos postularem a adequação das normas jurídicas de seu país aos interesses que lhe são propícios. Conforme comenta Norberto Bobbio: “A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais.”³⁸

Tanto no âmbito interno de cada estado nacional quanto no âmbito internacional, as normas de direitos humanos podem ser expressas sob a forma de comandos específicos, contendo determinações acerca de uma ação ou omissão e a respectiva punição para o desrespeito à regra, ou sob a forma de normas programáticas, regras que prevêm a atuação da administração pública em favor de determinados grupos ou pessoas e que demandam alocação de recursos, por regra escassos, sendo direitos considerados usualmente de implantação gradual. Os direitos sociais, em sua maioria, incluem-se nesse segundo tipo.

De modo geral, os direitos humanos podem ser vislumbrados como pertencendo a quatro categorias distintas e indivisíveis: 1. as liberdades e garantias individuais, representadas pelos direitos de cada indivíduo perante o Estado nacional e que contêm os direitos clássicos do liberalismo; 2. os direitos políticos, atinentes à participação da organização política do Estado, como eleitor e como elegível; 3. os direitos sociais, representados pelo direito a políticas públicas que supram as necessidades básicas de subsistência digna; 4. e os direitos que têm como sujeitos os grupos sociais – ou mesmo a humanidade – como um todo, como o direito à cultura, o direito à paz, o direito ao meio ambiente equilibrado, etc.

Alguns autores, como Norberto Bobbio, propugnam a divisão desses direitos em gerações lógicas, sendo que os direitos de primeira geração correspondem às garantias e liberdades individuais e aos direitos políticos; os de segunda geração, aos direitos sociais e os de terceira geração, aos direitos culturais, direito ao meio ambiente equilibrado, direito à paz, etc. A crítica a essa forma de encarar os direitos humanos advém da impressão de sucessão histórica em sua implementação ou surgimento, o que contraria a lógica de indivisibilidade dos direitos humanos, que vem sendo reforçada nos mais recentes instrumentos internacionais atinentes

38. BOBBIO, op. cit. p. 10

aos direitos humanos. Ademais, a classificação em gerações pode pressupor uma lógica evolutiva ou etapista que é estranha aos princípios de universalidade e indivisibilidade que regem os direitos humanos.

Diante da iminente possibilidade dos Estados nacionais violarem os direitos humanos daqueles que estão sujeitos à sua jurisdição, foi pensado o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, conforme exposto acima. Porém, o desequilíbrio geopolítico de poder lança diversos questionamentos acerca da legitimidade e efetividade de tal sistema. Conforme saliente Tércio Sampaio Ferraz Jr.,

“... a adoção bem-vinda de regimes de Estados de Direito pelos países em desenvolvimento exige do mundo globalizado a funcionalização da própria sociedade internacional, ou seja, uma espécie de ‘Estado de Direito’ nas relações internacionais. Daí, o fortalecimento político dos instrumentos de solução de conflitos econômicos ser uma peça fundamental do desenvolvimento nos dias atuais. (...) Esse contraste entre uma sociedade internacional de estrutura segmentaria, mas que atua, no plano nacional, de modo a aproveitar-lhe a estrutura funcional, e uma sociedade nacional, de estrutura funcional, que atua no plano internacional, como se sua estrutura fosse funcional, é, por último, um dos dramas modernos trazidos pelo fenômeno da globalização.”³⁹

Na atualidade, o processo de internacionalização da produção e distribuição de mercadorias, com o aumento da competitividade dos mercados, no contexto da pós-modernidade, tem gerado uma tendência global ao avanço das teorias e práticas neoliberais. No âmbito de tal avanço, muito embora o desenvolvimento histórico da legislação concernente aos direitos humanos tenha sido dirigido para uma regulamentação mais minuciosa de tais direitos, sobretudo quanto aos direitos sociais e aos direitos das minorias, visando à proteção dos grupos vulneráveis na sociedade, cresce a força política e ganha espaço no debate público a tese de que a ampliação desses direitos gera custos excessivos para o Estado e para a sociedade e desequilibra a igualdade jurídica entre os cidadãos. Alessandro da Silva observa que:

“A partir da crise econômica de 1973-1974, deflagrada especialmente pela crise do petróleo, o modelo keynesiano passou a ser questionado pelos adeptos do liberalismo econômico (...) Com os governos de Margareth Thatcher (1979-1990) no Reino Unido e de Ronald Reagan (1981-1989) nos Estados Unidos, duas das principais economias mundiais, as idéias neoliberais passaram a ser aplicadas como política estatal e rapidamente tornaram-se ideologia dominante nos países capitalistas, inclusive no terceiro mundo.”⁴⁰

Nessa mesma linha de raciocínio, a onda conservadora, capitaneada pelos EUA, em sua história recente, em especial antes da eleição de Barack Obama para a presidência da república, atacou conquistas históricas de minorias, como contrárias à ordem moral, bem como conquistas trabalhistas,

39. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 285.

40. SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Coordenadores). Direitos humanos: essência do direito do trabalho. São Paulo: Ltr, 2007. p. 236.

consideradas contrárias aos interesses econômicos.

Por outro lado, a globalização promove uma “erosão seletiva” do Estado-nação⁴¹, o modelo político da modernidade ocidental, em cujo interior e com base em sua soberania, desenvolvem-se os sistemas jurídicos capazes de promover o controle social – ou a emancipação. Conforme comenta Boaventura de Souza Santos: “A efetividade dos direitos humanos tem sido conquistada em processos políticos de âmbito nacional e por isso a fragilização do Estado-nação pode acarretar a fragilização dos direitos humanos.”⁴² As cotidianas violações dos direitos humanos mais básicos que vêm ocorrendo nos países em que o Estado está fragmentado e em profunda crise fornecem exemplo marcante da afirmação acima. Pungente exemplo é a incapacidade ou falta de interesse de alguns estados nacionais de eliminar a exploração do trabalho escravo e do trabalho infantil.

A noção de soberania, conforme “dizem os teóricos do direito (...)”, é a efetividade da força pela qual as determinações das autoridades são observadas e tornadas de observância incontrastável mesmo por meio de coação. Do ponto de vista do Direito Internacional, um sentido negativo, diz-se, é a não-sujeição à determinação de outros centros normativos.”⁴³ Ora, no caso brasileiro, o que também pode ser dito da maioria dos países não pertencentes ao núcleo do sistema, a emergência do crime organizado, no âmbito interno, e a dependência econômica e a fragilidade bélica, no âmbito externo, demonstram a pequena capacidade de efetivação das determinações das autoridades e a grande influência exercida por países e instituições estrangeiros nas decisões políticas e na conformação do ordenamento jurídico interno. As recentes discussões sobre a reforma do judiciário e as reiteradas propostas de flexibilização dos direitos trabalhistas não deixam dúvidas a esse respeito.

Refletindo sobre a crise do princípio protetor e suas repercussões sobre o direito do trabalho, Ari Possidônio Beltran observou como as rápidas mudanças socioculturais da atualidade repercutem no direito do trabalho. Diz ele que: “Assim, no presente momento, alguns fenômenos têm interferido de forma marcante nas relações de trabalho. São eles a globalização da economia, a revolução tecnológica, especialmente a robotização e a informática, e, em consequência, a necessidade de novas formas de contratação que, por sua vez, induzem à flexibilização de normas.”⁴⁴

Sobre os impactos da globalização econômica na ordem jurídica interna dos Estados nacionais, José Eduardo Faria comenta:

“A globalização econômica (...) tem substituído em progressão geométrica a política pelo mercado, como instância

41. SANTOS, Boaventura de Souza. “Por uma concepção multicultural de direitos humanos”. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3) p. 431.

42. id. ibidem, p. 432.

43. FERRAZ JR, op. cit. p. 22.

44. BELTRAN, Ari Possidônio. A crise do princípio protetor e os dilemas do direito do trabalho na atualidade. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000. [Tese de livre docência]p. 237-238.

privilegiada de regulação e direção social. (...) Por tornar os capitais financeiros muitas vezes imunes a fiscalizações governamentais, fragmentar as atividades produtivas em distintas nações, regiões e continentes e reduzir as sociedades a meros conjuntos de grupos e mercados unidos em rede, esse fenômeno vem esvaziando parte dos instrumentos de controle dos atores nacionais; debilitando o poder de taxação e regulamentação dos Estados-nação; e tornando suas normas e mecanismos processuais crescentemente obsoletos. (...) À medida que o processo decisório está sendo transnacionalizado, as decisões políticas são cada vez mais condicionadas por equilíbrios macroeconômicos (...). E, sobre essas opções, dirigentes, legisladores, magistrados e promotores têm uma reduzida capacidade de pressão e influência.”⁴⁵

Os desafios colocados por tal quadro de desestabilização da ordem jurídica interna dos Estados nacionais pela ingerência da economia globalizada apresentam novos questionamentos para a ciência do direito, especialmente no que tange à proteção dos direitos humanos. Assim, a efetivação da proteção interna e internacional aos direitos humanos depende, no plano internacional, da substituição da hegemonia da lógica econômica pela hegemonia da lógica política. No âmbito interno, prossegue sendo de fundamental importância o aporte representado pela positivação dos princípios e normas de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos, sobretudo nas cartas constitucionais.

Somente sob a égide do respeito aos direitos humanos é que esses anseios podem ser entendidos de forma democrática, recusando-se uma lógica exclusivamente economicista, bem como discutidas as mudanças necessárias com o incremento da autonomia dos povos e das pessoas, sem o recurso a regimes que desrespeitem os direitos das minorias e a convivência pacífica no seio da sociedade.

É, por fim, importante lembrar que as relações de trabalho são um locus de fundamental importância para o exercício da cidadania e para a melhoria de vida das pessoas. Os conflitos nas relações de trabalho devem, igualmente, ter sua solução pautada pelos valores democráticos e pelo respeito aos direitos humanos, em sua integralidade. O fortalecimento do trabalho decente e do respeito pelos direitos dos trabalhadores é pedra fundamental para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, dentro da ordem democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELTRAN, Ari Possidônio. A crise do princípio protetor e os dilemas do direito do trabalho na atualidade. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000. [Tese de livre docência]

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

45. FARIA, José Eduardo. “O futuro dos direitos humanos após a globalização econômica”. In: AMARAL JR, Alberto do; e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem. São Paulo: EDUSP, 1999. (Biblioteca Edusp de Direito; 6) p. 53-73 p. 56/57

FARIA, José Eduardo. “O futuro dos direitos humanos após a globalização econômica”. In: AMARAL JR, Alberto do; e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (orgs.). O cinquentenário da declaração universal dos direitos do homem. São Paulo: EDUSP, 1999. (Biblioteca Edusp de Direito; 6) p. 53-73.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. Analogia e direito do trabalho: para uma leitura das leis trabalhistas e de suas lacunas à luz dos direitos humanos. São Paulo, LTr, 2011.

REALE, Miguel. Filosofia e teoria política: ensaios. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. “Por uma concepção multicultural de direitos humanos”. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org) Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3)

SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Coordenadores). Direitos humanos: essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. “Apresentação”. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 2a ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. (Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito).

LUIS FERNANDO FEÓLA

Juiz do Trabalho Substituto do TRT – 2ª Região

A EVOLUÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO CORPORATIVO

SUMÁRIO: 1.O Estado reduzido; 2. Legislação no lugar de atuação; 3. As similitudes e diferenças entre a atuação pública e a privada. Análise evolutiva; 4. Evolução histórica do instituto do mandado de segurança; 5. Dos agentes capazes de praticar atos contra quem sujeitos ao controle judicial; 6. Mandado de segurança contra atos corporativos; 7. Aspectos jurídicos do procedimento e sua utilização; 8. Conclusão

1.O Estado reduzido

Desde a Revolução Industrial a humanidade vem alterando aspectos de convívio e relacionamento sociais, dantes estes em uma base agrícola e industrialização comedido, quase artesanal, de economia.

A ideologia liberal, especialmente a adotada pelo ideal americano, em contra senso ao comunismo oriental, teve grande importância na evolução dos meios de produção e das políticas econômicas globais, com isso, a liberdade dos homens passou a ganhar uma conotação cada vez mais ampla, e cada vez mais presente, efetiva.

A liberdade ideologicamente posta pelo sistema anglo-saxônico – atualmente pelo sistema americano – trouxe apenas o afloramento dos direitos humanos, numa concepção ocidentalizada, burguesa e liberal, mas também trouxe reflexos na concepção do próprio Estado, tornando-o mais liberal.

O absolutismo deu lugar ao que seria concebido posteriormente como um Estado de Direito, onde, se inicialmente este tinha uma presença em funções essenciais e abrangentes, hoje caminha para uma redução estratégica de suas áreas de atuação, notadamente as relativas ao exercício do Poder Executivo – as funções administrativas – muito mais após o Estado Mínimo implementado pela Primeira Ministra britânica Margaret Thatcher.

As atividades administrativas do Estado estão reduzindo-se desde a Revolução Industrial, dando lugar a particulares que passam a ocupar as funções tidas, a até muito pouco tempo, como de incumbência exclusiva do Estado. Foi a evolução do Estado absolutista para o Estado de Direito inspirado no ideário de liberdade ocidental.

Esta redução da participação efetiva do Estado em determinadas áreas, importantes para o desenvolvimento de qualquer nação, e até em áreas consideradas vitais na vida social e política, é uma realidade no mundo ocidentalizado. No Brasil, esta realidade se apresentou com a abertura econômica realizada pelo então Presidente Fernando Collor, chamada de “Era Collor”, mas com maior percepção e concretividade através das seguidas privatizações de empresas tidas como símbolos da unidade nacional.

O Estado cedeu espaço aos conglomerados privados internacionais, que passaram a ocupar aquelas funções até então tidas como estratégicas, para que esse pudesse se ocupar de temas mais próprios, estabelecidos por uma nova concepção

de objetivos e fundamentos do Estado moderno.

Além dos serviços propiciados exclusivamente pelo Estado que foram passados, a partir das privatizações, ou seja, a partir da transferência de funções administrativas estatais, para particulares, necessário notar-se que as pessoas jurídicas de direito privado, com a redução do Estado, passaram a exercer um poder legal e de fato por sobre a sociedade. Determinadas empresas multinacionais, exercem um domínio tamanho sobre o público que suas atividades, mesmo as com características eminentemente privadas assemelham-se às estatais, se observado o aspecto do poder exercido sobre as relações sociais.

De outro lado, do ponto de vista do cidadão comum, a inserção de um particular em uma relação de extremo desequilíbrio e com escopo absolutamente diverso do ente Estatal, ou seja, com o propósito de lucro, trouxe uma enorme preocupação de setores da sociedade, no sentido de verem os direitos fundamentais preservados nestas relações.

Mas não foram apenas setores chamados de conservadores que tiveram grande preocupação com a garantia dos direitos, o próprio Estado também cuidou de lançar-se, de forma diversa, sobre aquelas funções, através de meios de regulação, criação de agências de controle e através de leis específicas que visaram proteger o lado mais fraco da relação.

Portanto, se o Estado reduziu sua participação naquelas atividades que podemos caracterizar como administrativas, ou próprias do Poder Executivo, de outro lado, aumentou sua participação no campo legislativo, ao regular situações que até então detinha o monopólio, fazendo com que o desequilíbrio relacional entre dois entes privados (conglomerados empresariais e “consumidores”) fosse minorado.

2.Legislação no lugar de atuação

Neste panorama novo, onde as organizações privadas, em sua maioria compostas por capitais sem pátria ou por capitais estrangeiros, atuando efetivamente na administração de atividades cujos interesses são tão amplos e tão intrinsecamente ligados à vida social moderna que podem, e ainda o são, denominados de interesses públicos, o Estado tem uma participação diferente, com a valorização de seu poder de legislar e julicar.

Desde MAQUIAVEL que a estrutura estatal é rigidamente a mesma, apenas alterando-se a preponderância de suas atividades sobre determinados aspectos, em determinados momentos históricos. Sob a égide da lei – o império da Lei -, o Estado, passou de uma insubordinação normativa através do poder exercido por seu soberano absoluto, como exposto por HOBBS em O Leviatã, a um total acatamento das normas de direito, que se deu, em grande monta, após o surgimento da teoria normativista de KELSEN, e tomou corpo com o crescimento do constitucionalismo, até alcançar as novíssimas concepções defendidas por R. ALEXANDER e F. MÜLLER, onde o Estado submete-se ao direito, como norma e como

valores fundamentais, direito este composto por normas que são meras regras e normas que são verdadeiros princípios orientadores do sistema normativo sob o qual o Estado deve se assentar e se submeter.

O fato é que o Estado, neste novo modelo mais reduzido, alterou suas funções executivas, passando a atribuir a particulares a administração de atividades que ele próprio, e a própria sociedade, reputavam prescindível de uma atuação estatal pura. Certo que as modernas técnicas de administração de empresas privadas, com resultados de grande eficiência impulsionaram a opinião pública – através de agentes formadores de opinião evidentemente -, de forma a abrirem mão de um serviço com a “garantia” do Estado, para poder usufruir do que seria uma melhor eficiência na prestação de determinados serviços, traduzida inicialmente numa redução de custos e de impostos.

Com efeito, tal influência na sociedade deveu-se aos interesses internacionais privados nos setores que seriam privatizados, a forte presença dos meios de comunicação em massa lançando opiniões formadas sobre as benesses das privatizações, propiciou aos estudiosos da formação do Direito, a verificação e comprovação da teoria da “ação comunicativa” proposta por HABERMAS.

Pois bem, se num primeiro momento, o Estado pensou poder abster-se de participar em determinadas áreas – abster-se integralmente – de outro lado, viu-se forçado a lá permanecer, somente alterando o escopo de suas funções.

Não se pode esquecer que a presença do Estado não é limitada à participação como Administração Pública no exercício do Poder Executivo, ou numa definição mais jurídica, que tem unicamente o escopo de fazer cumprir a lei, com a característica do agere. O Estado também se faz presente quando produz o direito em sentido estrito, ou seja, quando positiva normas, bem como, quando dirime conflitos, através da jurisdição. Esta que na mais moderna definição é a “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”⁴⁶

Se o Estado deixa de praticar atos administrativos naquelas estreitas esferas onde atuava, deixando em seu lugar um ente privado, dotado das mesmas obrigações e com as mesmas responsabilidades, certo é que não poderia deixar de estender o conceito de tal ato, de forma a atingir também àquele particular, fazendo que juristas do calibre de HELLY LOPES MEIRELES definissem o ato administrativo como “a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”⁴⁷

Ora, na antiga concepção, a frase grifada não atingiria o enfoque que se pretende dar a este estudo, vez que sempre houveram entidades (em sentido amplíssimo) que fizeram as vezes do Estado, as quais podemos citar os órgãos da administração pública indireta, onde o Estado tem uma participação secundária.

Todavia, neste modelo privatista de Estado, ou reducionista da atividade Estatal, ampliou-se a gama dos sujeitos que têm legitimidade para “fazer as vezes do Estado”, e este é o motivo pelo qual o estudo das garantias fundamentais, no aspecto da evolução quanto a sua abrangência, seus sujeitos, enfim, a proteção do indivíduo e da sociedade contra atos praticados por estes agentes que substituem a atuação estatal, ou a ele se assemelham em razão de um poder legal ou de fato, merece ser revista.

3. As similitudes e diferenças entre a atuação pública e a privada. Análise evolutiva

Se tomarmos em conta os aspectos históricos, traçando uma linha evolutiva no tocante à participação do Estado através de funções executivas próprias, poderemos notar um rumo de abandono de parte de tais atividades para, em contrapartida, a aglutinação de valores num Estado, mais garantidor do que executor de certos direitos.

É claro que, quando o Estado garante a observação de um direito, está, de certa forma, sendo responsável pela execução do direito, até na concepção de ato administrativo acima colacionada. Mas não é o sentido de determinação ou imposição que é dado ao termo execução, mas execução no aspecto de realização, de operação mesmo. O Estado mostra-se cada vez mais incapaz de gerir uma gama muito grande de atividades, mostra-se ineficiente, lento e dispendioso. Por essas razões de ordem prática e por outras, que aqui veremos, o Estado caminhou, historicamente no sentido de uma total presença e influência na vida individual humana para uma distanciação da relação direta com o indivíduo, colocando em seu lugar um ente com maiores condições (operacionais, econômicas, administrativas etc.), de executar certos atos.

Neste compasso, o Estado absolutista difere brutalmente do Estado Democrático de Direito não apenas pela questão ideológica, mas precisamente – no enfoque deste trabalho -, na participação do Estado nas relações diretas com o indivíduo e com a sociedade. O Estado moderno, posto como um Estado Democrático de Direito é um Estado garantidor de direitos, e não executor de atividades administrativas.

Também é importante destacar que, nesta nova era da economia globalizada, determinadas pessoas jurídicas de direito privado, ganharam tamanha dimensão, tanto em recursos como em verdadeiro poder de direcionar, alterar e conduzir determinadas atividades, hoje vistas como essenciais, que estes entes passaram a assemelhar-se com o próprio Estado. KELSEN compara o Estado a uma corporação, visto ser este também “uma comunidade que é constituída por uma ordem normativa que institui órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho, órgãos esses que são providos na sua função mediata ou imediatamente.”⁴⁸

Tais corporações efetivamente agem com uma característica de preponderância em determinadas relações e, juntamente com a redução das funções administrativas do Estado, coloca-as numa forte e desequilibrada posição em relação àqueles que utilizam-se ou necessariamente sofrem pelos atos por elas praticados. Para melhor elucidar trazemos a

exemplo os meios de comunicação que exercem um poder de fato realmente notável, tanto que HABERMAS fundamenta sua teoria numa “ação comunicativa” com os meios de comunicação em massa ocupando uma posição de grande destaque para formação do Direito.

Outro exemplo visível desta mudança esta exatamente na privatização de setores que, até muito pouco tempo, eram considerados de interesse nacional. As telecomunicações, a distribuição de energia elétrica, alguns setores do sistema financeiro, entre outras tantas atividades, somente para citar as privatizadas em nossa pátria, são algumas funções onde a presença do Estado não se dá mais da forma que conhecíamos, mas de outra, agora apenas como garantidor de direitos e não como executor administrativo.

Ocorre que esta garantia estatal não é perfeita, na medida em que os instrumentos postos à disposição da sociedade para fazer valer o regular exercício dos direitos não evoluiu no mesmo compasso com o que foram operadas as transformações sociais.

Refere-se aqui às proteções instrumentais constitucionais contra atos da administração pública, ou de quem estiver no exercício de suas atribuições, que atinjam direitos fundamentais, precisamente no tocante à evolução do mandado de segurança.

4. Evolução histórica do instituto do mandado de segurança.

Para a conclusão que se fará neste estudo é necessária uma passagem pela evolução histórica do instrumento posto à disposição da sociedade como forma de garantir a observância de seus direitos, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais.

A grande maioria dos juristas pátrios, e outros como EDUARDO COUTURE e MAURO CAPPELLETTI, atribuem a criação do mandado de segurança, na forma como hoje conhecemos, ao gênio brasileiro, que adaptou diversos institutos alienígenas dando-lhes a definição e utilização atuais.

Se a criação no nomen iuris deveu-se a JOÃO MANGA-BEIRA com a inclusão do termo “mandado de segurança” na Constituição de 1934, pode-se afirmar que o instrumento teve seu nascedouro na conjunção de diversas fontes. As Ordenações Filipinas portuguesas, talvez sejam a mais longínqua delas. Naquelas normas, o soberano, através do juiz, emitia ordens para que a autoridade “segurasse” o requerente de seu direito, impedindo ou retardando a execução do ato administrativo. Isso ainda à época absolutista da monarquia lusitana.

As *seguranças reais* somente eram dadas quando o agente agressor era um particular. Evidentemente, em pleno absolutismo real não se poderia imaginar um instrumento que fosse utilizado contra os atos do próprio soberano. Entretanto, embora com uma concepção de utilização diversa da hoje formulada, é esta a origem remota do instrumento que mais se assemelhou ao nosso mandado de segurança.

É verdade que a origem do mandado de segurança, ou de um recurso que visasse a proteção de direitos ameaçados de lesão por ato ilegal teve inspiração nos direitos possessórios. O interdito, a manutenção e a reintegração de direitos têm, embora limitada, uma grande aproximação com o escopo do *mandamus*.

Inegável portanto, conforme teoriza ALFREDO BUZUID, que o mandado de segurança teve como origem de seu escopo a

tutela da posse e da propriedade, trazendo a visão privatista do Direito Romano, e disciplinando-a nas Ordenações Filipinas.

Mais recentemente, o direito mexicano contribuiu em larga demanda para o surgimento do remédio. Foi no *juicio de amparo* mexicano que inspirou-se o Ministro MUNIZ BARRETO em 1922 para justificar, em pronunciamento feito no Congresso Jurídico realizado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, a necessidade da implementação de um instrumento em nosso direito positivo, nos moldes daquele amparo. Ainda naquela época o amparo tinha uma forte conotação de direito possessório, notada pela utilização do termo “reintegrar o direito violado” na referida apresentação do e. ministro.

Modernamente, o amparo mexicano guarda diferenças procedimentais importantes com relação ao mandado de segurança brasileiro, principalmente por prever a realização de uma audiência, onde se produzirá a prova oral, o que vai de encontro aos pressupostos do *mandamus* brasileiro, que coloca como condição a existência do direito líquido e certo, sendo este o que “se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”⁴⁹. Ou ainda, segundo HELLY LOPES MEIRELES direito líquido e certo “é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança.”

Certo que o sistema mexicano que introduziu o amparo para proteção dos direitos violados por atos do Estado, teve sua origem no projeto de Constituição elaborado para o Estado de Yucatam, em 1840, mas é inegável a influência do sistema americano para o controle dos atos estatais na concepção mexicana.

Os anglo-saxões com seus writ's também contribuíram para a criação e aperfeiçoamento de um sistema que visasse a restrição ou o impedimento da prática de atos pelo ente público, que fossem violadores de direitos do cidadão.

Os americanos também adotaram esta forma de concepção inglesa, onde podemos citar como marco histórico, o famoso caso *Marbury X Madison* onde o órgão judiciário fora suscitado para determinar que um órgão administrativo deixasse de praticar determinado ato, de modo a restabelecer, no dizer do requerente Marbury, seu direito a tomar posse em função administrativa.

Embora, neste caso histórico, a pretensão não tenha obtido êxito, o que importou efetivamente foi que a Suprema Corte Americana entendeu haver a possibilidade de efetuar um **controle** dos atos do Estado pela via jurisdicional. E este marco histórico deu lugar ao início da discussão sobre o controle difuso dos atos normativos, ou seja, dos atos com força de imposição praticados pelo Estado, no exercício de suas funções, mas que ofendessem as normas constitucionais.

O advento da Segunda Grande Guerra foi sucedâneo para o nascimento do Constitucionalismo, reforçando a necessidade do controle de constitucionalidade. O modelo austríaco idealizado por KELSEN em 1920, sensivelmente remodelado na Constituição de 1929, teve uma concepção diversa do modelo americano, nesse existe uma Corte Constitucional com funções específicas para efetuar o controle da constitucio-

46. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. II. 47. LOPES MEIRELES, Hely. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed. Ed. Malheiros. Pág. 82.

48. in TEORIA PURA DO DIREITO. Martins Fontes. 2000. Pág. 321.

49. CAVALCANTI, Themistocles. Do mandado de Segurança. P. 83.

nalidade de *forma concentrada*. Com a evolução do sistema de controle concentrado, introduziu-se na Áustria e também no sistema alemão, um *recurso de amparo*, onde se admite provocar o órgão constitucional sobre a constitucionalidade de atos do poder público que firam, concretamente direitos fundamentais. Entretanto, o controle neste modelo adotado em quase toda a Europa, é feito por um órgão específico, concentrado num único órgão, que não é o órgão supremo do poder judiciário, mas uma Corte Constitucional, destacada do judiciário, e com funções restritas e exclusivas de proceder ao controle de constitucionalidade.

O modelo de controle americano, apresenta uma concepção diferente onde os particulares podem provocar diretamente o Poder Judiciário a se manifestar sobre a aplicabilidade de normas que entenderiam incompatíveis com a Constituição. É o chamado controle difuso da constitucionalidade.

O mandado de segurança, como hoje conhecemos somente tem lugar em razão da influência, predominante em nossa Constituição de 1824, do sistema americano de controle de constitucionalidade, ou seja, o sistema difuso ou por via de exceção. Mas o processo do *juicio* de amparo mexicano é, com as devidas adaptações, a fonte mais próxima do instituto do *mandamus* brasileiro.

Atualmente nosso sistema de controle de constitucionalidade é misto, ou seja, admite o controle concentrado, qual seja o feito por um determinado órgão legitimado para este fim (no caso pelo C. Supremo Tribunal Federal, por meio do disposto no artigo 102, inciso I da Constituição de 1988), e que profere decisões com efeito *erga omnes*. Ao mesmo tempo, há o controle difuso que patenteou-se através da possibilidade de recurso ao Supremo Tribunal Federal, quando se “questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do estado for contra ela.” (artigo 59, §1º, alínea “a” da Constituição de 1891). Na Carta Constitucional em vigor há previsão do controle difuso no artigo 102, inciso III.

O sistema de controle difuso tem em seu seio o próprio fundamento do poder jurisdicional, portanto, é natural que o exercício do controle de constitucionalidade seja feito pelo órgão máximo do Poder Judiciário, o que não se aplica ao controle concentrado, que, em sua formulação original, caracteriza-se pela existência de um órgão com competência exclusiva para dirimir as questões de afronta à Constituição. Daí a sugestão feita por alguns juristas quando ainda da reunião em 1988 da Assembléia Nacional Constituinte em propor a criação de uma Corte Constitucional, independente do Poder Judiciário, incumbida do controle concentrado, proposta esta rejeitada pela magistratura que invocou a tradição secular do Supremo Tribunal Federal nas funções que já desempenha.

Veja-se portanto que o *remédio heróico* é um instrumento dos mais eficazes contra atos do Estado contra particulares, que possam violar direitos destes, representando uma salvaguarda constitucional (atualmente) capaz de impedir abusos, arbitrariedades, enfim, sendo um instrumento da manutenção do Estado de Direito.

5. Dos agentes capazes de praticar atos contra legem sujeitos ao controle judicial.

É evidente que aqui não se pretende dar a amplitude que

o sub-título induz, se desconsiderado seu estrito contexto. Os atos referidos que são contrários à lei em sentido amplo são aqueles capazes de originar um dano na esfera jurídica de alguém, através da negativa, da afronta ou da violação de direitos fundamentais tendo em vista a relação entre uma parte extremamente forte e grande, e outra relativamente pequena e insuficiente capacitada.

Não é à toa que CARNELUTTI define a administração pública como uma grande parte, tão grande que tornava a outra extremamente pequena, permanecendo no entanto com a característica de parte, possuindo os mesmos direitos processuais da outra. Seria necessário então a criação de mecanismos que possibilitassem o equilíbrio das relações de forma a propiciar a estabilidade na relação subjetiva.

É claro que qualquer pessoa pode praticar atos contrários à lei, entretanto, se esta “pessoa” dispõe de meios muito mais robustos para a prática de quaisquer atos, dispõe de condições organizacionais, financeiras, de alcance, exerce enfim, um certo poder, tanto de ordem legal como de ordem fática, que passa a ser merecedora de atenção do Estado de modo que sua atuação seja sempre sujeita a um tipo de controle.

Evidente que se está falando do controle realizado pelo Poder Judiciário através dos diversos instrumentos garantidores dos direitos dos cidadãos. Mas – e aí vem a questão nodal do presente trabalho –, nos dias atuais, somente o Estado, com sua administração pública direta ou indireta, é quem detém esta característica de preponderância de poder que levou gerações de teóricos e doutrinadores a buscarem um instrumento capaz de por a salvo o indivíduo contra atos praticados sem a observância da legalidade ou da Constituição?

Será que somente o Estado, quer por si próprio, quer por agentes que estejam executando funções de *imperium* podem praticar atos com notável preponderância de condições sobre o cidadão comum?

É o Estado o único sujeito capaz de figurar passivamente nas ações constitucionais instrumentais que visem a resguardar, proteger, tutelar, enfim, os direitos fundamentais?

Sobressaem-se inúmeros questionamentos sobre a atualidade dos instrumentos garantidores de direitos no tocante ao seu uso para fins de proteção em face de entes que não se confundem com o Estado, se tomada sua natureza, sua composição ou finalidade formal, mas têm com este grande similitude ao deterem condições tão avantajadas, tamanha robustez de recursos e meios à disposição, que o cidadão comum, o indivíduo detentor de direitos fundamentais, não possui instrumentos capazes de, com a mesma rapidez e eficiência, dar-lhe proteção imediata contra atos capazes de sufragar-lhe tais direitos.

Ou seja, entes particulares ocupando funções de caráter público, ou entes particulares que, mesmo exercendo funções caracteristicamente privadas, possuam uma condição legal ou fática tal que os efeitos de seus atos possam acarretar danos nos direitos individuais fundamentais tão relevantes e tão imediatos que a busca por uma resposta ou um restabelecimento deste direito não possa sofrer os percalços de um processo ordinário comum, como os disponíveis atualmente para aforamento em face de entes privados.

Com efeito, na sociedade moderna a relação com inúmeros entes privados espantosamente gigantes em sua compo-

sição, em seus recursos e em sua capacidade de influência direta na vida social dos cidadãos, e por conseguinte atingindo o campo delimitado de seus direitos fundamentais, faz aflorar a necessidade da criação ou um aperfeiçoamento de um sistema de garantias que contemple a proteção para relações jurídicas entre estes sujeitos.

Necessário abrir-se um pequeno parêntese para que se tenha bem situado o efetivo estágio da evolução conceitual dos direitos fundamentais. Acompanhando o ideal da revolução francesa de liberdade, igualdade e fraternidade, os direitos fundamentais estão em sua terceira geração, protegendo agora os direitos difusos, sejam estes o direito a um meio ambiente saudável e ao crescimento econômico, dentre outros. BRESSER PEREIRA os denomina de “Direitos Republicanos”, inserindo também o direito que os cidadãos teriam de cobrar do Estado a correta utilização dos recursos financeiros governamentais. O mesmo autor traz a definição de uma nova cidadania, abrangendo os direitos republicanos em sua plenitude.

Muito bem, neste contexto, onde os chamados direitos republicanos, difusos ou ainda de “terceira geração” são protegidos, onde o Estado abandonou atividades que lhe eram pertinentes até muito pouco tempo; onde os recursos financeiros de certos serviços de interesse público não são mais destinados exclusivamente ao Estado, mas a particulares, detentores de uma força administrativa extremamente desproporcional em relação aos cidadãos comuns. Instala-se então a polêmica da existência, da abrangência e da eficácia dos instrumentos disponíveis para a proteção dos direitos fundamentais em relação a estes entes, que não o Estado, nem partes dele.

6. Mandado de segurança contra atos corporativos.

Se CARL SCHMITT revisitasse HOBBS nos dias atuais, que em muito diferem dos de sua época principalmente nas relações econômicas e portanto nas relações de preponderância de parte a parte, talvez teríamos a presença não de um único LEVIATÁ, mas de um grupo que, unido, teria as mesmas características.

É inevitável a dependência dos Estados a entes que são, até certo ponto, intangíveis ou não identificáveis, por exemplo: o mercado de capitais. O Brasil, nos dias atuais, é extremamente dependente das oscilações que o “mercado” impõe, com suas regras estapafúrdias (ou não, em raras vezes), mas sempre atendendo a um interesse próprio, restrito, embora difundido entre os seus membros. Poderia o chamado “mercado” ser o novo Leviatã.

O Estado não detém a necessária distância que possa abster-lo de relacionar-se de forma pernicioso com este tipo de “entidade”, o que traz à sociedade uma total submissão aos atos de certas “corporações”, quer sejam identificáveis como algumas empresas ou grupo de empresas com interesses extra nacionais, quer de certas “pessoas” ou reunião destas, impossíveis de serem apontadas individualmente como causadoras de perturbações no estado de direito das pessoas. Infelizmente ainda não se dispõe de suficiente evolução teórico-jurídica que possa viabilizar a criação de um sistema protetivo em relação a estes entes não identificáveis, como o “mercado”, portanto somente podemos nos delimitar a um estudo contra aqueles que possam efetivamente ter a qualidade de sujeitos numa relação jurídica, in casu, as grandes corporações econômicas.

É contra estas pessoas, corporação gigantescas com poderes às vezes mais amplos e mais irrestritos que certos Estados, e contra estes entes digamos “despersonificados” que o cidadão vê-se inteiramente desprovido de meios para fazer valer seus direitos fundamentais.

Se um grande conglomerado de empresas resolve por fim a um determinado serviço ou majorá-lo de forma que lhe atenda aos interesses de seus acionistas, ou ainda pior, se o mesmo ente afrontar diretamente direitos fundamentais do cidadão desrespeitando por completo sua dignidade humana, este teria que padecer esperando a providência estatal, pois não dispõe de meios eficazes e ágeis, que de plano poderiam restabelecer seus direitos sufragados.

Em se tratando de direito comparado, importa destacar que há países que admitem a impetração de recursos judiciais (semelhantes ao nosso mandado de segurança), contra atos de particulares, exatamente quando estes revestirem-se das qualidades já mencionadas alhures – parte extremamente grande em relação a um indivíduo ou um conjunto de indivíduos. Temos como exemplo o adotado na Costa Rica, onde é possível a impetração do amparo constitucional para a salvaguarda de direitos fundamentais, em face de entes particulares que detenham uma condição extremamente mais benéfica e que, por essa condição, reduzam a margem de atuação do indivíduo, dificultando-lhe a preservação e garantia dos direitos fundamentais.

A existência efetiva de um poder legal ou de fato que se sobrepõe ao indivíduo faz com que as mesmas razões que fizeram surgir o instrumento de amparo constitucional, e isso pode ser verificado na próxima história do instituto, apontem para a necessidade de uma reformulação dos dispositivos garantidores, de modo a dar-lhes alcançar a proteção dos direitos quando violados por entes particulares, no exercício de funções próprias do Estado, ou ainda em funções privadas onde o poder de fato seja evidente.

Na Costa Rica, além de estar previsto o amparo contra particulares “é permitido quando – ainda realizando a função privada – o sujeito de direito privado se encontrar numa posição jurídica ou fática de poder em face do amparado, que faça com que os mecanismos processuais comuns sejam lentos ou ineficazes para tutelar o seu direito adequadamente.”⁵⁰

Numa concepção atual de direitos fundamentais, um instrumento como o mandado de segurança com possibilidade de impetração em face de conglomerados econômicos seria um instrumento extremamente ágil, seria como vislumbrar-se a existência do mandado de segurança como hoje conhecemos numa época de imperialismo absolutista. Seria uma inovação tremenda.

Há inúmeros casos cuja finalidade ampliada do remédio heróico traria uma enorme vantagem e uma garantia muito ampla aos cidadãos, uma das hipóteses seria na violação à honra perpetrada por um órgão de comunicação. O cidadão vitimado poderia impetrar mandado de segurança postulando a imediata publicação de errata, sanando-se a situação gravosa na mesma medida, com a mesma intensidade e com grande agilidade.

50. PÉREZ, CARVAJAL MARVIN. O Amparo e o Mandado de Segurança como meios de proteção dos direitos fundamentais... Tese de doutoramento – USP. 2000.

A possibilidade de impetração contra grandes corporações também não elimina a possibilidade de aviamento em face dos particulares detentores de antigas funções atribuídas unicamente ao Estado. Aqui se refere aos setores privatizados.

Se hoje é muito clara a lembrança de todos os setores recentemente privatizados, há de se cogitar que, sendo a jurisprudência uma das fontes do direito, e esta é mutável, ou seja, se no futuro, por força do entendimento jurisprudencial, passar-se a entender que o exercício de funções públicas não contempla por exemplo as telecomunicações, então se deixaria de viabilizar a impetração de mandado de segurança contra empresas deste ramo. Basta a evolução do conceito das *atribuições estatais* para se deixar de admitir a viabilidade do mandado de segurança contra inúmeros atos, já que a norma dispõe a possibilidade de impetração contra atos de “autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.” (artigo 5º, inciso LXIX, da CF/88).

É preciso que os juristas tenham a preocupação de regular, pela formação de opinião da sociedade, as situações futuras, já que é as alterações na economia e nas relações do Estado com a sociedade vêm modificando-se a nível internacional, de forma assustadoramente rápida. Seria inimaginável na década de 70 que se privatizasse setores considerados vitais como as telecomunicações ou de distribuição de energia elétrica, pois eram vistos como intrínsecos à própria função estatal, indelegáveis.

Atualmente, não se admite pensar em privatizar o setor da saúde, por exemplo, mas não estar-se-ia cometendo o mesmo equívoco de nossos antepassados ao duvidar-se de uma evolução social que admita a possibilidade de um serviço de saúde privatizado?

Claro que com o passar dos anos as funções tidas como essenciais, ou próprias do Estado vão alterando-se e, não é impossível que dentro de alguns anos, ninguém mais admita ser uma função do Estado, por exemplo, prospectar petróleo, ou atuar na distribuição de energia elétrica, ou ainda, na educação.

O que importa é que, no estágio atual do desenvolvimento, o sistema de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo não acompanhou a evolução das relações do Estado com a sociedade.

7. Aspectos jurídicos do procedimento e sua utilização

Embora nossa Constituição tenha apresentado inovações na impetração do *mandamus*, a lei de regência dos procedimentos (Lei nº 12.016/09, precedida da Lei nº 1.533/51), ainda mostra-se tímida aos anseios deste século XXI. A atual Carta Magna ampliou a possibilidade de impetração estendendo-a não somente a autoridades como dispõe a retro citada lei federal, mas a quaisquer *agentes de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público* (artigo 5º, inciso LXIX, CF).

Não se pode negar que houve uma ligeira evolução, admite-se. Todavia esta ampliação da sujeição passiva da impetração não é suficiente para impedir as inúmeras violações cometidas por agentes que, embora não executem uma função precipua de interesse público, ferem, da mesma forma que feriria uma autoridade administrativa, os direitos fundamentais daqueles com que se relacionam.

Não é necessário que se retome a enumeração das empresas e entes privados ou privatizados capazes de atingir de for-

ma fulcral os direitos protegidos constitucionalmente pelo Estado. São inúmeras as corporações econômicas, as gigantes empresas privatizadas, enfim, de forma geral, empresas de domínio particular e interesses não compatibilizados com aqueles que seriam do Estado, mas que detêm um poder extremo em relação aos cidadãos. São estas as pessoas que também deveriam estar sujeitas à impetração do *mandamus*.

Em outras palavras, o mandado de segurança deveria ter aplicação para tutelar direitos fundamentais violados por organizações que detenham demasiada preponderância de meios em face do cidadão comum.

Pode-se dizer que o sistema processual pátrio já dispõe de meios eficazes e rápidos, capazes de superar a inexistência de um remédio como o proposto neste trabalho, neste sentido o disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, através da antecipação dos efeitos da tutela.

É forçoso admitir, como admite toda a majoritária doutrina, que o próprio fundamento contido no artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.016/09 traz os mesmos pressupostos para o deferimento da antecipação de tutela no procedimento ordinário. Mas, o procedimento a qual se submete o impetrante de um mandado de segurança e o que submete-se o autor de uma ação ordinária com pedido de antecipação de tutela é muito diverso.

O mandado de segurança é meio cuja utilização é restrita e, neste sentido, cumpre destacar que neste enfoque de estudo, somente se pode pensar o mandado de segurança contra ato corporativo que viole (controle repressivo) direitos fundamentais (somente estes), não se dando a amplitude de possibilidades de defesa dos direitos infra constitucionais. Neste compasso, a impetração destina-se a coibir a manutenção ou perpetuação de atos violadores de direitos fundamentais.

A propósito, no Novo Código Civil em seu Capítulo II, que trata dos “Direitos da Personalidade”, especificamente em seu artigo 12 onde está disposto que “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” O dispositivo civil não distingue contra quem pode-se exigir a cessação da ameaça ou da lesão a direito da personalidade, mas explicita claramente que a cessação do ato lesivo a um direito fundamental do indivíduo, merece um tratamento ímpar, em razão de sua extrema relevância no ordenamento jurídico como um todo. O impedimento de consumação ou de continuação de lesões a direitos fundamentais ganha força no aspecto subjetivo, entretanto, não há a devida correspondência no âmbito do direito adjetivo. Não há instrumentos capazes de dar a garantia aos direitos fundamentais da pessoa se o violador de tais direitos for um particular – ao menos não na intensidade que o legislador civil pretendeu. Pergunta-se: quão eficaz seria a existência de um instrumento como o mandado de segurança contra ato de particular? Haveria uma grande efetivação assecuratória do direito insculpido no artigo 12 do Novo Código Civil.

O remédio heróico é instrumento célere, sem dilação probatória, onde o direito se proclama de forma muito rápida. A rotina diária dos tribunais vem mostrando que os juízes decidem rapidamente as questões aviadas em mandados de segurança, tornando efetiva a busca pela tutela jurisdicional. Ao contrário, as demandas onde há uma grande dilação probatória têm seu

juízo definitivo sufocado pela enorme gama de atos a serem praticados.

A inexistência de dilação probatória e a necessidade de prova robusta ab initio do direito invocado (direito líquido e certo) como pressuposto da formação da relação processual atinente ao mandado de segurança são requisitos que fundamentalmente divergem daqueles que seriam capazes de em tese, viabilizarem o deferimento de medida liminar antecipando os efeitos da tutela jurisdicional. A impetração como aqui proposta teria o condão de ampliar os sujeitos passivos do *mandamus* e não alterar sua formação procedimental.

A finalidade do instrumento garantidor de direitos fundamentais estaria restrita a esses casos exclusivamente, obrigando o impetrante a buscar a via ordinária se não conseguisse provar seu direito líquido e certo, como se faz hodiernamente.

O processo do mandado de segurança é muito eficiente, de modo que impossibilitar seu uso para proteção de direitos fundamentais contra atos de corporações detentoras de condições privilegiadas em face dos indivíduos seria como impedir a plena realização destes direitos.

8. Conclusão

Na verdade, pode-se concluir que com as alterações da atuação do Estado em determinadas áreas, deixando este de ter uma participação como poder executivo, para apenas legislar sobre relações subjetivas que foram criadas com sua retirada de certas atribuições, não implica, de pronto, à total abstenção do Estado em tratar de questões ligadas à proteção dos direitos evolvidos nestas relações.

Necessário que os instrumentos de proteção evoluam de forma a garantir a observância de direitos fundamentais. O mandado de segurança mostra-se um instrumento pronto para esta garantia, todavia, sendo merecedor de uma ampliação em sua utilização de modo a alcançar sujeitos que, com a alteração das atribuições do Estado, tornaram-se os agentes preponderantes de políticas de interesse público.

A própria necessidade de proteção que fez surgir os instrumentos de amparo, pressupõe a existência de uma relação jurídica desproporcional, onde o Estado ocupava a posição mais elevada. Atualmente a evolução das sociedades traz uma nova figura numa relação bastante similar, a figura das corporações, que, num mundo globalizado, de Estados reduzidos e com suas atribuições privatizadas, ganham, em parte, a posição até então ocupada unicamente pelo Estado.

A forte preponderância de interesses dessas corporações, aliada à evolução do conceito de atividades inerentes ao poder público, com a nítida abstenção de certas atividades – inclusive com a plena aceitação da sociedade –, demonstra a necessidade de iniciar-se um debate sobre a modificação ou a ampliação dos instrumentos que visam garantir a observância de direitos fundamentais.

Como já dito, na Costa Rica há a possibilidade de impetração do amparo constitucional contra atos de particulares praticados em atribuições substitutivas da atividade estatal, como em atividades privadas, mas desde que os sujeitos detenham poder legal ou de fato por sobre o impetrante que lhe impeça, diminua, ou torne ineficaz as possibilidades de defesa de seus direitos fundamentais pelas vias ordinárias.

Todo este trabalho nada tem de inovador se se pensar em termos históricos onde no Estado Absolutista, as Ordenações Filipinas admitiam a concessão de seguranças reais contra atos de particulares.

Certo que as motivações dos dois exemplos são nitidamente diversas, e no Estado Democrático de Direito a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato de corporação que viole ou ameace de lesão direitos fundamentais vem espelhar a plenitude das garantias jurídicas, numa nova concepção das relações de um Estado que caminha para o abandono da execução de atos administrativos strictu sensu para aprimorar-se na legiferação e na garantia de direitos por meio de instrumentos da jurisdição.

A presença de “entidades” equivalentes (em certos aspectos) ao Estado, faz surgir a necessidade de uma regulação própria desses organismos, de forma a tentar inibir a sujeição dos indivíduos a interesses que desrespeitem seus direitos fundamentais garantidos pela Constituição. A ocupação das corporações transnacionais nas funções estatais ou em “condições de Estado” faz brotar a necessidade de reformas instrumentais.

O Estado Democrático de Direito é um Estado garantidor de direitos, não se admitindo que um Estado assim se proclame como respeitador dos direitos, se não garantir em sua plenitude a observância dos direitos fundamentais, principalmente o direito à dignidade humana – supra sumo dos direitos fundamentais.

Nosso ordenamento jurídico já possui a formação necessária para assimilar esta alteração, mas para isso seria necessário que os agentes da formação do direito demonstrassem as mudanças nas relações sociais e estatais, certificando-se que o caminho de tais relações é diverso do tomado pelos instrumentos de garantia fundamentais. Há um nítido descompasso.

Também os direitos evoluíram, já se fala nos direitos republicanos, direitos fundamentais que garantem o bom uso da coisa pública, o uso racional do meio ambiente e seus recursos, o uso adequado aos anseios sociais do capital do Estado, enfim, os direitos já adquiriram uma terceira dimensão, e em contrapartida, os instrumentos de garantia destes direitos permanecem os mesmos da década de 50, já que a novel legislação nada trouxe de novo quanto a este aspecto.

É sabido que os direitos e as garantias fundamentais são intrinsecamente ligados de modo que nada adianta ter a um se não se tiver ao outro, ou seja, nada adianta haver a positividade de inúmeros direitos fundamentais se não se garantir, através de mecanismos eficientes, a efetiva observância de tais direitos. Portanto, a evolução dos direitos sem a evolução dos instrumentos de garantia é totalmente inócua, salvo para deixar clara a necessidade da evolução do outro.

A proposta de ampliação da sujeição passiva do mandado de segurança contra atos corporativos que ameacem ou lesionem direitos fundamentais, representa a aceitação de um maior alcance do controle estatal e de um maior equilíbrio das relações jurídicas modernas.

Se o gênio brasileiro foi capaz de dar ao mandado de segurança sua característica fundamental, discernindo-o do *Habeas Corpus*, será capaz de realizar este grande passo, mas não sem antes aprimorar as idéias, aperfeiçoando-as de forma a atender de maneira mais firme, as exigências do novo cidadão.

MÁRCIO GRANCONATO

Juiz do Trabalho Titular do TRT – 2ª Região
Mestre e Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC/SP
Professor Universitário

GARANTIA DE EMPREGO E CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO

Introdução

Até pouco tempo atrás a doutrina e a jurisprudência trabalhista vinham entendendo que as garantias de emprego eram incompatíveis com os contratos de trabalho por prazo determinado. Havendo dia para terminar, dizia-se que qualquer garantia de emprego não poderia se sobrepor ao termo do pacto laboral.

Essa ideia prevalecia até mesmo entre os contratos de trabalho por prazo indeterminado, caso a pretensa garantia fosse adquirida no curso do aviso prévio dado pelo empregador. Tal comunicação, dizia-se, fazia do ajuste um contrato por prazo determinado, ou seja, com dia certo para acabar, e, portanto, era incompatível com a sua manutenção pelo tempo previsto pela garantia de emprego.⁵¹

Com o passar dos anos houve uma evolução nesse quadro e isso foi acentuado com a nova redação dada pelo TST às Súmulas 244, III, e 378, III, que abordam os casos da mulher gestante e do empregado acidentado, respectivamente, expostos a contratos por prazo determinado. Nas duas situações, mudando radicalmente os entendimentos que se tinha até então, o TST passou a garantir a esses trabalhadores o direito à garantia de emprego conferida pela Constituição e pela lei.

Já em 20-5-2013 foi publicada a Lei n. 12.812, que incluiu na CLT o art. 391-A, estendendo ao aviso prévio o direito à garantia de emprego da gestante prevista pela alínea “b” do inciso II do art. 10 do ADCT da CF de 1988.

Esse novo cenário acima exposto justifica o estudo mais aprofundado da matéria, a fim de que se delimitem as razões e o real alcance que deve ser dado às garantias de emprego nos contratos a termo.

Antes, no entanto, serão fixados os conceitos de contrato a termo, garantia de emprego e estabilidade, para que a compreensão da matéria seja a mais ampla possível.

Contrato a termo

Sabe-se que o direito do trabalho é animado pelo princípio da proteção, que visa à compensação da desigualdade inerente ao contrato de emprego, onde uma das partes, o empregador, possui o poder de direção e subordina a outra, o empregado.

O princípio da proteção ganha vários desdobramentos, encontrando-se entre eles o princípio (ou subprincípio) da continuidade da relação de emprego. Por meio dele, quer o direito do trabalho que os contratos tenham a máxima duração possível, ou melhor, que não terminem exceto por motivos relevantes, tais como a vontade do trabalhador, a morte, a

aposentadoria compulsória ou o encerramento das atividades empresariais.

E como forma de manutenção dos contratos, o direito do trabalho, impulsionado pelo princípio da continuidade da relação de emprego, dispõe de vários mecanismos para evitar o rompimento dos ajustes que protege, tais como as hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de trabalho, de preservação dos pactos mesmo quando há mudança na estrutura jurídica da empresa ou sucessão de empregadores, de concessão de garantias e estabilidades, de presunção de que o contrato, uma vez rompido, o foi sem justa causa por iniciativa do empregador,⁵² de concessão de aviso prévio e também por meio de inúmeras barreiras para a contratação por prazo determinado.

Quanto aos contratos por prazo determinado, aliás, os artigos 443, 445, 451 e 452 da CLT criam sérias restrições à sua existência, limitando a sua duração e também as hipóteses de contratação por essa via, tudo sob a inspiração desse princípio até aqui tratado, o princípio da continuidade da relação de emprego.

Isso acontece porque o direito do trabalho sabe que o trabalhador precisa de seu emprego para subsistir, para comprar alimentos e sustentar sua família, necessidade essa que não desaparece ao longo de sua vida. Além disso, os princípios e as normas trabalhistas não ignoram que a fixação do trabalhador na empresa por muito tempo traz experiência, crescimento profissional, afirmação social e incorporação de uma gama maior de direitos, isso só para citar algumas vantagens.⁵³

De fato, o contrato a termo ou por prazo determinado, assim entendido aquele cuja data final é fixada na contratação ou é previsível nesse mesmo momento, não é do agrado do direito do trabalho, porque não fornece ao empregado as mesmas chances de progresso social de um pacto sem determinação de prazo.

Como não é o escopo deste trabalho estudar cada um dos contratos por prazo determinado previstos na legislação trabalhista, passa-se apenas a exemplificá-los: a) contratos com prazo máximo de 2 anos (arts. 443, §§ 1º e 2º, “a” e “b”, e 445, “caput”, da CLT); b) contrato de experiência (art. 443, § 2º, “c”, e 445, parágrafo único, da CLT); c) contrato de trabalho do aprendiz (art. 428, § 3º, da CLT); d) contrato de safra (art. 14 da Lei n. 5.889/73) e) contrato de trabalhador rural por

52. Súmula 212 do TST.

53. Homero Batista Mateus da Silva ressalta de maneira muito apropriada que “se o contrato de trabalho fosse marcado pela fugacidade, pela brevidade e pela incerteza quanto ao dia de amanhã, não haveria aprimoramento nenhum sobre sua qualidade, nem evoluiria o direito do trabalho em busca de maior dignidade ao empregado e retribuição mais justa ao capital” (Curso de direito do trabalho aplicado, v. 1, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 235).

pequeno prazo (art. 14-A da Lei n. 5.889/73; f) contrato de trabalho de técnico estrangeiro (art. 1º do Decreto-lei n. 691/69); g) contrato de trabalho temporário (art. 10 da Lei n. 6.019/74); h) contrato de trabalho do técnico de futebol (art. 6º, I, da Lei n. 8.650/93); i) contrato de trabalho do atleta profissional (art. 30 da Lei 9.615/98).

Em todos esses casos será possível a verificação da garantia de emprego por motivo de gravidez ou acidente de trabalho, segundo a atual jurisprudência do TST.

Garantia de emprego e estabilidade

Garantia de emprego e estabilidade no emprego são expressões muitas vezes usadas como sinônimos no dia a dia do direito do trabalho, apesar da distinção que há entre elas. É certo que ambas restringem a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, mas esse é um dos poucos pontos de contato entre as duas figuras.

Por garantia de emprego, segundo Mauricio Godinho Delgado, entende-se “a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador”.

Por outro lado, a estabilidade, no entender do mesmo autor, “é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador”.⁵⁴

Como se pode ver, enquanto as garantias de emprego são provisórias e dependem de uma condição pessoal do trabalhador, como, por exemplo, ocorre com a gravidez (art. 10, II, “b”, do ADCT) e o acidente de trabalho (art. 118 da Lei n. 8.213/91), as estabilidades são permanentes e correspondem a uma condição geral, objetiva, que pode alcançar a todos os trabalhadores, tal como se dá com qualquer servidor público concursado após 3 anos de efetivo exercício (art. 41 da CF).

Essa distinção é importante porque o art. 391-A da CLT e as Súmulas 244, III, e 378, III, do TST tratam de casos típicos de garantias de emprego. Ainda que a primeira dessas súmulas fale em “estabilidade provisória” da gestante, é óbvio que ela está se referindo a uma garantia de emprego, conforme conceitos já vistos acima. Isso significa que não se está conferindo às gestantes e aos acidentados uma fixação permanente no emprego, antes sim temporária.

Ultrapassado o período da garantia de emprego, seja ele de 5 meses após o parto ou de 12 meses após a alta médica, o empregador poderá dispensar o empregado livremente, ainda que tenha sido condenado judicialmente a reintegrá-lo. A CLT e a jurisprudência do TST não estão revestindo esses empregados de uma proteção especial que vai além desses limites. Aliás, havendo conversão da garantia de emprego em indenização, os valores devidos também deverão observar referidos parâmetros temporais.

54. Curso de direito do trabalho, 11. ed., São Paulo: LTr, 2012, pp.1270 e 1276.

Evolução da jurisprudência e da lei

Feitas essas considerações acerca dos contratos a termo e das garantias de emprego, convém verificar como se comportava a jurisprudência trabalhista quando o assunto era a união de ambas.

Como foi dito no início deste estudo, nem sempre foi admitida a leitura conjunta dessas figuras. Pelo contrário, dizia-se que elas se repeliam, por serem incompatíveis. Não haveria, assim, como reunir simultaneamente no contrato a fixação de uma data final (termo) e uma garantia de emprego que a extrapolasse.

Se o contrato foi ajustado para terminar em dezembro de 2013, por exemplo, garantia de emprego alguma poderia fazer com que esse termo fosse dilatado, sendo qualquer ideia contrária a isso incompatível com o conceito de contrato de trabalho por prazo determinado e também uma violação ao princípio do “pacta sunt servanda”.

Com o passar do tempo, a jurisprudência verificou que havia situações em que essa interpretação não atendia aos reclamos de justiça. Fazia-se necessária uma nova leitura da matéria, capaz de proteger o trabalhador em situações que não se encaixavam perfeitamente nessa incompatibilidade até então intocável.

A primeira mudança rumo à atual jurisprudência veio à luz com o retorno do TST à sua antiga jurisprudência sobre os efeitos do aviso prévio. O Tribunal voltou a enxergar o aviso prévio como sendo aquilo que ele nunca deixou de ser: uma simples extensão do contrato de trabalho, integrando-o para todos os efeitos legais (arts. 487, § 6º, e 489, ambos da CLT)⁵⁵. A Orientação Jurisprudencial 135 da SBDI-1 do TST, posteriormente convertida na segunda parte da Súmula 371, foi o resultado da “inovação”. Eis a redação do verbete:

“Aviso prévio indenizado. Efeitos. Superveniência de auxílio-doença no curso deste. A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário” (grifou-se).

Num primeiro momento, essa modificação da jurisprudência do TST pode parecer desconexa com este estudo, mas quando se verifica que a Súmula 371 também absorveu a Orientação Jurisprudencial 40 da SBDI-1, percebe-se que novos horizontes começaram a se descortinar naquele momento.

55. É curioso verificar que a Súmula 371 do TST, de 25-4-2005, tem como precedentes julgamentos que datam do período de 1986 a 1995, ou seja, de época bastante remota. Também é inusitada a leitura do mais remoto dos acórdãos, de 1986, cuja ementa aceita a integração do aviso prévio ao tempo de serviço, mas com cláusula resolutiva legal de termo certo e determinado. Para acesso a esses julgados, de leitura bastante enriquecedora, basta acessar o seguinte sítio da internet: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_ind_351_400.html#SUM-371>.



Essa OJ previa expressamente em seu cabeçalho que não se reconhecia o direito à “estabilidade” no período do aviso prévio indenizado⁵⁶, apenas seus efeitos pecuniários, texto esse que foi suprimido pela Súmula que a absorveu e, assim, deu outra roupagem à matéria.

Com sua nova súmula, reconheceu o TST que o aviso prévio, ainda que indenizado, não impede a interrupção ou a suspensão do pacto laboral e passou a obstar o término do contrato pelo mero decurso do tempo em caso de percepção de benefício previdenciário. Ainda que de maneira reflexa, inspirado pelos princípios da proteção e da continuidade da relação de emprego, a Corte terminou conferindo aos empregados acometidos de algum problema de saúde o direito de manutenção do contrato de trabalho e, por assim dizer, uma garantia de emprego em sentido “lato”.⁵⁷

Mais recentemente, em setembro de 2012, numa demonstração de avanço incalculável, foram alteradas as Súmulas 244, III, e 378, III, do TST, e ambas passaram a contemplar garantias de emprego para trabalhadores sujeitos a contratos a termo de forma expressa. As duas serão estudadas mais detalhadamente nos tópicos seguintes, mas convém a transcrição de seus textos:

“244. Gestante. Estabilidade provisória.

(...)

III. A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”.

“378. Estabilidade provisória. Acidente de trabalho. Art. 118 da Lei nº 8.213/91.

(...)

III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego, decorrente de acidente de trabalho, prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91”.

Já no campo legal, a Lei n. 9.601/98, que dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado nos casos negociados coletivamente e que envolvam admissões que representem acréscimo no número de empregados, também apontou para significativo avanço na seara da garantia de emprego em contratos a termo. Isso porque seu art. 1º, § 4º, passou a

56. Eis a redação da Orientação Jurisprudencial 40 da SBDI-1 do TST: “Estabilidade. Aquisição no período do aviso prévio. Não reconhecida. (Inserida em 28.11.1995. Cancelada em decorrência de sua conversão na Súmula nº 371 - Res. 129/2005, DJ 20.04.2005). A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias”.

57. Essa proteção foi alargada com a Súmula 440 do TST: “Auxílio-doença acidentário. Aposentadoria por invalidez. Suspensão do contrato de trabalho. Reconhecimento do direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica. Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez”.

admitir “estabilidades provisórias” nesses ajustes, fazendo-o nos seguintes termos:

“São garantidas as estabilidades provisórias da gestante; do dirigente sindical, ainda que suplente; do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes; do empregado acidentado, nos termos do art. 118 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante a vigência do contrato por prazo determinado, que não poderá ser rescindido antes do prazo estipulado pelas partes”.

A lei, como se vê, admitiu a garantia de emprego, mas condicionou-a a duração do contrato de trabalho por prazo determinado. Nem por isso, a norma deixou de ser um grande progresso, porque nenhuma outra havia chegado tão longe nessa seara. No campo prático, todavia, a Lei n. 9.601/98 nunca foi um sucesso e sua vigência caiu no esquecimento.

Em maio de 2013 a CLT foi alterada e passou a contar com um artigo que confere garantia de emprego à trabalhadora gestante, ainda que a gravidez tenha ocorrido durante o aviso prévio (trabalhado ou indenizado).⁵⁸ Aí está o novo art. 391-A:

“A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

Esse é o atual estágio das normas trabalhistas que tratam de contratos a termo e das garantias de emprego.

O art. 391-A da CLT e a Súmula 244, III, do TST

Com a inclusão do art. 391-A no texto da CLT e o novo item III da Súmula 244 do TST, as empregadas gestantes passaram a contar com múltipla proteção contra a despedida sem justa causa.

Isso porque a garantia de emprego conferida à mulher grávida em geral prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT recebeu uma leitura extensiva e aplicável aos casos em que a gravidez torna-se conhecida ou ocorre durante o aviso prévio, seja este trabalhado ou indenizado, bem como para as situações em que a gestação se dá no curso de um contrato por prazo determinado propriamente dito, pouco importando a sua modalidade.

A essa altura é preciso refletir sobre a correção dessa mudança na mentalidade da jurisprudência e do legislador infraconstitucional. Justifica-se, afinal, essa alteração de pensamento? É o que se verá a seguir.

Até o mês de setembro de 2012 o item III da Súmula 244 tinha a seguinte redação:

“Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de

58. Esse artigo tem relevância ímpar para o estudo da matéria, especialmente quando se verifica que o aviso prévio proporcional pode chegar a 90 dias de duração por aplicação da Lei n. 12.506/11.

experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa”.

Se comparado com a redação acima, o novo item III do verbete revolucionou. De fato, essa mudança foi radical, mas não súbita. O entendimento de que a garantia de emprego da gestante prevalecia mesmo nos casos de admissão por contrato por tempo determinado foi o resultado de julgamentos anteriores do TST, muitos deles inspirados por decisões oriundas do STF.

Em vários julgados envolvendo servidoras públicas grávidas e sujeitas a contratos temporários, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 10, II, “b”, do ADCT impedia a rescisão contratual da gestante, pouco importando a natureza do ajuste a que se encontrava submetida. Nesses julgamentos, ficava evidente que o valor a ser preservado é a vida que há no ventre materno, porque esse é o interesse da Constituição Federal, permanecendo num plano inferior e secundário a natureza do contrato de trabalho existente entre as partes.⁵⁹ Foram essas decisões que motivaram a alteração gradual da jurisprudência do TST.⁶⁰

59. CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b DO ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento. (Processo Nº STF RE 287905 / SC – Santa Catarina, 2ª T, Rel. Designado Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 30-6-2006). CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA MATERNIDADE. MILITAR. ADMISSÃO EM CARÁTER TEMPORÁRIO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. ISONOMIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO E ART. 10, II, b, DO ADCT. AGRAVO IMPROVIDO. I – As servidoras públicas e empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o art. 7º, XVIII, da Constituição e o art. 10, II, b, do ADCT. II – Demonstrada a proteção constitucional às trabalhadoras em geral, prestigiando-se o princípio da isonomia, não há falar em diferenciação entre servidora pública civil e militar. III – Agravo regimental improvido. (Processo Nº STF RE 597989 AgR/PR – Paraná, 1ª T, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 28-3-2011).

60. RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE DE GESTANTE. DIREITO CONSTITUCIONAL ASSEGURADO INDEPENDENTEMENTE DO REGIME JURÍDICO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Estabelece o art. 10, II, “b”, do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo qualquer restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. 2. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. 3. Dessa orientação dissentiu

Realmente, os arts. 5º, “caput”, e 6º da Constituição confirmam a preocupação do legislador constituinte com a vida e com a proteção à maternidade, de tal sorte que esses direitos fundamentais, de aplicação direta e imediata, não podem ser deixados de lado no momento de interpretação do alcance a ser dado ao art. 10, II, “b”, do ADCT, mesmo quando isso é visto sob a ótica de uma relação entre particulares.⁶¹

Um dos princípios instrumentais de interpretação da Constituição é o princípio da efetividade que, na lição de Luís Roberto Barroso, exige “(...) a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. Segundo o autor, “o intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador”.⁶² Foi assim que entendeu o STF e foi nessa direção que passou a julgar o TST.

É por tudo isso que se pode dizer que a jurisprudência do TST andou muito bem por ocasião da alteração do item III da Súmula 244, afastando-se de uma interpretação extremamente tímida e contida da norma constitucional, que pouco contribuía para a melhoria da condição social da classe trabalhadora.⁶³

Nesse passo, também é óbvio que o art. 391-A da CLT deve receber uma leitura conforme a Constituição, ou seja, de máxima efetividade do texto contido no art. 10, II, “b”, do ADCT, a fim de que envolva toda e qualquer espécie de contrato de trabalho, seja ele a termo ou não.⁶⁴

O art. 118 da Lei n. 8.213/91 e a Súmula 378, III, do TST

O item III da Súmula 378 do TST também é recente, pois foi inserido no verbete no mês de setembro de 2012. Ele estende ao contrato a termo a garantia de emprego do trabalhador acidentado e sua redação remete o leitor ao art. 118 da Lei n. 8.213/91, que diz o seguinte:

“O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garan-

o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, “b”, do ADCT/88. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (Processo Nº TST-RR 107-20.2011.5.18.0006, 1ª T, Rel. Min. Waldir Oliveira Costa, DJ de 16-12-2011).

61. Sobre o tema, recomenda-se a leitura da obra de Daniel Sarmento, Direitos fundamentais e relações privadas, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

62. Curso de direito constitucional contemporâneo, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 329.

63. O inspirador art. VI da Convenção n. 103 da OIT, ratificada pelo Decreto Legislativo n. 20, de 1965, e promulgada pelo Decreto n. 58.820, de 14-7-1966, também dispõe sobre a garantia de emprego da mulher gestante, fazendo-o com a seguinte redação: “Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3º da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou em data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada”.

64. O art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ordena que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

tida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente”.

É claro que o dispositivo também protege o trabalhador que foi acometido de doença adquirida no emprego, pois ambos – acidente e doença ocupacional – foram equiparados pelo legislador (art. 20 da Lei n. 8.213/91).

Mas essa garantia de emprego somente alcança o empregado que sofreu acidente de trabalho ou adquiriu doença (profissional ou do trabalho), recebeu auxílio-doença-acidentário e obteve alta médica.⁶⁵ Esse trabalhador, ao retornar ao seu posto, não poderá ser despedido sem justa causa, porque gozará de uma segurança no emprego por 12 meses.

Como o auxílio-doença (comum ou acidentário) somente é pago pela Previdência a partir do 16º dia do afastamento médico (art. 60 da Lei n. 8.213/91), o empregado acidentado ou portador de doença ocupacional que ficou afastado por até 15 dias não tem direito a essa garantia. Seu contrato até então estará com os efeitos parcialmente suspensos em razão da interrupção contratual, mas depois da alta médica nada obstará a extinção do vínculo por iniciativa do empregador.

Mas seria razoável essa garantia de emprego do empregado acidentado que se encontra sujeito a todo e qualquer tipo de contrato a termo?

O fundamento encontrado pelas decisões do TST que fomentaram a publicação do item III da Súmula 378 reside na redação do art. 118 da Lei n. 8.213/91. Para os ministros daquela Corte, o dispositivo legal não faz distinção entre contratos por prazo determinado e indeterminado, sendo inviável a ideia de restrição do direito à garantia provisória no emprego.

Além desse argumento, refletiram os ministros sobre o alcance dessa garantia de emprego à luz do art. 7º, XXII, da Constituição, chegando à acertada conclusão (conforme a CF) de que trabalhadores contratados por prazo determinado também têm direito a um meio ambiente de trabalho seguro.

A seguinte ementa, de leitura obrigatória para a boa compreensão da matéria, explica muito bem os motivos acima e outros mais que ensejaram a nova vertente jurisprudencial:

“RECURSO DE REVISTA – ESTABILIDADE PROVISÓRIA POR ACIDENTE DE TRABALHO – CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO – COMPATIBILIDADE. Não existe incompatibilidade entre o contrato por prazo determinado, em qualquer de suas modalidades, e a estabilidade decorrente de acidente de trabalho. Como decorrência da teoria do risco social, emerge para o empregador a obrigação de garantir a estabilidade ao trabalhador que foi lesionado à custa do incremento do seu processo produtivo, o que implica o reconhecimento do direito à estabilidade de forma ampla,

65. A Súmula 378, II, do TST também trata da garantia de emprego em casos de reconhecimento da doença profissional após a despedida: “São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego”.

em qualquer contrato de trabalho, independentemente de sua limitação temporal. Não há razão jurídica para a diferenciação do trabalhador contratado por prazo determinado, ainda que sob outra modalidade contratual que não o contrato de experiência, porquanto a ausência da pretensão de continuidade – elemento situado na manifestação de vontade que permeia a formação dos contratos bilaterais – não elide a finalidade intrínseca e axiologicamente superior do dever legal de amparo ao sujeito-trabalhador no momento da debilidade, direito de natureza social, cuja vulneração repercute na coletividade potencialmente onerada por meio do sistema previdenciário e do próprio sistema público de saúde em decorrência da atividade daquele empregador. O empregado vitimado por acidente de trabalho, numa perspectiva atenta à dignidade da pessoa humana, é um indivíduo que se torna vulnerável dentro da sociedade e do mercado de trabalho, e que assume esse ônus em proveito do desenvolvimento de uma dada atividade empresarial, que se beneficiava do seu labor no momento do infortúnio. A proteção constitucional ao valor social do trabalho, no momento do acidente, com enfoque no especial apreço que teve o constituinte para com as questões relativas à saúde e segurança no trabalho (arts. 7º, XXII e XXIII, 200, VIII, e 225, § 3º, da Carta Constitucional), impõe que a sociedade se responsabilize por aqueles que, no desempenho de uma atividade produtiva, foram lesados em sua integridade física. À luz da proteção constitucional ao trabalho (arts. 1º, IV, e 7º da Constituição Federal), excepciona-se o disposto no art. 472, § 2º, da CLT, não se cogitando da prevalência de uma norma infraconstitucional sobre normas constitucionais de natureza fundamental. Também não seria cabível prestigiar a manifestação volitiva do empregador no momento da celebração do contrato de trabalho, em detrimento da preservação da dignidade e reinserção socioeconômica do trabalhador acidentado, que se traduz no amparo de um risco que afeta toda a sociedade”. (RR 179900-78.2005.5.02.0262, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 28-10-2011).

Por meio desses argumentos fica fácil responder à questão proposta: sim, o item III da Súmula 378 do TST justifica-se, especialmente à luz da Constituição Federal, que deu especial atenção à dignidade da pessoa humana, ao valor social do trabalho, ao meio ambiente de trabalho seguro e à função social da empresa.

Efeitos da garantia provisória de emprego sobre o contrato a termo

Como já foi dito no início deste estudo, a CLT cria inúmeras restrições ao surgimento de contratos por prazo determinado. Sua vocação protecionista faz com que eles sejam exceção ao preceito da contratação por prazo indeterminado.

Uma das regras que decorrem dessa diretriz diz respeito às consequências da prorrogação dos contratos a termo. Quando isso ocorre, a presunção é a de que o pacto converteu-se para a modalidade de prazo indeterminado, salvo ajuste expresso (e legal) que trate da prorrogação. Nesse sentido

estão os artigos 445 e 451 da CLT, por exemplo.⁶⁶

Quando a garantia de emprego faz o termo do contrato a prazo ser ultrapassado, não existe uma prorrogação expressa negociada entre as partes. A gestante e o acidentado não negociam com o empregador a continuidade do vínculo após o dia final contratualmente fixado. É a Constituição Federal e a lei que impõem essa prorrogação, de tal sorte que o ajuste terá sua natureza jurídica automaticamente alterada “ope legis” e passará para a modalidade de prazo indeterminado. Aliás, às partes sequer é dado negociar de forma diversa, porque esse direito trabalhista é irrenunciável. Essa é a única interpretação capaz de satisfazer ao princípio da continuidade da relação de trabalho e, assim, melhor proteger o empregado.

É claro que se o prazo do contrato de trabalho for longo, como aquele previsto na CLT, de 2 anos, poderá acontecer de o termo não ser ultrapassado com o gozo da garantia de emprego. Nesse caso, chegando o pacto ao seu final, poderá ser desfeito sem maiores problemas. Apenas a rescisão antecipada do ajuste é que ficará proibida, pois as garantias de emprego aqui analisadas retiram do empregador o direito de rescindir a avença.

Assim sendo, trabalhadores submetidos a contratos de experiência, de obra certa ou de aprendizagem, para citar alguns exemplos, poderão ter seus ajustes convertidos para a modalidade de prazo indeterminado quando da conquista da garantia de emprego por gravidez, acidente de trabalho ou doença ocupacional.

O empregador sequer poderá reverter a garantia de emprego em indenização, porque esse direito somente o juiz tem, como se extrai da leitura do art. 496 da CLT, aqui aplicável por analogia. É o juiz, e não o empregador ou as partes, quem tem o poder de, considerando desaconselhável a reintegração, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando o empregador for pessoa física⁶⁷, converter referida obrigação em indenização.

Sabendo da gravidez, do acidente de trabalho ou da doença ocupacional de seu empregado, o empregador não pode simplesmente indenizá-lo e mandá-lo para a rua. As normas que tratam das garantias de emprego em estudo protegem o trabalho como forma de proteção à vida e à dignidade, não se importando diretamente com questões pecuniárias. Estas

66. Comentando o art. 451 da CLT, Ricardo Regis Laraia diz o seguinte: “Já que o contrato de trabalho pode ser ajustado de maneira tácita ou expressa, a prorrogação também poderia sê-lo. Entretanto, o contrato tácito é sempre pactuado a prazo indeterminado, porque o ajuste de termo só pode ocorrer de modo expresso. Note-se que, nos contratos a prazo determinado, é preciso estabelecer a data de seu vencimento ou o evento futuro e certo consistente na execução de serviço especificado ou na realização de certo acontecimento (art. 443, § 1º, da CLT), o que é impossível ocorrer de forma tácita. Sendo assim, a prorrogação do contrato deve ser expressa. Na verdade, o que o legislador denomina prorrogação tácita nada mais é que a prorrogação sem determinação de prazo, isto é, a transformação do contrato a termo em contrato a prazo determinado, o que acontece quando o contrato a prazo é prorrogado mais de uma vez” (in CLT interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, 4. ed., Barueri: Manole, 2013, p. 318).

67. Esse seria o caso da doméstica, na medida em que reintegrá-la ao emprego coercitivamente poderia violar o preceito contido no art. 5º, XI, da CF, que considera a casa asilo inviolável do indivíduo.

ficam em segundo plano e somente serão devidas na forma de indenização quando não for mais possível a reintegração, seja porque o magistrado assim entendeu, seja porque o período da garantia de emprego já passou e o prejuízo sofrido só pode ser convertido em perdas e danos.⁶⁸

Se acaso o empregador não obedecer a essa regra, convertendo ele próprio a garantia de emprego em indenização, caberá ao empregado despedido ingressar com reclamação trabalhista e solicitar, via antecipação dos efeitos da tutela, seu retorno imediato emprego, ainda que mediante dedução de valores já recebidos.

Essa posição pode parecer inútil na prática, mas quando se tem em mente que os empregados protegidos pelas Súmulas 244 e 378 do TST são pessoas que certamente precisarão de assistência médica e também poderão depender da qualidade de segurado perante a Previdência Social no futuro, percebe-se que a conversão da garantia do vínculo empregatício em dinheiro não será a melhor solução. A Súmula 440 do TST deixa essa questão muito mais clara. Veja-se seu teor:

“Auxílio-doença acidentário. Aposentadoria por invalidez. Suspensão do contrato de trabalho. Reconhecimento do direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica. Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez”.

Mas poderá ocorrer de a garantia de emprego, ou seja, a continuidade da prestação de serviços, ser incompatível com o tipo de contrato a termo firmado. O exemplo mais evidente dessa hipótese está previsto no art. 443, § 2º, “b”, da CLT, que trata de atividades empresariais de caráter provisório.

No caso contemplado pelo artigo acima, a empresa é transitória e desaparece com o término dos serviços. É o que se dá com as firmas que trabalham com festas natalinas, em época de carnaval, em feiras e eventos específicos. Terminada a atividade, encerrada estará a empresa e não haverá mais posto de trabalho algum. Presente essa hipótese, então é óbvio que a garantia de emprego deverá ser convertida em indenização, como, aliás, prevê a CLT em seu art. 498.⁶⁹

Tudo indica que o mesmo poderá acontecer com o contrato de trabalho temporário previsto pela Lei n. 6.019/74, pois a empresa de trabalho temporário poderá ficar sem contratos com tomadores e, assim, sem ter onde alocar o empregado

68. Vide Súmulas 244, II, e 396, do TST, Orientação Jurisprudencial 399, da SBDI-1, do TST e arts. 248 e 389 do Código Civil.

69. As garantias de emprego aqui estudadas são verdadeiras vantagens pessoais, que não desaparecem com o encerramento das atividades do empregador. Quanto ao art. 498 da CLT, fica ressalvado que o pagamento em dobro ali previsto diz respeito à indenização devida ao empregado detentor de estabilidade decenal. Para o trabalhador que possui as garantias de emprego aqui estudadas, devem ser aplicados os entendimentos contidos nas Súmulas 244, II, e 396 e da Orientação Jurisprudencial 399 da SBDI-1, todos do TST, que ordenam apenas o pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período de “estabilidade”.

portador de garantia de emprego. Ocorrendo essa hipótese, também será permitida a conversão da reintegração do trabalhador temporário em indenização.

Conclusão

O estudo das Súmulas 244, III, e 378, III, do TST revela que a jurisprudência deu um grande passo rumo à proteção de direitos fundamentais dos empregados ao protegê-los contra a despedida sem justa causa, mesmo quando submetidos a contratos por prazo determinado.

O direito do trabalho tem por objetivo a proteção do trabalhador enquanto ser humano que é, pouco importando sua cor, raça, sexo, origem, condição social, crença ou tipo de contrato a que se submeteu. Isso tudo foi resgatado e reforçado pelo TST por ocasião da reforma de sua jurisprudência.

Todavia, dois passos a mais precisam ser dados.

À luz da Constituição Federal, os empregados candidatos às eleições sindicais e a cargo de direção da CIPA também deveriam receber tratamento semelhante ao que foi visto até aqui (arts. 8º, VIII, da CF e 10, II, “a”, do ADCT). Nesses dois casos, não é correto limitar o alcance da norma constitucional sob o argumento de que as candidaturas dos trabalhadores ocorreram no curso do aviso prévio ou de um contrato a termo (Súmula 369, V, do TST).

Deve importar muito mais nessas hipóteses o exercício de um direito e a vontade (coletiva) dos trabalhadores que elegeram seus pares para cumprir funções representativas de suma importância e protegidas pela Carta Magna.

O que se espera é um avanço contínuo da jurisprudência do TST para essas outras esferas, porque nada, absolutamente nada, pode permitir que a Constituição Federal seja contida em seu afã de concretização da melhoria da condição social da classe trabalhadora.

HELICIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Juiz Titular da 76a. Vara do Trabalho de São Paulo
Doutor em direito do trabalho pelo USP
Professor Universitário

MARCELE CARINE DOS PRASERES SOARES

Juíza do Trabalho Substituta da 2ª Região
Mestranda em Direito do Trabalho pela USP

PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO, ACESSO À JUSTIÇA E INCLUSÃO DIGITAL: OS DESAFIOS DO USO DA TECNOLOGIA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

RESUMO

A tecnologia da informação está presente nas diversas áreas do conhecimento humano na sociedade do século XXI. A revolução tecnológica mudou a forma de relacionamento interpessoal, facilitando a comunicação e agilizando o processamento das informações. O Poder Judiciário não poderia ficar indiferente a essa realidade. Passou a incorporar gradativamente aos seus procedimentos os recursos da tecnologia da informação. Evolução legislativa nesse sentido é sensível na prática forense, com resultados significativos para a celeridade da prestação jurisdicional. Contudo, ainda é grande o desafio do Poder Judiciário Trabalhista para implantar um sistema inovador e confiável, não apenas no que tange à tecnologia, mas como instrumento de facilitação de acesso à Justiça, em um país de dimensões continentais, realidades díspares e pobreza acintosa. O presente estudo tem o propósito de destacar esses possíveis reflexos na prática forense do uso da nova ferramenta de informática, com especial destaque para sua incompatibilidade prática com o direito de postulação direta pela parte interessada, conhecido como *ius postulandi*.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho; Judiciário; Tecnologia; Acesso à Justiça; Inclusão Digital.

INTRODUÇÃO

A Reforma do Judiciário destacou a celeridade processual como princípio a ser almejado pelos órgãos desse Poder. Importante instrumento para se alcançar esse objetivo traçado pelo legislador é o uso de recursos de informática para a prática dos atos processuais.

A Lei nº 11.419, de 2006, oficializou a informatização do processo judicial, embora não tenha sido pioneira na regulamentação do uso de meios não convencionais para a prática e o registro dos atos do processo. Foi antecedida pelas Leis nº 9.800, de 1999, e 10.259, de 2001, que dispunham sobre o uso do *fac-simile* e dos recursos eletrônicos nos Juizados Especiais Federais, respectivamente.

A implantação do processo judicial eletrônico nos Tribunais brasileiros está sendo coordenada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o objetivo principal de padronizar a prática dos atos processuais de forma eletrônica, em cumprimento à Lei nº 11.419/2006, respeitando-se suas peculiaridades. Especificamente na Justiça do Trabalho, o pro-

cesso judicial eletrônico foi implantado oficialmente no final de 2011 e no início de 2012. As Varas de Navegantes (Santa Catarina), de Caucaia (Ceará) e de Arujá (São Paulo) foram as primeiras a utilizar meios exclusivamente eletrônicos para a tramitação das reclamações trabalhistas, tendo sido inauguradas, respectivamente, em 06.12.2011, 16.01.2012 e 27.02.2012.

A segurança dos atos processuais é importante desafio a ser enfrentado na prática judicial eletrônica, o que passa pelo desenvolvimento de recursos de informática, como a certificação digital e a assinatura eletrônica. Esses recursos já vinham sendo satisfatoriamente utilizados com o peticionamento eletrônico, cuja prática antecedeu ao próprio processo eletrônico nos Tribunais brasileiros. Outro desafio a ser enfrentado na implementação do processo eletrônico trabalhista é a dimensão territorial do país, que dificulta a padronização dos procedimentos. O acesso à justiça, com os meios e recursos a ela inerentes na sua totalidade, deve ser assegurado às partes litigantes, agora com os desafios da inclusão digital, o que tornará necessária a revisão do instituto do *jus postulandi*.

Esses aspectos serão abordados no presente estudo, cujo objetivo é despertar a atenção do leitor para algumas das questões que aparecerão na prática forense com essa nova ferramenta de informática, que certamente se mostrará eficaz para a celeridade processual.

2. ASPECTOS GERAIS DA LEI N. 11.419/2006 E O ADVENTO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Lei de Informatização do Processo Judicial, editada com o nº 11.419, em 19 de dezembro de 2006, acrescentou o parágrafo 2º. ao artigo 154 do Código de Processo Civil. Esse acréscimo não teve o condão de revogar o antigo parágrafo único do mesmo artigo, que foi mantido com a mesma epígrafe, em evidente falta de precisão jurídica (CALMON, 2008). Este último havia sido inserido pela Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Segundo Calmon (2008, p. 03):

[...] A Lei no. 11.419, no entanto, não atentou para a reintrodução do parágrafo único do art. 154 pela Lei no. 11.280, de 2006, e também acrescentou um parágrafo ao art. 154 do CPC, denominado, a princípio, de parágrafo único. [...] Sendo assim, o texto final da Lei no. 11.419 contém a expressão ‘parágrafo único (vetado)’ e acrescenta um parágrafo, denominando-o de 2º., não obstante, em seu



entendimento, o art. 154 contaria com apenas um parágrafo, portanto, único. A Presidência da República, então, pretendendo que se mantivesse em vigor o recente parágrafo único do art. 154, considerou que o novo § 2º, introduzido pela Lei no. 11.419, não tem o condão de revogar parágrafo único introduzido pela Lei no. 11.280 [...]

A Lei no. 11.419/2006 buscou disciplinar o processo eletrônico, que consiste na prática e na comunicação dos atos processuais por meios digitais. O parágrafo único do artigo 154 atribuiu a tarefa de regulamentar a tramitação dos processos eletrônicos aos próprios Tribunais, mas seu parágrafo segundo, inserido pela lei em referência, buscou conferir a ela própria essa atribuição, como autoaplicável e exclusiva, o que não se regulamentou. Para Calmon (2008, p. 07), contudo:

[...] a nova lei não retira a iniciativa dos tribunais, pois para a utilização de meios eletrônicos no processo judicial é óbvio que o tribunal há de dispor de um sistema de informática que gerencie os processos, admitindo tecnicamente a aplicação da nova lei [...] não poderão os tribunais proceder a qualquer disciplina que contrarie os termos da Lei no. 11.419 [...]

Diante desse cenário legal, os procedimentos eletrônicos ficaram passíveis de regulamentações diversas pelos vinte e quatro Tribunais trabalhistas do país, pois a legislação não os disciplina exaustivamente, o que pode gerar certa insegurança jurídica. A exclusividade da regulamentação do processo judicial eletrônico pelo Tribunal Superior do Trabalho ou pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho uniformizaria os procedimentos, dando mais certeza jurídica às partes e aos seus advogados. Para essa finalidade, foi baixada a Instrução Normativa no. 30/2007 do Tribunal Superior do Trabalho, a qual, contudo, não impede que Tribunais Regionais regulamentem o processo judicial eletrônico por atos normativos, como aconteceu na Segunda Região com a edição do Ato do Gabinete da Presidência (GP) e da Corregedoria Regional (CR) (GP/CR) no. 01, de 22 de fevereiro de 2012.

A lei em estudo não foi pioneira na implantação de meios não convencionais para a prática de atos no processo judicial. Como observa Atheniense (2010, p. 29), ao fazer referência às Lei nos .8.245/1991 e 9.800/1999:

[...] A primeira iniciativa admitida em lei para validar a utilização de dispositivos eletrônicos para a prática de atos processuais ocorreu em 1991, por intermédio do art. 58, IV, da Lei do Inquilinato, que permitiu o uso de telex ou do fac-símile para a realização de citação, intimação ou notificação de pessoa jurídica ou firma individual. Contudo, entendemos que a Lei 9.800/99 foi, de fato, o marco inicial para a admissão da via eletrônica como meio hábil para a remessa de peças processuais distância, à disposição tanto das partes quanto dos magistrados. [...]

A Lei no. 9.800, de 1999, já permitia o uso do aparelho de fac-símile para esse fim, mas não fazia expressa referência

aos recursos da tecnologia da informação. Essa autorização específica veio com a Lei no. 10.259, de 12 de julho de 2001, que se referiu aos Juizados Especiais Federais, cujos feitos passaram a tramitar eletronicamente de forma pioneira no Estado do Rio Grande do Sul, embora de modo limitado, diante da simplicidade dos pedidos, já que envolvem, na maioria, matérias de direito (ATHENIENSE, 2010).

Há quem diferencie direito da informática de direito eletrônico, este como gênero daquele por contemplar o fac-símile, por exemplo, que não é classificado como recurso de informática. É o pensamento de Alvim e Cabral Júnior (2008, p. 15-16), para quem:

[...] A Lei no. 11.419, de 19.12.2006, inaugura, oficialmente, no Brasil, o processo eletrônico, impropriamente chamado 'virtual', que, há algum tempo, vem rateando, com tentativas, aqui e acolá, de agilizar o processo ortodoxo, com a utilização da informática, a mais importante e fantástica revolução tecnológica do século XX. Nos termos do art. 1º, § 1º, aplica-se esta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição [...]

A Lei no. 11.419/2006 tem vinte e dois artigos, divididos em quatro capítulos, que tratam da informatização do processo judicial (regras básicas dos artigos 1º a 3º), da comunicação eletrônica dos atos processuais (artigos 4º a 7º), do processo eletrônico (artigos 8º a 13º) e das disposições gerais e finais (artigos 14º a 22º), respectivamente.

Na Justiça do Trabalho, o processo judicial eletrônico foi inaugurado em 05/12/2011, com a instalação da Vara do Trabalho de Navegantes, em Santa Catarina. Em seguida, passaram a funcionar eletronicamente as Varas de Caucaia, no Ceará, em 16/01/2012, e de Arujá, na região metropolitana de São Paulo, em 27/02/2012. A partir destas experiências pioneiras, vem se expandindo para outras unidades da Federação, inclusive junto à segunda instância. No Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, o processo eletrônico foi iniciado em 27 de agosto de 2012, quando os mandados de segurança de sua competência originária passaram a ser impetrados e processados por essa modalidade (CSJT, 2012).

A implantação das novas unidades judiciárias trabalhistas que passam a funcionar eletronicamente está sendo feita sob a orientação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, de forma coordenada com o Tribunal Superior do Trabalho e com os vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho brasileiros (CSJT, 2012).

É necessário que o advogado detenha a certificação digital para operar no novo sistema. Funciona como assinatura pessoal em ambientes virtuais, credenciando o patrono da parte a peticionar eletronicamente, sem a necessidade de comparecimento pessoal ao Fórum. O certificado digital é conferido por autoridade certificadora do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. Há diferentes modalidades de certificados digitais, sendo certo que o processo judicial eletrônico trabalhista compatibiliza-se com o que é baseado na ICP-Brasil, do tipo A3, comercializado em duas mídias (CSJT, 2012).

2.1. A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E A UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE OTIMIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A Emenda Constitucional nº 45/2004 relacionou, entre os princípios e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição de 1988, o da celeridade processual, ao dispor, no inciso LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Os recursos da tecnologia da informação constituem importantes ferramentas para a efetivação prática desse novo princípio constitucional. Para Paula (2009, p. 69):

[...] É incontestável a implantação de recursos tecnológicos no Poder Judiciário, otimizando o exercício de seu mister jurisdicional cuja motivação primária é dar maior celeridade à prestação jurisdicional, sem que haja um rompimento com garantias processuais já consolidadas. [...]

O processo judicial eletrônico deve consagrar os mesmos princípios e garantias constitucionais seguidos no processo tradicional. O que sinaliza a existência de ciência própria, por outro lado, é a presença de princípios peculiares, como os da ubiquidade e da instantaneidade das informações.

Paradoxalmente, parece que importante princípio tradicional, como o da publicidade sofrerá, no processo judicial eletrônico, uma diminuição em sua forma. O que se verifica, no processo tradicional, é a plena publicidade de seus atos, salvo daqueles feitos que tramitam em segredo de justiça.

No processo judicial eletrônico, porém, somente terão acesso aos atos do processo as partes litigantes e seus patronos, previamente cadastrados por senhas específicas, conforme restrição legal, impossibilitando o acesso às informações do processo por terceiros.

Busca-se, com isso, prestigiar a intimidade dos litigantes, protegendo seus dados pessoais e o sigilo das informações particulares. O lançamento indiscriminado desses dados na rede mundial de computadores poderia gerar sua disseminação em velocidade e quantidade incomensuráveis, prejudicando as garantias fundamentais mencionadas.

Assim, entre os dois valores, o da proteção à intimidade dos litigantes e o da publicidade dos atos processuais, optou-se, por política legislativa, no processo judicial eletrônico, pelo primeiro. Isto porque, até que se encontrem soluções técnicas que impeçam a propagação indiscriminada das informações que podem ser extraídas dos atos processuais, o acesso a eles fica restrito aos sujeitos do processo, por restrição legal específica.

A implantação de mecanismo que permita a visualização dos registros dos atos do processo judicial eletrônico, com identificação da pessoa que fez a consulta, mas sem a possibilidade de cópia ou retransmissão dos dados, poderia solucionar o problema e compatibilizar as garantias fundamentais à publicidade dos atos do processo. Depende, no entanto, de recursos e técnicas da área de sistemas de informação, a serem oportunamente desenvolvidos (PAULA, 2009).

2.2. A ASSINATURA DIGITAL COMO PRÉ-REQUISITO PARA O ACESSO AO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

Um dos desafios que se apresentam nessa nova modalidade de tramitação dos atos processuais é a da segurança de seus registros. O mesmo ocorreu com a utilização da máquina de escrever e do computador em outros tempos, que eram vistos, inicialmente, com reservas pelos operadores do direito quanto à segurança e autenticidade. Para superar essa natural resistência da utilização de novas ferramentas de trabalho, foi necessário o uso da técnica da certificação digital, que passa pela assinatura digital, criptografia assimétrica e chaves pública e privada (CALMON, 2008). A assinatura digital é espécie de assinatura eletrônica, que envolve o uso da criptografia assimétrica, com chaves de conhecimento do titular e pública. Segundo Alvim e Cabral Júnior (2008, p. 20):

[...] A assinatura eletrônica é um modo de garantir que o documento é proveniente do seu autor e que seu conteúdo está íntegro, pois a criptografia assimétrica cria um vínculo entre a assinatura e o corpo do documento. [...]

Para atuar nos processos inseridos no sistema que tramitam sob a forma eletrônica, os advogados devem, obrigatoriamente, criar um certificado digital. Trata-se de mecanismo que valida a assinatura pessoal em ambientes virtuais, permitindo que o patrono da parte pratique os atos processuais pelo computador. Não será necessário que compareça pessoalmente à Vara do Trabalho para a prática do ato processual, o que, de qualquer modo, já vinha ocorrendo com o sistema de peticionamento eletrônico antes mesmo da inauguração das Varas digitais (ALVIM; CABRAL JÚNIOR, 2008).

A certificação digital passou por aperfeiçoamento para o trâmite processual eletrônico. O uso do certificado digital nos padrões da ICP-Brasil representou grande evolução para o sistema, em substituição ao antigo sistema de *login* e senha. O pré-cadastramento do advogado, seguido de posterior comparecimento ao Tribunal para sua confirmação, é antecedente necessário para poder operar o sistema. Essa tecnologia permite, ainda, que os processos sejam despachados e julgados de qualquer lugar, até mesmo do exterior, com a certificação digital dos julgadores (ALVIM; CABRAL JÚNIOR, 2008). Segundo Calmon (2008, p. 04):

[...] ao reintroduzir o parágrafo único do art. 154 do CPC, expressa claramente a necessidade de que sejam atendidos os requisitos da autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. [...]

Essa segurança da autoria do ato processual e da autenticidade da petição protocolizada eletronicamente não era integral nos sistemas anteriores. Atheniense (2010, p. 30) critica a segurança das técnicas que foram pioneiramente usadas nos Juizados Especiais Federais, ao afirmar que não asseguram inteiramente a identidade dos jurisdicionados, “pois a identificação é realizada mediante cadastro e entrega

de senhas, e esse recurso não confere integridade ao documento enviado por meio eletrônico, por não utilizar as garantias inerentes à certificação digital.” Aponta, como principal motivo, o fato de que o sistema foi instalado sem exigência de cadastramento presencial do usuário. Para Atheniense (2010, p. 48), esse era o mesmo ponto negativo da Lei nº 9.800/1999, já que:

[...] a ausência de exigência do uso da certificação digital para a transmissão dos atos processuais, portanto, retira do remetente a certeza de que a peça enviada chegará ao seu destino final íntegra ou imune a alterações que poderiam ser realizadas sem deixar qualquer indício de adulteração [...]

Ocorre que os recursos tecnológicos então disponíveis não eram hábeis a assegurar a autenticidade dos documentos eletrônicos e de validá-los, o que motivou o veto no processo legislativo de inserção do parágrafo único do artigo 154 do Código de Processo Civil. A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) também não permitia a criação, pelos próprios Tribunais, de procedimentos de validação de documentos eletrônicos, o que reforçou as razões do veto ao preceito legal mencionado (PAULA, 2009).

A certificação digital é importante para a validade dos atos praticados no processo eletrônico. Dessa nova realidade, que decorre da evolução da sociedade, acompanhada de perto pelo direito, surgem novos conceitos, como o de prova cibernética, que é a produzida no processo eletrônico. Carvalho (2009, p. 87) conceitua a prova eletrônica como sendo:

[...] o registro de um fato, originariamente, por meios eletrônicos ou tecnológicos, documentado sob a forma digital, através de codificação binária, capaz de ser traduzido para uma linguagem inteligível ao homem, dotado de abstração quanto ao meio em que ocorreu o fato objeto do registro e a respectiva forma de armazenagem, presente a portabilidade do código binário para suporte material diverso, conservando a integridade original do registro, sua autenticidade e possibilidade de utilização sob a forma de pelo menos outra mídia que não a originalmente obtida [...]

Ainda segundo Carvalho (2009), a utilização da prova cibernética já estava prevista no Novo Código Civil Brasileiro, especialmente no artigo 225, do Título V, que permitia a reprodução mecânica ou eletrônica de fatos ou de coisas como meios de prova, permissivo este que não havia no diploma legal que revogou. Destaca dois princípios consagrados pela Lei nº 11.419/2006 para a prova cibernética, a saber, da equivalência eletrônica do documento ao papel e da força probatória dos documentos eletrônicos. Quanto à prova cibernética, Carvalho (2009, p. 100) conclui:

[...] tratar-se a espécie de novo meio de prova, e não apenas simples variação das já existentes, capaz de demonstrar a existência de uma fato originário de direito, ou ao revés, impedir, modificar ou extinguir o direito

questionado judicialmente. [...] Por derradeiro, defendemos a validade e eficácia da prova cibernética ou obtida por meios eletrônicos no processo, por se constituir como garantia constitucional [...] no sentido de possibilitar a busca da verdade material e do pleno acesso à justiça. [...]

O processo judicial eletrônico não é nova modalidade de processo ou de procedimento. As regras da teoria geral do processo não deixarão de ser utilizadas no meio eletrônico. Na esfera trabalhista, especificamente, os ritos (procedimentos) a serem seguidos serão os mesmos: comuns (ordinário, sumário e sumaríssimo) e especiais. Mudará apenas a plataforma, ou seja, a instrumentação (ALMEIDA FILHO, 2011).

Trata-se, na verdade, de nova ferramenta para a solução dos conflitos de interesses que se materializam no processo. Pode-se pensar em elaborar uma disciplina autônoma, denominada teoria geral do processo eletrônico, para o que se precisará de institutos e princípios próprios, cadeiras em cursos universitários, entre outros requisitos. Já se caminha neste sentido, mas essa autonomia ainda não está sedimentada. A doutrina irá se debruçar sobre a questão da autonomia da teoria geral do processo eletrônico e não faltarão elementos para se buscar justificá-la. Todas essas questões (ou pelo menos a grande maioria delas), no entanto, já terão sido enfrentadas pela tradicional teoria geral do processo (ALMEIDA FILHO, 2011).

3. O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O JUS POSTULANDI

Outro grande desafio a ser enfrentando pelo novo processo eletrônico é sua compatibilização com o instituto do *jus postulandi*, previsto no artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho. Segundo o entendimento jurisprudencial predominante, sedimentado pelas Súmulas 219 e 329 do C. Tribunal Superior do Trabalho, o *jus postulandi* ainda está em vigor no processo do trabalho e não foi revogado pelo artigo 133 da Constituição de 1988 ou pelo novo Estatuto da Advocacia. Trata-se da faculdade da parte postular na reclamação trabalhista sem a assistência de um advogado, que afasta a aplicação do conceito de sucumbência do processo comum.

3.1. AS ORIGENS DO JUS POSTULANDI E OS DESAFIOS DE SUA MANUTENÇÃO PERANTE O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO

O direito de ajuizar ação perante a Justiça do Trabalho sem a necessidade de assistência técnica especializada, ou seja, sem o auxílio de um advogado, remonta aos tempos em que integrava o Poder Executivo, quando não contava com os atuais caracteres de litigiosidade. Segundo Oliveira (2005, p. 667), por não ser integrante do Poder Judiciário, as partes – reclamante e reclamado – resolviam os conflitos de natureza trabalhista de forma administrativa ou extrajudicialmente:

[...] A capacidade postulatória das partes na Justiça do Trabalho é ranço pernicioso originário da fase administrativa e que ainda hoje persiste em total discrepância com a realidade atual. O Direito do Trabalho constitui hoje, seguramente, um dos mais, senão o mais dinâmico ramo do direito e a presença do advogado especializado já se faz necessária. Exigir-se de leigos que penetrem nos meandros do processo, que peticionem, que narrem fatos sem transformar a lide em desabafo pessoal, que cumpram prazos, que recorrem corretamente, são exigências que não se afinam com a complexidade processual, onde o próprio especialista, por vezes, tem dúvidas quanto à medida cabível em determinados momentos. [...]

Por esse caráter informal, era comum e aceitável que as partes, ainda que leigas, promovessem todos os atos necessários para a solução dos conflitos. As causas tinham complexidade mínima e o conhecimento técnico do direito não se apresentava como impositivo para solucioná-las (SOUTO MAIOR, 2003).

Contudo, a realidade das relações trabalhistas alterou-se de forma substancial. As lides tornaram-se cada vez mais complexas quanto ao número de pedidos e aos muitos fatos e fundamentos que os amparam. As lides trabalhistas, no contexto atual, são tão ou mais complexas que as ações de natureza cível ou criminal. Como sustenta Schiavi (2008, p. 235):

[...] Não se pode interpretar a lei pelas exceções. Hoje, a parte não estar assistida por advogado na Justiça do Trabalho é exceção. De outro lado, diante da complexidade das matérias que envolvem os cotidianos do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, a não assistência por advogado, ao invés de facilitar acaba dificultando o acesso, tanto do trabalhador quanto do tomador de serviços, à Justiça. [...]

O tratamento dispensado aos litigantes e aos patronos que militam na área trabalhista tem sido distinto. Segundo esse entendimento equivocados, a parte que contrata um advogado o faz por mero capricho, uma vez que poderia, sozinha, promover o ajuizamento e o andamento de seu próprio processo. Isto impossibilita a condenação da parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, que seriam decorrentes da sucumbência (SCHIAVI, 2008).

Com a implantação do processo judicial eletrônico, instituído pela Lei nº 11.419/2006, e da ICP-Brasil (Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira), por meio da Medida Provisória nº 2.200-2/2001, a situação ganhou relevo. Além de ter que promover todos os atos processuais sem amparo técnico, as partes que se valem do *jus postulandi* deverão contar com certificados digitais e equipamentos de informática, que vão desde computadores, digitalizadoras e softwares ao conhecimento mínimo em tecnologia da informação.

A Lei nº 11.419/2006 prescreve, no artigo 10, parágrafo 3º, que os Tribunais deverão manter à disposição de partes e dos advogados equipamentos para acesso à *internet*. Essa

determinação legal não diminui o impacto que a aplicação da tecnologia terá sobre o *jus postulandi*. Além de ter que ir à sede do juízo para promover os atos processuais, o litigante deverá acompanhar as publicações das intimações, que poderão ocorrer, exclusivamente, por meio do portal do PJE, conforme artigo 5º, da Lei nº 11.419/2006.

3.2. A NECESSIDADE DA ASSISTÊNCIA POR ADVOGADO COMO MEDIDA DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

As relações interpessoais estão vez mais complexas, o que se estende àquelas originadas da discussão do direito. No âmbito do direito e do processo do trabalho, além do domínio da técnica propriamente dita, no que tange aos prazos e procedimentos, os temas que exigem dos profissionais habilidades em várias áreas do conhecimento humano são cada vez mais comuns. É o que ocorre notadamente nas ações acidentárias ou que envolvem pedidos de complementação de aposentadoria. Para Souto Maior (2003, p. 11):

[...] sob a perspectiva do conceito de processo efetivo, ou seja, aquele que é eficiente para dar a cada um o que é seu por direito e nada além disso, a presença do advogado é fator decisivo para a consecução desse ideal. Com efeito, nos processos trabalhistas, não raramente, discutem-se temas como: interrupção da prescrição; ilegitimidade de parte, em decorrência de subempregada, sucessão, terceirização, grupo de empresa; litispêndia; personalidade jurídica; descon sideração da personalidade jurídica; tutela antecipada; ação monitória; contagem de prazos; nulidades processuais; ônus da prova etc. Mesmo a avaliação dos efeitos dos fatos ocorridos na relação jurídica sob a ótica do direito material nem sempre é muito fácil. Vide, por exemplo, as controvérsias que pendem sobre temas como: aviso prévio cumprido em casa; subordinação jurídica; política salarial; direito adquirido; horas *in itinere*; salário *in natura*; integração de verbas de natureza salarial; contratos a prazo; estabelecimentos provisórios, etc. [...]

O auxílio de um profissional qualificado para a promoção de defesa dos direitos trabalhistas, portanto, não é supérfluo. É medida que se impõe para a promoção de uma justiça responsável e equânime, como entende Schmitt (1998, p. 8):

[...] A presença do advogado consciente valoriza o processo, facilita a exata formação do contraditório e é realmente indispensável, tirando, inclusive, as paixões das partes envolvidas no processo, além de contribuir para a melhor ordem e celeridade, sem riscos de ver perecer sagrados direito, por insuficiência de conhecimentos técnico-processuais. [...]

O tema ganha novo colorido com as novas exigências advindas da implantação do processo eletrônico, apesar de ser medida necessária e premente há longos anos. Além da ausência de fundamentos plausíveis para a distinção no tra-

tamento de autores cíveis, criminais e trabalhistas, vez que o *jus postulandi* só se justificou enquanto inexistente a vinculação da Justiça do Trabalho ao Poder Judiciário, o entendimento de que o advogado é prescindível impõe àquele que já teve feridos direitos trabalhistas mínimos o ônus de arcar com o pagamento dos honorários de seu patrono. Isto significa, em outros termos, que não será integralmente ressarcido dos danos que sofreu, porque terá que repassar percentual considerável do valor auferido para aquele que o representou em juízo como seu advogado (SOUTO MAIOR, 2003).

Manter vivo o *jus postulandi* significa, de forma ilógica e contraditória, assegurar ao cidadão o exercício de um direito (ajuizar ação sem assistência de advogado) que provavelmente não trará resultados positivos. Não sendo dotado dos conhecimentos técnicos necessários, perecerá sua possibilidade real de sair vencedor da lide. O quadro agrava-se quando se pensa que a relação trabalhista é caracterizada pela disparidade econômica, com flagrantes diferenças de poderes entre os litigantes. A parte hipossuficiente será a mais prejudicada, como destaca Negrisoli (2008):

[...] A manutenção do *jus postulandi* se não viola o artigo 116 da Constituição Federal ou o artigo 1º da Lei 8.906/94, viola uma extensa lista de garantias fundamentais, especialmente o artigo 5º, incisos LV e LXXIV, da Constituição Federal e impede a concretização de outra extensa lista de direitos, inclusive aqueles elevados a categoria de fundamentais (art. 7º, da CF/88). Nesse contexto, temos mais um argumento contra o *jus postulandi*. Ainda que ele não seja inconstitucional ou ilegal, ele é irracional e empecilho para a efetivação de direitos e para a busca da verdade provável e correção da decisão. Considerando isso, o *jus postulandi* não pode ser mais admitido na Justiça do Trabalho. [...]

O novo contexto vivenciado com o advento do processo eletrônico reforça a necessidade de se repensar a manutenção do *jus postulandi*, eis que é cada vez mais visível a necessidade de profissionalização para que se acompanhe, a contento, um processo judicial trabalhista. Imaginar o contrário é fechar os olhos à realidade complexa dos processos trabalhistas e manter uma situação excludente e marginalizadora para aqueles que buscam a Justiça do Trabalho (SCHIAVI, 2008).

4.A QUESTÃO DA INCLUSÃO DIGITAL E O ACESSO À JUSTIÇA

A previsão para a tramitação de processo judicial por meio completamente eletrônico surgiu com a edição da Lei nº 11.419/2006, como já se destacou. Antes disso, eram esparsas as disposições legais que tratavam de procedimentos que usavam ferramentas provenientes da tecnologia da informação. O inciso IV, do artigo 58, da Lei nº 8.245/1991, por exemplo, já permitia a citação da parte contrária por *fac-símile*, desde que contasse com prévia autorização contratu-

al. Também servem de exemplos os dos parágrafos 2º e 3º, ambos do artigo 3º, da Lei nº 9.099/1995, que já autorizavam a comunicação entre comarcas por qualquer meio idôneo e o registro apenas de atos considerados essenciais, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Outros exemplos podem ser citados, mas nenhum deles conta com a abrangência das disposições da Lei nº 11.419/2006, que instituiu o processo judicial eletrônico. As ferramentas até então disponíveis aos profissionais, acima relacionadas exemplificativamente, eram pontuais, esparsas e, em sua maioria, de aplicabilidade facultativa.

O impacto que a tramitação judicial eletrônica promoverá sobre institutos como o *jus postulandi*, e por consequência, no acesso à justiça, sobretudo para aqueles que não dispõem de recursos para a contratação de profissional habilitado para o patrocínio da causa, ainda é não é conhecido. A implantação, na Justiça do Trabalho, de Varas eletrônicas, iniciou-se em novembro de 2011 e, no curto lapso de tempo de um ano, mais de cinquenta mil processos já tramitavam pelo processo judicial eletrônico na Justiça do Trabalho, segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho (CSJT, 2012).

Problematizar a situação que se apresenta é imprescindível para que as soluções sejam construídas e para que o direito e a tecnologia, em uma feliz união, possam promover a justiça e o bem comum, escopos de todo o conhecimento humano.

4.1. O PAPEL DO PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A INCLUSÃO DIGITAL: ASPECTOS JURÍDICOS

Entre os mais importantes objetivos da implantação do processo eletrônico podem ser relacionados o combate à morosidade e a possibilidade de ampliação da transparência dos atos promovidos pelo Poder Judiciário. Não há como se posicionar contrariamente aos ganhos de tempo e de qualidade para a atuação jurisdicional. A eliminação de tempos ociosos no processamento do feito e a ubiquidade própria ao processo eletrônico confirmam que a tecnologia pode e deve atuar como um dos pilares do processo judicial dos novos tempos (ALMEIDA FILHO, 2011).

Apesar das inegáveis benesses do processo eletrônico, não se pode olvidar da análise dos problemas dele advindos, cuja ocorrência é possível sobretudo em período de transição. Uma das facetas mais preocupantes é, sem dúvida, a da necessidade de se criar uma política de inclusão digital no Brasil, como destaca Gonçalves (2011, p. 39-40):

[...] No Brasil, por exemplo, há todo um discurso de inclusão digital por meio de telecentros, banda larga nas escolas e uso de *software* livre, que destoam do que ocorre de fato nas estruturas e das políticas públicas aplicadas pelo país. O Brasil, por exemplo, possui: 21,4 linhas telefônicas instaladas para cada 100 habitantes, ocupando a 61ª posição de 134 países; é o 50º em uso de tecnologias avançadas; é o 138º mais burocrático em requisições legais e procedimentos exigidos pelo governo dentre 139 países; é o 138º dos 139 países analisados a ter tributação

efetiva, ou seja, o impacto da tributação no trabalho e na capacidade de investimento, impedindo o florescimento econômico, e no total de tributação sobre toda a cadeia, é o 128º de 139 países (WORLD ECONOMIC FORUM, 2008, p. 178). [...]

As pessoas que não tem condições de arcar com as despesas decorrentes da contratação de advogado particular não podem dispor da assistência gratuita na Justiça do Trabalho, o que incumbe às Defensorias Públicas nos outros ramos do Poder Judiciário. Precisam postular em causa própria, o que não se afigura saída digna no tocante ao acesso à justiça. A dependência de certificado digital, de computadores, de digitalizadoras, de *internet* e de conhecimento básico em informática, notadamente no processo do trabalho eletrônico, pode mitigar o acesso à justiça pelos hipossuficientes ao invés de ampliá-lo (GONÇALVES, 2011).

A situação é agravada pela incipiente instrução dos jurisdicionados. Na Justiça do Trabalho, em sua maioria, são trabalhadores com baixo grau de escolaridade, que atuam por meio da força braçal ou de conhecimentos técnicos pouco especializados, dos quais muitos que nem sabem assinar o próprio nome. Há o risco de se ampliar a exclusão desses trabalhadores, que são marginalizados cultural, econômica e socialmente, como explica Gonçalves (2011, p. 46):

[...] É a exclusão digital do pobre e do miserável, que para além do econômico, do histórico e do social, está frente a mundo fechado de possibilidades. A exclusão digital relacionada à educação é um problema social e não tecnológico. Se o contexto educacional, formal e informal, exclui, interdita e afasta a compreensão da complexidade das relações sociais não há como se atribuir à tecnologia a condição de resgate do que se perdeu anteriormente. A tecnologia pressupõe conhecimentos histórica e culturalmente acumulados, que devem ser distribuídos dentro de um contexto social. Se o contexto social for de contínua exclusão dos meios tecnológicos e de suas complexidades, não há modo de se distribuir o conhecimento sobre eles entre todos. Assim, não há como se incluir aquele que não conhece ou não tem ideia do que seja computador, pois tal instrumento lhe é indiferente ou irrelevante.[...]

A solução jurídica para aplacar as nefastas consequências para o acesso à justiça decorrentes do processo judicial eletrônico parece ser a mesma cabível antes de seu advento: abolir o *jus postulandi*, instituir a condenação em honorários de sucumbência e promover a assistência jurídica gratuita para quem não tem condições financeiras de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de seu sustento ou de seus dependentes. Ao invés de se afastar as mazelas da dificuldade de acesso à justiça pelo trabalhador hipossuficiente, há o risco de se ampliar essa sofrível situação com o processo trabalhista eletrônico. O *jus postulandi*, que já constituía instituto deficiente, passa a ser, com o processo eletrônico, figura que promove o desequilíbrio entre os envolvidos no litígio, clamando pela supressão (SCHIAVI, 2008).

4.2. O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O ACESSO À JUSTIÇA: ASPECTOS SOCIOECONÔMICOS

As dimensões territoriais do Brasil relativiza os conhecimentos e experiências supra expostos. É provável que, em lugares longínquos dos grandes centros do país, faltem profissionais habilitados para patrocinar causas na Justiça do Trabalho (o que constituiria motivo suficiente para a manutenção do *jus postulandi*), e ainda, que aqueles que se dispõem a fazê-lo não tenham recursos financeiros necessários para atender às recentes alterações legislativas. Como informa Scocuglia (2012):

[...] A saída do papel para os meios digitais deve representar a saída de R\$ 2,2 mil, em média, do bolso dos operadores do Direito. Segundo dados do site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os requisitos para utilizar o petição eletrônico são: software (Windows 2000; Internet Explorer 7.0, Firefox 3.6 ou Google Chrome; Java Plug-in 6; e conversor de arquivos para PDF), hardware e certificado digital. [...] Em média, um computador custa R\$ 1,2, um scanner R\$ 300, o software mais recente do mercado sai por R\$ 270. Além disso, é necessário a certificação digital - para conferir validade jurídica aos documentos enviados eletronicamente. Na AASP, por exemplo, o certificado custa R\$ 240 para os não associados e R\$ 99 para sócios. Nessa lista inicial, o advogado acostumado com a máquina de escrever deverá desembolsar R\$ 2.010. [...]

Mesmo diante da escassez de recursos e de pessoas, é difícil sustentar o entendimento pela facultatividade do advogado nos processos trabalhistas. Significa anuir com a precariedade da situação atual, por falta de imaginação de soluções e caminhos outros que pudessem viabilizar a mudança. O quadro atual é deficiente e, a partir dessa constatação, promover a assistência jurídica gratuita pública e abrangente de todo o território nacional, por exemplo, não seria inviável. A indicação de advogados pela Ordem dos Advogados do Brasil, em sistema de escalonamento, para atuar pelas pessoas que não têm condições de demandar sem prejuízo do sustento, seria outra possibilidade, desde que existentes os honorários de sucumbência (GONÇALVES, 2011).

Embora o fator financeiro não se apresente como fundamento jurídico válido para contestar-se a implementação do processo eletrônico, não se pode estar alheio ao impacto econômico produzido para aqueles que deverão se adequar aos novos tempos. Não se trata de oposição à tramitação processual eletrônica, mas de incitarem-se soluções para aqueles que estão à margem dos recursos tecnológicos, com vistas a abarcar o maior número possível de profissionais e jurisdicionados. O acesso à justiça não ocorrerá se as debilidades econômicas não forem consideradas como verdadeiros obstáculos. Ainda como sustenta Vianna, em parecer solicitado pelo Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico, citado por Almeida (2011, p. 403):

[...] seria um absurdo cogitar que o fato de muitos advogados não terem condições econômicas de adquirir os

necessários sistemas informáticos pudesse representar um obstáculo à informatização judicial. Assim como se espera que um médico estude constantemente novos medicamentos que venham a diminuir o sofrimento de seus pacientes, espera-se também do advogado que este esteja atento aos novos instrumentos tecnológicos que venham a trazer benefícios a um julgamento mais célere das demandas. Aos médicos que não possuem condições econômicas para adquirir as modernas parafernálias eletrônicas de diagnósticos, só resta solicitarem de seus clientes que façam os exames em clínicas de terceiros, mas seria inconcebível que se recusassem a utilizar das novas tecnologias por não poderem comprá-las. Aos advogados que não puderem adquirir um computador com conexão à Internet, de modo análogo, caberá terceirizarem estes serviços para outros escritórios ou, simplesmente, realizarem o acompanhamento processual em centros públicos de acesso à Internet. Certo, porém, é que não poderão alegar dificuldades econômicas como impedimento para a informatização judicial, pois, para as partes, está só trará benefícios, especialmente em termos de celeridade. A tentativa da OAB de breçar a informatização judicial por via de ação direta de inconstitucionalidade, pelo singelo argumento de dificuldades econômicas de alguns profissionais, mais se aproxima de um ludismo pós-industrial do que um efetivo auxílio a estes advogados. Melhor seria se a OAB, sensível que se mostra às dificuldades destes advogados, proporcionasse condições mínimas para que eles pudessem se inserir na nova dinâmica da sociedade pós-moderna, marcada pelo predomínio das comunicações eletrônicas. [...]

A modernização do processo não pode promover a exclusão. Ao contrário, o processo judicial eletrônico deve ser ferramenta para a ampliação do acesso à justiça célere. Sensibilizar-se com as dificuldades reais de acesso a essa modernidade é utilizar a tecnologia em benefício dos indivíduos, escopo maior da jurisdição. Não se pode dar um passo à frente na modernização do processo, com a modalidade eletrônica, a custo de se regredir décadas nos avanços alcançados pelo direito de acesso à justiça (GONÇALVES, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os benefícios da celeridade e da transparência dos atos judiciais, que decorrem da implantação do processo judicial eletrônico, são inegáveis. A tecnologia da informação é realidade em todos os aspectos da vida moderna, da qual o mundo jurídico é apenas uma das facetas.

Cabe aos operadores do direito constatar essa realidade e a ela se adequar, como entusiastas da nova possibilidade de otimização da prestação jurisdicional e de aprimoramento do tempo e do conhecimento em prol da pacificação dos conflitos.

As novidades do processo judicial eletrônico são muitas e podem assustar os profissionais menos preparados. Aliás, tudo o que é novo normalmente gera inquietação e expectativas. É, contudo, realidade inafastável, que vem para melhorar a prestação jurisdicional para as partes e seus advogados,

melhorando o ambiente de trabalho dos juízes e servidores.

É preciso despertar a atenção dos profissionais do direito para as inconsistências que poderão advir desse processo de mudança e evolução. O momento é oportuno para que sejam discutidas velhas questões jurídicas, que ganham nova configuração com o processo judicial eletrônico. É tempo de, com os ares de renovação, rever conceitos arraigados e ideias há muito consolidadas pelo simples decurso do tempo e do comodismo.

Questão relevante é a do acesso à justiça, intrinsecamente relacionada à discussão sobre a extinção do *jus postulandi* que é permitido no processo do trabalho. O panorama brasileiro atual é de população com alta disparidade de rendas e com diferentes níveis de escolaridade e de cultura em geral, o que reflete no acesso à justiça, notadamente a que tramita sob a forma eletrônica. A maioria da população brasileira recebe a quantia média mensal de R\$ 1.345,00 e estudou por apenas sete anos e meio, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Reconhecer as deficiências econômicas e culturais da maior parte da população brasileira implica em desmistificar a ideia de que os trabalhadores (e em alguns casos até mesmo os empregadores) tenham condições de prover um processo judicial trabalhista, até seus atos finais, sem assistência por advogado, sobretudo diante das novas exigências legais para o acesso ao processo eletrônico. A situação é preocupante para parcela dos advogados que não dispõem de meios para continuar a desenvolver o patrocínio judicial, agravando-se em relação aos cidadãos leigos hipossuficientes.

As lições de Chaves Júnior (2010) merecem ser propagadas, para que as mudanças que chegam com o processo eletrônico sejam salutares, inclusivas e propiciadoras da justiça social:

[...] O processo eletrônico vai desencadear uma revolução performática no processo judicial. Quanto mais cedo os juristas atentarem para isso, mais cedo poderão contribuir para que essa revolução se dirija para o caminho certo. Do contrário, se continuarem a achar que o computador é apenas uma máquina de escrever com mais recursos, o processo eletrônico será reduzido a mero processo escaneado e, com isso, perderemos a oportunidade histórica de dar um choque tão prometido, quanto diferido, de efetividade ao processo judicial. [...]

Muitos desafios deverão ser enfrentados com o advento do processo judicial eletrônico. Esses desafios são ainda maiores no processo do trabalho, como decorrência da habitual condição de hipossuficiência de um dos litigantes. Se já falta inclusão social, com mais certeza faltará a inclusão digital. De forma geral, aquele que não tem recursos para investir em educação, saúde e alimentação, também não os terá para adquirir um celular, um computador ou um *tablet*.

A necessidade de certificação digital não se afigura, em um primeiro momento, compatível com a utilização do *jus postulandi* no processo judicial eletrônico, diante da notória hipossuficiência dos reclamantes. Sem ela, a parte não consegue praticar os atos do processo, o que acaba, na prática, com o

direito de postulação direta pelo interessado, inviabilizando o acesso à justiça. É preciso, assim, rever o instituto do *jus postulandi*, extirpando-o do processo do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, J. C. de A.. Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico, 4ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2011, 557p.

ALVIM, J. E. C. A.; CABRAL JÚNIOR, S. L. N.. Processo judicial eletrônico: comentários à Lei 11.419/06. Curitiba: Juruá, 2008, 144 p.

ATHENIENSE, A.. Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos Tribunais brasileiros. Curitiba: Juruá, 2010, 382 p.

CALMON, P.. Comentários à lei de informatização do processo judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 156 p.

CARVALHO, P. R. de L.. Prova cibernética no processo. Curitiba: Juruá, 2009, 118 p.

CHAVES JÚNIOR, J. E. de R. J. E. de R. Justiça de Portugal deve regulamentar sentença oral. Março de 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-04/justica-portugal-regulamentar-sentenca-oral-casos-menores>>. Acesso em janeiro de 2013.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.csjt.jus.br>>. Acesso em agosto de 2012.

GONÇALVES, V. H. P.. Inclusão digital como direito fundamental, dissertação de mestrado, USP, 2011, 137 p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em janeiro de 2013.

NEGRISOLI, F., Jus postulandi na Justiça do Trabalho: irracionalidade que pode impossibilitar a busca da verdade ou correção e impedir a concretização de direitos. Julho de 2008. Disponível em <<http://www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em janeiro de 2013.

OLIVEIRA, F. A. de. Comentários à Consolidação das Leis de Trabalho, 3ª ed., São Paulo: RT, 2005, 958 p.

PAULA, W. R. de. Publicidade no processo judicial eletrônico: busca da indispensável relativização. São Paulo: LTr, 2009, 174 p.

SCHIAVI, M.. Manual de direito processual do trabalho, São Paulo: LTr, 2008, 984 p.

SCHMITT, P. L. Jus postulandi e os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Síntese Trabalhista, Porto Alegre: Síntese, 1998, abril, vol. 09, n.º 106, p. 7-19.

SCOCUGLIA, L. Uso de processo eletrônico exige investimento de R\$ 2 mil. Novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-04/usar-processo-eletronico-exige-investimento-mil-advogado>>. Acesso em fevereiro de 2013.

SOUTO MAIOR, J. L. Honorários de advogado no processo do trabalho: uma reviravolta imposta também pelo Novo Código Civil. Síntese Trabalhista, Porto Alegre: Síntese, 2003, novembro, vol. 15, n.º 173, p. 9-16.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em janeiro de 2013.

VIANNA, T. L.. Parecer solicitado pelo Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico – IBDE, citado por FILHO, J. C. de A. A.. Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico, 4ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2011.

MARCELO AZEVEDO CHAMONE

Juiz Substituto da 2ª Região
Mestre em Direito pela Unimes

DUPLA ARREMATÇÃO DE IMÓVEL

1. Introdução

Analisaremos no presente trabalho a hipótese de arrematação de bem imóvel, com pagamento feito à vista, com a consequente expedição de carta de arrematação, e seu registro no Registro de Imóveis, havendo, em outro processo trabalhista, arrematação do mesmo imóvel, com lance vencedor, mas expedição de carta de arrematação (pagamento feito de forma parcelada, conforme autorizado pela legislação) ou registro.

Essa situação levanta algumas questões, sobretudo no campo do direito processual, que serão analisadas abaixo, quais sejam: a) a validade da realização de novo leilão de bem já objeto de outro leilão, que se realizou de forma regular, havendo arrematante em curso de saldar o valor oferecido no lance vencedor; b) o momento em que a propriedade do bem arrematado é transmitida ao arrematante; c) a possibilidade de se decretar a nulidade da arrematação no mesmo processo, já havendo sido expedida carta de arrematação e registro no Registro de Imóveis.

Seria, então, correto anular o registro referente à segunda arrematação, fazendo preponderar a primeira? Ou prevalece o primeiro registro?

2. Arrematação

Inicialmente, cabe determinar as características gerais da arrematação, e, sobretudo, a sua natureza jurídica, para em seguida tratar de suas consequências e mais especificamente do auto e da carta de arrematação.

A arrematação é forma de expropriação dos bens do executado, para satisfazer um crédito do exequente. Há, aqui, uma alienação forçada dos bens, de modo que, posto haja negócio jurídico bilateral, a vontade do proprietário é irrelevante; daí não ser possível dizer que se trata de relação contratual² (cf. Paula Batista) – o executado não é o alienante, nem é representado pelo Estado, pois se fosse “teria de haver a sua vontade antes ou depois, e a lei não só abstrai dessa vontade, como permite que, contra a vontade do executado, se ultimem a hasta pública e a transmissão da propriedade dos

1. Nesse sentido: “Processual civil. Leilão. Arrematação perfeita e acabada. Segunda arrematação dos mesmos bens. Aplicabilidade do art. 694 a espécie dos autos, devendo prevalecer a primeira arrematação, considerado o princípio da irretroatividade da arrematação. Ademais, o ato impugnado é decorrente de falha do próprio aparelho judiciário, não havendo transferir ao agravante o ônus dele decorrente. Provisamento do agravo”. TFR, 5ª T., AgInst n. 49158, Acórdão n. 07864680, rel. Min. SEBASTIÃO REIS, j. 09.09.1987, DJ 04.02.1988, p. 1261. Também: TFR, AgInst n. 54121-SP, rel. Min. PÁDUA RIBEIRO, j. 25.04.1988.

2. CAMPOS BATALHA (1985, p. 892), fala em ‘venda coacta’, mas a visão contratualista da arrematação já é superada desde há muito, sendo contestada desde o século XIX, inicialmente por PAULA BATISTA (Compêndio de teoria e prática do processo civil comparado com o comercial, 1855), no Brasil, e depois por HEINRICH DERNBURG (Das Pfandrecht, 1860-1864), na Alemanha (cf. PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 356).

bens arrematados” (Pontes de Miranda, 1976, p. 357-358)³.

O negócio jurídico bilateral de direito processual é feito não entre alienante e adquirente, mas entre o Estado e o arrematante, realizado com a aceitação da oferta (Pontes de Miranda, 1976, p. 356; concordando: Araken de Assis, 2002, p. 735).

“Arrematação, em sentido de movimento processual, é a submissão do bem penhorado ao procedimento da alienação ao público; em sentido da estática processual, é a assinatura do bem, que foi posto em hasta pública, ao lançador que ofereceu o maior lance, – que arrematou, que pôs remate à hasta pública. O pregoeiro dizia: ‘Há quem mais dê? Se não, arremato’. Quer dizer: considerava findo, entregava o ramo, que em alguns países o ‘porteiro’ tinha à mão. Enquanto se apregoa, não se pode fazer a arrematação (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 86, §17). Toda arrematação é ato do juiz, pelo menos no seu impulso (mandado de alienação)” (Pontes de Miranda, 1976, p. 345-346).

Trata-se, portanto, de exercício da função judicial – é ato de império, ato processual executivo de tutela jurisdicional (cf. Tostes Malta, 1995, p. 760; Frederico Marques *apud* Teixeira Fº., 2005, p. 522).

A “arrematação é o ato de arrematar, ou seja, a aquisição do bem em hasta pública contra a entrega do valor oferecido” (Dinamarco, 2004, p. 556). Assim, decorre “de um autêntico procedimento licitatório, ao qual comparecem pretendentes ao bem e cada um faz sua oferta em dinheiro, para que prevaleça a melhor delas”, que será sempre aquela de maior quantia, “não se cogitando de comparar modos de pagamento, porque o recolhimento do valor oferecido pelo vencedor será feito sempre à vista” ou, no máximo, ‘prazo de até quinze dias’ (art. 690, *caput* – mas v. art. 690, §§1º a 4º, com a redação dada pela Lei nº 11382/2006⁴).

3. Como as alienações judiciais não se enquadram no conceito de um contrato de compra-e-venda e de contrato algum, é inadequado referir-se ao valor pago pelo arrematante como preço, porque o preço é um dos elementos desse contrato (res, pretium, consensus); mas o Código de Processo Civil emprega esse vocábulo em uma quantidade relativamente grande de dispositivos, o que deve ser interpretado como meros lapsos verbais do legislador (arts. 690, §2º, 691, 694, par., inc. II, 695, *caput* e §1º, 700, 701, §1º, 714, *caput* e §2º, 787, 789, *caput* e par.)” (DINAMARCO, 2004, p. 553-554).

4. CPC, Art. 690, §1º Tratando-se de bem imóvel, quem estiver interessado em adquiri-lo em prestações poderá apresentar por escrito sua proposta, nunca inferior à avaliação, com oferta de pelo menos 30% (trinta por cento) à vista, sendo o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel. §2º As propostas para aquisição em prestações, que serão juntadas aos autos, indicarão o prazo, a modalidade e as condições de pagamento do saldo. §3º O juiz decidirá por ocasião da praça, dando o bem por arrematado pelo apresentante do melhor lance ou proposta mais conveniente. §4º No caso de arrematação a prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exequente até o limite de seu crédito, e os subseqüentes ao executado.

Caso o valor não seja pago no prazo pelo licitante vencedor ou por seu fiador, o juiz lhes imporá a perda da caução realizando-se nova licitação do mesmo bem (CPC 695 e 694, §1º, II). Se o valor do débito for quitado, ser-lhe-á transferido o bem; ⁵ se o fizer o fiador, a transferência poderá ser-lhe deferida, a requerimento seu (art. 696).

“Ao fazer sua oferta, cada licitante está intervindo no processo para pedir ao juiz que a aceite e, consequentemente, lhe defira a transferência do bem. Cada oferta é, por isso, uma demanda, cabendo ao juiz deferir somente uma delas, a melhor, rejeitando todas as outras” (Marco Tullio Zanzucchi *apud* Dinamarco, 2004, p. 557).

Seguindo essa linha, de que a arrematação possui certa autonomia em relação à execução, e indo além, Pontes de Miranda chega a afirmar que a arrematação é ação incidente, onde o arrematante e o Estado figuram como partes, e a carta de arrematação é sentença ⁶ (1976, p. 409-417). Salvatore Satta chega a conclusões semelhantes, afirmando, no entanto, tratar-se de ‘procedimento executório’ (*apud* Campos Batalha, 1985, p. 892).

2.1 Efeitos da arrematação

Na relação processual, a arrematação: transfere os efeitos da penhora ao produto da alienação – a penhora se sub-roga no respectivo preço; ⁷ e obriga o adquirente, e o seu fiador eventual, pelo valor do lance vitorioso (Araken de Assis, 2002, p. 750).

Além desses efeitos processuais, temos ainda os efeitos materiais da arrematação. Teixeira Fº. (2005, p. 547), no que é avaliado por Jorge Neto et al (2004, p. 909-910), lista os seguintes:

a. transfere o domínio dos bens antes pertencentes ao de-

5. “Enquanto a arrematação não for completada com a entrega dos bens ao arrematante, o credor exequente não tem direito ao recebimento do preço” (RT 605/100 *apud* NEGRÃO, 2007, nota 3 ao art. 693).

6. “A carta de arrematação é sentença, e sentença que não transfere a propriedade e a posse: tem de ter havido a tradição, ou de haver, para que se transfiram propriedade e posse dos bens móveis em geral; tem de haver registro, para que se transfira a propriedade dos bens imóveis, ou dos móveis cuja propriedade só se transfere com o registro, e a posse só se transfere conforme os princípios do direito material, inclusive por declaração contida na carta de arrematação. Não se pode dizer, portanto, que a eficácia da arrematação só depende do direito civil. Pense-se, ainda, nas arrematações de créditos e de outros direitos pessoais, a que são estranhos os elementos de propriedade e de posse” (PONTES DE MIRANDA, 1976, p. 355-356).

7. “O dinheiro pago toma, com efeito, o lugar dos bens arrematados, entra provisoriamente para o patrimônio do executado, mas no mesmo momento fica sujeito ao vínculo da penhora, porque deverá ser distribuído entre os credores depois de pagas as custas; o que sobrar eventualmente será devolvido à livre disposição do devedor” (LOPES DA COSTA *apud* TEIXEIRA Fº., 2005, p. 547). Havendo mais de uma penhora sobre o mesmo bem, na distribuição do ‘produto’ (art. 709, *caput*) se observa a anterioridade de cada penhora, uma em relação às outras, e a prelação de direito material segundo a data em que se constituíram no bem alienado (art. 711) (cf. ARAKEN DE ASSIS, 2002, p. 750).

vedor ao arrematante, ⁸ com os gravames acaso existentes na coisa alienada, como usufruto, servidão etc.;
b. transfere ao arrematante o direito aos frutos pendentes, com a consequente obrigação de cobrir as despesas feitas; ⁹
c. obrigação de o depositário transferir ao arrematante a posse dos bens expropriados;¹⁰
d. extinção da hipoteca relativa à coisa arrematada, pois o gravame adere ao preço, ocorrendo a sub-rogação legal (CC, art. 1499, VI).

Barbosa Moreira (2008, p. 265), por sua vez, assim coloca os efeitos extraprocessuais da arrematação:

- constituição do título para aquisição do domínio do bem pelo arrematante, com a tradição ou o registro, conforme se trate de bem móvel ou imóvel;
- criação para o arrematante, do direito de imitar-se na posse do bem arrematado, obrigando o depositário à entrega;
- extinção da hipoteca inscrita sobre o imóvel arrematado, quer a execução seja movida pelo próprio credor hipotecário, quer não, desde que, no segundo caso, tenha ele sido regularmente intimado (CPC, art. 698 e CC, art. 1501), sub-rogando-se então o ônus no preço da arrematação;
- sub-rogação no preço dos créditos tributários incidentes sobre o imóvel arrematado (CTN, art. 130, §único)

Longe de dúvida, o efeito mais importante é aquele que se refere à transferência do domínio. Trata-se, e isso é pacífico de aquisição a título derivado, de modo que não se convalidam os vícios e defeitos do título de propriedade do expropriado. “Assim, no ensinamento de Micheli, desaparecendo o direito do executado sobre a coisa, desaparece também a aquisição por parte do arrematante” (Campos Batalha, 1985, p. 894).

8. “Para o terceiro adquirente, caracteriza-se como modo de aquisição da propriedade” (BEZERRA LEITE, 2008, p. 1027).

9. “O arrematante faz jus aos frutos pendentes ao tempo em que toma posse, não constantes do edital nem do auto de arrematação, mas deve indenizar as despesas do amanho e sementeira. Se os frutos foram avaliados separadamente e não foram mencionados expressamente no auto de arrematação, não pertencerão ao arrematante” (AMÍLCAR DE CASTRO *apud* TOSTES MALTA, 1995, p. 763-764).

10. “(...) o devedor executado conserva o domínio e posse dos seus bens penhorados, ainda mesmo depois da adjudicação ou arrematação, enquanto o credor e adjudicatário ou o arrematante não apreendem real e efetivamente a posse dos bens (...)” (Almeida e Souza *apud* Araken de Assis, 2002, p. 738). “(...) o juiz expedirá simples mandado, destituindo o depositário dos seus poderes e de sua posse, ordenando-lhe, outrossim, que imita o arrematante na posse. Cumprida a ordem, o arrematante se encontra na posse. (...) eventual relutância do depositário em restituir a coisa constitui um ilícito penal, afastado pelo ato do juiz, ad nutum, sujeitando o autor da desobediência, ademais, às sanções cabíveis” (Araken de Assis, 2002, p. 746). Nesse sentido: Súmula STF nº 619 - A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito.

“(…) ao Estado descabe expungir dos bens do executado certos ônus (v.g., servidão de passagem que grava o imóvel penhorado) ou assegurar, tout court, o domínio apenas aparente do devedor em face do verus dominus. Também aqui calha o velho brocardo: não se transfere mais do que se tem” (Araken de Assis, 2002, p. 736-737)¹¹.

“Sendo a arrematação ato translativo de domínio, o que ela transmite ao arrematante são apenas os direitos que o devedor possuía sobre os bens expropriados judicialmente; daí por que: a) se a coisa pertencia a terceiro, este não perde o seu direito à propriedade; b) o terceiro não perderá, também os direitos reais parciais que, acaso, possuísse sobre a coisa” (Teixeira F^o, 2005, p. 548; no mesmo sentido: Campos Batalha, 1985, p. 894).

Quanto aos móveis, que possuídos de boa-fé pelo arrematante poderiam ocasionar dificuldades quanto ao reconhecimento da propriedade, o art. 1.268, *caput*, do CC,¹² rejeita o princípio *possession vaut titre* (a posse vale como título), estabelecendo uma exceção, consistente na oferta da coisa móvel “ao público, em leilão [alienação coativa] ou estabelecimento comercial”, sob tais circunstâncias que “ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono”. Assim, na arrematação, “é boa a transmissão da coisa, excluída sua ulterior reivindicação, a arrematante de boa-fé” (Araken de Assis, 2002, p. 737).

Outrossim, nota-se a divergência quanto a arrematação por si só ser bastante para transferir o domínio, ou haver tão somente a constituição de justo título para a posterior transferência da propriedade. A este assunto volveremos mais adiante.

2.2 Auto de arrematação

Na definição de Dinamarco, auto de arrematação é “documento escrito, assinado pelo juiz, escrivão, arrematante e oficial de justiça (ou leiloeiro, conforme o caso), destinado a pôr fim ao processo licitatório, atribuindo o bem àquele que houver feito a oferta vitoriosa” (2004, p. 578). O auto de arrematação constitui título substancial da arrematação, “que originará, mediante traslado, o título formal (carta de arrematação)” (Araken de Assis, 2002, p. 736).

“A situação jurídica que se estabelece quando há oferta do licitante é a do ofertante do contrato de compra-e-venda: enquanto não há a vontade do Estado, com o despacho

11. “Embora refutando a simples assimilação à compra e venda, Liebman modernizou o entendimento primitivo do direito brasileiro. De ação de garantia não se cuida, esclareceu ele, subsistindo o enriquecimento indevido do executado, que pagou a dívida com bem alheio; insolvente o devedor, o arrematante poderá ‘repetir dos credores os que receberam, porque, embora tivessem direito ao pagamento, não o tinham a ser pagos pela alienação de bens de terceiros.’” (Araken de Assis, 2002, p. 741). Nesse sentido: Theodoro Jr., Amaral Santos, Frederico Marques, ...

12. Art. 1.268. Feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono.

do juiz, com a manifestação, não se integra a figura da arrematação. Por isso, diz-se condicional a arrematação se o juiz, pelo Estado, considera elemento essencial para a sua manifestação definitiva e o consentimento de alguém (e.g., dono ou representante do dono do prédio).

“Para que haja perfeição e acabamento da arrematação, é preciso que haja auto de arrematação, assinado pelo juiz, pelo escrivão, pelo arrematante e pelo porteiro ou pelo leiloeiro. Mas ou houve prestação de dinheiro à vista, ou a caução idônea (art. 690)” (Pontes de Miranda, 1976, p. 386).

“Sem o auto, a arrematação não se completa, porquanto se trata (na arrematação) de ato processual complexo, que só se perfaz quando praticados todos os atos que o compõem. Sem o auto, a arrematação, além de incompleta, fica sem a devida formalização. No auto, está a documentação procedimental da praça e da alienação. É ele o elemento em que se formaliza a arrematação e que, ao mesmo tempo em que a documenta, a faz completa e acabada” (Frederico Marques *apud* Teixeira F^o, 2005, p. 541).

“O auto de arrematação tem duplo valor, de forma e de ultimação do negócio jurídico da arrematação. Esses dois aspectos são os de que tratam os arts. 693 e 694. (...) A falta de forma é causa de nulidade não-cominada; aplicável, portanto, o art. 244. (...) Em todo o caso, cada auto assinado faz perfeita e acabada a praça, exceto, porém, no que concerne ao exercício da pretensão do lançador do art. 691, se, não concluída a arrematação e adiada (art. 688), protesta por esse exercício, ao fim da arrematação” (Pontes de Miranda, 1976, p. 383).

Lavrado o auto e assinado por todos esses sujeitos, “a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável” (CPC, art. 694, *caput*)¹³. Na redação atual da lei, deverá ser lavrado de imediato (CPC, art. 693, *caput*), ficando pendente a expedição de mandado de entrega de bem móvel ou da carta de arrematação de bem imóvel ao depósito do valor da arrematação ou da prestação de garantias idôneas (CPC, art. 693, §1º).

Enquanto não for lavrado o auto de arrematação, ainda não está concluída a arrematação, daí não ser possível dizer que a falta ou nulidade do *auto de arrematação* implica na nulidade da arrematação. Sem auto de arrematação existente e válido não é possível a extração de carta de arrematação válida, pois aquele é elemento de validade desta. Assim, enquanto não houver auto de arrematação, há ainda arrematação *in fieri*, de modo que licitante superveniente há de ser admitido, bem como outro credor do devedor pode exercer os seus direitos de preferência (cf. Pontes de Miranda, 1976, p. 384).

“As faltas, a forma irregular, omissões ou defeitos do auto, que não sejam os das assinaturas, não dizem respeito à existência, e sim à validade do auto de arrematação. A nulidade não-cominada é aplicável, pois o art. 244. Decretada, porém, a nulidade do auto de arrematação, cai a arrematação mesma, ainda que em si não tenha sido nula” (Pontes de Miranda, 1976, p. 385).

13. Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado.

Outrossim, se somente após a lavratura do auto a arrematação se torna irrevogável, entende Amílcar de Castro que enquanto não lavrado o auto ao arrematante assiste o direito de se arrepender. Assim, temos que, nos termos do art. 427, do CC, “o lançamento representa proposta, respondendo o arrematante, que a retira antes de se formar o negócio, embora aceita pelo porteiro ou pelo leiloeiro, recusando-se a assinar o auto, por perdas e danos, em decorrência de sua responsabilidade pré-contratual” (Araken de Assis, 2002, p. 780).

O aperfeiçoamento do auto de arrematação não encerra o procedimento de expropriação do bem arrematado, pois o auto não tem “efeito imediato de transferir ao arrematante a propriedade do bem” (Barbosa Moreira, 2008, p. 263); é preciso que haja ainda a tradição ou registro, conforme se trate de bem móvel ou imóvel.

2.3 Carta de arrematação e transferência da propriedade imóvel

Socorrendo-nos mais uma vez à definição de Dinamarco, a *carta de arrematação* é “título destinado a ser levado ao registro imobiliário, para efetivar a transferência do domínio do imóvel arrematado” (2004, p. 579), nos termos do art. 167, I, 26, da Lei n. 6015/1973, a Lei de Registros Públicos – LRP.

Tal como na compra e venda, ao acordarem comprador e vendedor no objeto e no preço, o domínio não se transfere só pela arrematação; como já indicado acima, é preciso a tradição, quanto aos bens móveis, e a transcrição da carta de arrematação quanto aos imóveis (CC, art. 1245 e 1267; LRP, art. 172).¹⁴ “A carta de arrematação transfere o domínio, porque não é mais do que o *título* do negócio, o *titulus factae auctoris*” (Pontes de Miranda, 1976, p. 386).

“Tanto quanto o contrato de compra-e-venda, a expropriação judiciária é título para a transferência do domínio do bem penhorado ao arrematante ou a quem por outro modo o houver adquirido, mas a transferência só se efetiva pelos modos indicados no Código Civil, a saber: dos imóveis, pelo registro da carta de arrematação, de adjudicação etc., expedida pelo juízo (CC, art. 1.245), e dos móveis, pela

14. “Nosso direito anterior, desprendendo-se do passado histórico, atribuiu força translativa ao contrato, admitindo que os imóveis se transmitissem solo consensu, e, desta sorte, perfilhava doutrina análoga à do Código Francês (art. 712), bem como dos que a este se prenderam pela mesma técnica (italiano, espanhol). Considerava-se, então, que a propriedade se transmitia exclusivamente pelo contrato, sem a necessidade de outra qualquer exigência.

“(…)”
“Em crítica ao sistema então vigente, na qual envolve também o direito francês, Virgílio de Sá Pereira objeta que o direito brasileiro consagrava verdadeira contradição essencial, pois que se o contrato bastava para transferir o domínio, mas o registro era necessário a que prevalecesse erga omnes, na verdade não se verifica a transferência do domínio por força do contrato, uma vez que é da essência da propriedade a sua validade em relação a todos (erga omnes). Se a transmissão da propriedade ao adquirente operava apenas inter partes, isto é, com força limitada aos contratantes apenas, o título na verdade não produzia efetivamente a consequência de transferir o domínio senão a partir do momento em que se completava o seu registro, pois que não existia não podia existir um domínio que tivesse validade apenas entre as partes” (Caio Mário, 1997, p. 90-91).

tradição (CC, art. 1.267). Obviamente, só são transferidos bens e direitos pertencentes ao executado, pois o patrimônio alheio não responde. Um ato de alienação judicial de bens alheios é ineficaz perante o titular destes, o qual nada deve, não responde por dívidas alheias e não foi parte no processo executivo. Esse sujeito poderá opor-se à alienação mediante os embargos de terceiro (arts. 1.046 ss.) ou, se não os opuser tempestivamente, poderá também, a qualquer tempo, ‘reivindicar a sua coisa ao arrematante’ (Liebman). Assim como a venda a non domino é ineficaz perante o dono, também a expropriação de bens de terceiro é ineficaz perante este” (Dinamarco, 2004, p. 581-582).

“Título de domínio do arrematante é o ato de arrematação, mas este, por si só, não transfere o domínio: tratando-se de móveis, haverá necessidade de tradição da coisa arrematada do poder do depositário (detenção material) para o arrematante; e tratando-se de imóveis, será necessária a transcrição no registro geral. A tradição e a transcrição são modos de adquirir, não títulos. O direito brasileiro, conservando-se fiel à tradição romana, adotou o sistema que foi assim consagrado pelo Código austríaco (...). De tal sorte, tratando-se de arrematação de coisas móveis, bastará ordem escrita do juiz ao depositário para entregá-las ao arrematante, mas, em se tratando de bens imóveis, além dessa ordem, haverá necessidade de documento, para ser levado ao oficial do registro de imóveis. E esse documento judicial é a carta de arrematação” (Amílcar de Castro *apud* Teixeira F^o, 2005, p. 545-546).

“Não é a aceitação do lance, nem a assinatura da carta de arrematação que transfere o domínio das coisas.

“Se móveis, a translação do domínio se dá com a tradição das coisas eis que as mesmas não mudam de dono só com os contratos, antes da tradição (Código Civil, 620).

“Se imóveis, o domínio não se adquire com o recebimento do lance, nem com a carta assinada, senão com a transcrição desta no registro público (art. 530, I, do Código Civil [de 1916]; Decreto-lei n. 14.857, de 9 de novembro de 1939, art. 18, letra ‘b’, n. VII)” (Tostes Malta, 1995, p. 760).

“Nem a carta nem o mandado transferem o domínio: servem com título de aquisição. A carta somada à inscrição possibilita a transferência (arts. 1.227 e 1.245, CC). A ordem veiculada no mandado autoriza a posse da coisa pelo adquirente com justo título. A partir dela se dá a tradição (art. 1.226, CC)” (Marinoni & Mitidiero, 2008, p. 677)

A transferência de bens imóveis só se efetiva com o registro e “quem não registra não é dono” (CC, art. 1.245, *caput* e §1º); “se considera dono quem figura no registro como titular do direito, assim deve ser tratado enquanto se não cancelar ou anular” (Caio Mário, 1997, p. 93); portanto, a “sua expropriação só se consuma quando vier a ser registrado esse título de transferência, que é a carta de arrematação” (Dinamarco, 2004, p. 579).

“Pelo nosso direito, o contrato não opera a transferência do domínio. Gera tão-somente um direito de crédito (...). Somente o registro cria o *direito real*. É o registro do instrumento no cartório da sede do imóvel que opera a aquisição da propriedade (Cód. Civil [de 1916], arts. 530 e 531)” (Caio Mário, 1997,

p. 92-93).¹⁵

Não se expede carta de arrematação referente a bens móveis em geral, pois ordinariamente a sua transferência não depende de registro algum (CPC, art. 693, §único);¹⁶ ademais, na redação anterior à reforma de 2006, essa afirmação já era confirmada pelo art. 703, do CPC, que “ao enunciar os elementos que devem estar presentes nas cartas de arrematação, faz seguidas referências aos imóveis, sua descrição, prova de quitação de impostos – sem nada dizer que aproveite aos bens móveis” (Dinamarco, 2004, p. 579).

Há, porém, casos em que o registro de bem móvel é exigência legal, tal como no caso dos automóveis, de modo que nessas hipóteses também será necessária a expedição de carta de arrematação. Quando aos demais, basta a expedição de mandado ao depositário de entrega dos bens ao arrematante (art. 693, §único), “transferindo pois o domínio pela tradição” (Dinamarco, 2004, p. 579; no mesmo sentido: Tostes Malta, 1995, p. 765).

Assim, somente com a transcrição dos títulos de transferência – “*pressuposto necessário e suficiente à transferência da propriedade*” – é que há aquisição da propriedade imobiliária,¹⁷ e não com a carta de arrematação ou a carta de adjudicação.¹⁸ As arrematações e adjudicações têm de ser

15. É importante não olvidar que nas situações de transmissão causa mortis, segundo a regra do direito de saisina por nós adotada (CC, art. 1784), a transferência da propriedade, inclusive a imóvel, opera-se de imediato, e assim tem sido desde o Alvará de 09.11.1754. O STJ tem entendido que, também quando a transmissão propriedade é determinada através de sentença judicial de partilha, é desnecessário o registro: AgRg no REsp nº 474.082, rel. Min. Castro Filho, j. 23.08.2007; REsp nº 935.289, rel. Min. José Delgado, j. 14.08.2007; REsp nº 472.375, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.03.2003; REsp nº 34.053, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 12.06.2001 – ainda não há jurisprudência firmada abordando a questão sob o ângulo da Lei nº 11441/2007.

16. Contra: Teixeira Fº.: “mesmo no caso de expropriação de bens móveis a lei determina a expedição de carta de arrematação (CPC, art. 707)” (2005, p. 546). A referência, porém, é ao texto antes da reforma de 2006 (Lei 11382). Para Pontes de Miranda, a carta de arrematação é a sentença da ação incidente de arrematação, e, portanto, deve ser expedida em todas as situações: “Tratando-se de móveis, [a carta de arrematação] prova a pretensão a reclamar a coisa, à imissão de posse; não o domínio. Esse resulta da tradição, que pode ser à assinatura do auto, ou mediante ordem judicial de entrega, dirigida ao depositário” (1976, p. 409).

17. “A carta de arrematação é o documento judicial hábil para a transcrição do registro de imóveis (Código Civil, art. 532, III; Decreto n. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 178, b), VII, 239, VII, e 237, d) ou para qualquer outro registro. Os arts. 214, 222 e 244 do Decreto n. 4.857 supõem que se mencione o número do registro anterior (cp. art. 686, I)” (Pontes de Miranda, 1976, p. 409).

18. Há julgado do STJ negando validade à segunda arrematação, ainda que registrada, em favor da primeira, não ficando claro, porém, se a primeira arrematação havia sido registrada ou não (provavelmente não): STJ, REsp n. 12439, rel. Min. COSTA LEITE, j. 08.02.1994.

transcritas (Pontes de Miranda, 1976, p. 389 e 412).¹⁹

“A transferência do bem na execução forçada é um ato imperativo do Estado-juiz, realizado independentemente da vontade do dono, que é o executado, ou mesmo contra ele [invito domino]. Essa é a sanção representada pela execução forçada e esse ato imperativo constitui autêntica expropriação, uma vez que tem o efeito de cancelar o direito que o executado tinha sobre o bem, inclusive o de propriedade; e subtrair um bem ao patrimônio do titular é, em tudo e por tudo, expropriá-lo” (Dinamarco, 2004, p. 552).

A *carta de arrematação* é tirada dos autos, consistindo em traslado do auto de arrematação *mais* os elementos históricos (art. 703, I-IV), a descrição do imóvel, constante do título, ou, em caso de falta, da avaliação (art. 703, I), os elementos fiscais (art. 703, II), o auto de arrematação (art. 703, III) e o título executivo (art. 703, IV), “que a lei entende serem necessários à comodidade do adquirente e à segurança da circulação dos bens. Tem os mesmos efeitos, se o bem é imóvel, que a escritura de compra-e-venda ainda não-transcrita no registro de imóveis” (Pontes de Miranda, 1976, p. 408). “O efeito da fé pública é que o terceiro adquirente só se tem de guiar pelo registro. Não importam informações extra-registro. Tal efeito é a favor do adquirente; e não contra ele, nem a favor de outrem” (Pontes de Miranda, 1976, p. 414).

O título formal habilita, assim, o arrematante à aquisição do domínio mediante a transcrição ou registro (art. 167, I, n. 26, da Lei 6015/73).²⁰

2.4 Desfazimento da arrematação

Havendo nulidade²¹ o desfazimento da arrematação pode

19. “Na hipótese de o oficial de Registro de Imóveis recusar-se a proceder ao registro da arrematação, pode o interessado requerer a suscitação de dúvida, que será dirimida pelo Juiz Corregedor (LRP, arts. 198 a 204) ou pedir ao juiz da execução que ordene o registro. Se este determinar o registro da arrematação, cumpre ao oficial acatar a ordem, que não poderá ser revista pelo Juiz Corregedor, ainda que fira algum dos princípios que regem o Registro de Imóveis.

“Assim: ‘Não deve o Juiz Corregedor, em atividade administrativa, recusar cumprimento de mandado expedido por Juiz no exercício de sua jurisdição, sob pena de invadir-lhe a competência’ (RSTJ 150/229). Neste caso, o juiz corregedor havia recusado cumprimento de mandado do juiz de direito, sob o fundamento de que o registro de arrematação, por este determinado, feriria o princípio da continuidade do registro imobiliário” (Negrão, 2007, nota 4c ao art. 703). No mesmo sentido, afirmando não caber ao cartório ou juiz corregedor impedir o registro, pois está agindo em capacidade administrativa, não sendo legítimo questionar decisão judicial, ainda que de outro ramo: por todos, CC14750, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 10.04.1996.

20. Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: (...) 26) da arrematação e da adjudicação em hasta pública; (...).

21. “O parágrafo [1º] do art. 694 do Código de Processo Civil indica as hipóteses em que as alienações judiciais são suscetíveis de ‘desfazer-se’, apesar de, a partir da assinatura do auto, elas se reputarem em princípio perfeitas, acabadas e irrevogáveis (art. 694, *caput*). O desfazimento dessas alienações é, em termos mais técnicos, a desconstituição de seus

ser pleiteado “através de embargos do executado, no caso do art. 746 [do CPC], de embargos de terceiro (art. 1.048 [do CPC]) ou, eventualmente, de ação anulatória autônoma (art. 486 [do CPC]), sem prejuízo da decretação pelo juízo da execução, quando possível” (Barbosa Moreira, 2008, p. 264). Nesse sentido é que Teixeira Fº. afirma não haver necessidade, a princípio, de processo especial, podendo ser formulado o pedido por simples petição, dirigida ao juízo da execução, nos autos em que esta se processa (2005, p. 544), ou ser mesmo decretada de ofício.²²

Expedida, porém, a carta de arrematação, com o seu registro no Registro de Imóveis, essa solução não mais se aplica, cabendo ao interessado interpor os eventuais recursos

efeitos por ato judicial, sendo natural que somente o juiz possa desconstituí-los. São quatro as hipóteses de desconstituição arroladas no parágrafo do art. 694 do Código de Processo Civil, a saber: (I) a nulidade do ato, (II) a inadimplência do adquirente ou seu fiador, ou a omissão em prestar caução, (III) a existência de ônus real omitido no edital e (IV) a ausência de intimação de certos sujeitos que a lei exige sejam intimados. “Nulidade do ato (art. 694, par. inc. I). Pode tratar-se de vício meramente formal do próprio ato de alienação (...); ou de um vício substancial, consistente, por exemplo, em alienação em primeira praça por valor abaixo da avaliação do imóvel. Considera-se ainda algum vício antecedente, como a omissão, no edital de praça, do dia, lugar ou hora em que esta se realizaria, ou, ainda mais grave que todos os outros, a falta de citação do executado. Esses vícios podem ser prejudiciais tanto ao exequente como ao executado, pois a ambos interessa que a alienação seja feita regularmente, com melhores probabilidades de produzir um valor pecuniário mais elevado; por isso, cabe a qualquer deles a legitimidade para alegar a nulidade da alienação e postular seu desfazimento.

(...). “Inadimplência do adquirente ou seu fiador, ou omissão em prestar caução (art. 694, par. inc. II). Trata-se de situações que ocorrem depois da hasta pública ou de qualquer ato de alienação, não se caracterizando pois como causas de nulidade desta, mas de ulterior supressão de seus efeitos. As inadimplências do adquirente e seu fiador são tratadas no art. 695, *caput* e §§1º e 2º, do Código de Processo Civil e só podem ter lugar, naturalmente, quando o recolhimento do valor não houver sido feito à vista (v. art. 690). Fica porém a critério exclusivo do exequente a opção entre (a) pleitear a desconstituição dos efeitos da alienação realizada, para que outra venha a fazer-se (outra praça, outro leilão etc.), e (b) permitir que o ato permaneça eficaz, cobrando ao arrematante remisso ou ao seu fiador o valor da oferta (art. 695, §§1º e 2º)” (Dinamarco, 2004, p. 584-585).

22. Art. 694. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irrevogável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado. §1º A arrematação poderá, no entanto, ser tornada sem efeito: I - por vício de nulidade; II - se não for pago o preço ou se não for prestada a caução; III - quando o arrematante provar, nos 5 (cinco) dias seguintes, a existência de ônus real ou de gravame (art. 686, inciso V) não mencionado no edital; IV - a requerimento do arrematante, na hipótese de embargos à arrematação (art. 746, §§ 1º e 2º); V - quando realizada por preço vil (art. 692 [preço vil]); VI - nos casos previstos neste Código (art. 698) [Art. 698. Não se efetuará a adjudicação ou alienação de bem do executado sem que a execução seja identificada, por qualquer modo idôneo e com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, o senhorio direto, o credor com garantia real ou com penhora anteriormente averbada, que não seja de qualquer modo parte na execução.]

cabíveis, ou, havendo trânsito em julgado, ajuizar ação própria para o desfazimento do ato impugnado, pois “a carta de arrematação transcrita no registro de imóvel confere presunção juris tantum de propriedade em nome daquele a quem se transcreve o imóvel arrematado” (STJ, REsp n. 577363, rel. Min. Denise Arruda, j. 07.03.2006; STJ, REsp n. 855863, rel. Min. Castro Meira, j. 26.09.2006).

Assim, no âmbito do processo do trabalho, entende Teixeira Fº. (2005, p. 544-545) que o auto de arrematação, por declaratória perfeita, acabada e irrevogável (CPC, art. 694) implicaria em decisão, impugnável por agravo de petição (CLT, art. 897, a), com o que concordamos, pois no auto de arrematação haverá a aceitação do juízo à proposta feita pelo arrematante.

A expedição da carta de arrematação pelo escrivão, para Araken de Assis (2002, p. 799), por outro lado, é “ato de mero expediente e documentação do negócio, motivo por que descabem contra isto recursos”. Assim, para o autor, o interessado deverá “atacar a arrematação pelos caminhos admissíveis (p.ex., através de embargos, ex vi do art. 746). Dentre eles não se situa, naturalmente, a ação rescisória (art. 485), cujo óbvio pressuposto reside na existência de sentença de mérito” (Araken de Assis, 2002, p. 799).

Como já afirmamos acima, a nulidade pode ser decretada de ofício nos próprios autos; mas se já houve expedição da carta de arrematação e transferida a propriedade (com registro no caso de imóvel), deve ser decretada em ação própria. – STJ, CC n. 43705, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 25.08.2004; REsp n. 12439, rel. Min. Costa Leite, j. 08.02.1994; REsp nº 855863, rel. Min. Castro Meira, j. 26.09.2006; REsp nº 577363, rel. Min. Denise Arruda, j. 07.03.2008.

Seria a autônoma ação a rescisória do art. 485, ou a anulatória do art. 486, do CPC?²³

A posição majoritária, tanto de doutrina²⁴ como de jurisprudência,²⁵ é de que a ação cabível é a anulatória. Tal posição encontra-se consagrada na Súmula n. 399, I, do TST: “É incabível ação rescisória para impugnar decisão homologatória

23. Art. 486. Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.

24. Por todos: Araken de Assis, 2002, p. 783.

25. “Quando já houver sido expedida a carta de arrematação e transferida a propriedade do bem com o registro no Cartório de Imóveis, não é possível desconstituir a alienação nos próprios autos da execução, devendo ser realizada por meio de ação própria, anulatória, nos termos do art. 486 do CPC (STJ, 2ª T, REsp 855863, rel. Min. Castro Meira, j. 26.09.06)” (Negrão, 2007, nota 11d ao art. 694). “Quando já houver sido expedida a carta de arrematação, bem como quando já transferida a propriedade do bem, não pode a desconstituição da alienação ser feita nos próprios autos de execução, devendo ser realizada por meio de ação própria, anulatória, nos termos do art. 486 do CPC (STJ, 1ª T, REsp 577363, rel. Min. Denise Arruda, j. 07.03.2006)” (Negrão, nota 2b ao art. 486). RTJ 113/1085, 114/246, STF-RT 590/258, maioria, RSTJ 72/69, 82/203, 83/239, 149/361, RT 472/128, 508/130, RSTJESP 92/33, 112/38, 114/45, JTA 39,119, 91/181, 98/300, RBDP 58/174, Amagis 10/351, RJTAMG 30/245 (Negrão, nota 3 ao art. 486); STJ, REsp nº 810.355, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.04.2008.

de adjudicação ou arrematação”.

“Em ação própria, ressalva feita a eventual preclusão (p. ex., dos embargos à arrematação, cujo prazo é de dez dias), se observarão os prazos prescricionais da lei material. E, no âmbito do processo executivo, o legitimado poderá postular o desfazimento até o trânsito em julgado da sentença extintiva da execução (art. 794), exceto quando a lei contemplar prazo específico, a exemplo do art. 690, §2º, do art. 695, §2º, e do art. 694, parágrafo único, III” (Araken de Assis, 2002, p. 787).

Divergem, entendendo ser cabível a rescisória, Teixeira Fº. (2005, p. 544), Pontes de Miranda (1976, *passim*), Bezerra Leite (2008, p. 1031). Há também jurisprudência minoritária nesse sentido.²⁶

Havendo, porém, apresentação de embargos à arrematação, é pacífico que será necessária ação rescisória para anular a decisão neles proferida.²⁷

Não obstante, é uníssono que, havendo registro da carta de sentença, impõe-se que a nulidade da arrematação presuppõe o ajuizamento de ação autônoma; referindo-se a expropriação executada pela Justiça do Trabalho, seria esta a Justiça competente para apreciar a causa, pois é competente para apreciar as ações com vistas à rescisão de seus julgados (STJ, CC n. 43705, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 25.08.2004), trate-se de ação rescisória, propriamente dita, ou de ação anulatória.

Ressalve-se que a expropriação de bem que não pertencia à época ao executado²⁸ – verificado quanto aos imóveis através do registro –, a carta de arrematação não tem o condão de constituir título aquisitivo da propriedade, podendo o proprietário, “a qualquer tempo – ainda que não haja oferecido embargos de terceiro, ou que os haja oferecido sem êxito – reivindicar o bem, por meio de ação autônoma” (Barbosa Moreira, 2008, p. 265), ressalvado o direito de regresso do adquirente contra o devedor, por força da garantia da evicção (CC, art. 447, segunda parte).²⁹

26. RT 505/141, JTA 47/125 (Negrão, nota 3 ao art. 486).

27. RSTJ 66/267; STJ, 3ª T, REsp 150115-DF, rel. Min. Menezes Direito, j. 03.12.1998 (Negrão, nota 3 ao art. 486).

28. Em julgado recente do TRT02 confirmou que o compromisso de compra e venda quitado não levado a registro não transmite a propriedade, decidindo, então, ser válida a penhora realizada em processo onde é executado o promitente vendedor (AgPet em EmbTerceiro, Ac. 20100021446, rel. Marcelo Freire Gonçalves, j. 21.01.2010). Nesse sentido vem sendo a jurisprudência recente do STJ: REsp n. 1113390, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 02.03.2010; REsp n. 667242, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 23.08.2007; REsp n. 848070, rel. Min. Luiz Fux, j. 03.03.2009; REsp n. 403958, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 02.11.2009. Porém, o mesmo STJ editou a Súmula nº 84, firmando que “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro”

29. No CC de 1916, o art. 1107 previa que a garantia da evicção somente se aplicava aos contratos onerosos. A nova redação ampliou a garantia, que agora se aplica, por força de expressa disposição legal,

3. Conclusões

Trata-se de situação sem solução clara dada pela legislação, pois “falta ao direito pátrio regulamento específico para alienações coativas, regrado claramente seus efeitos inter partes e perante terceiros. Daí o socorro aos princípios da teoria geral, ao ensejo de catalogar os efeitos da arrematação” (Araken de Assis, 2002, p. 735-736).

Assim, concluímos pela validade do primeiro registro, ainda que haja arrematação anterior do mesmo bem.

Em primeiro lugar, não pode haver a anulação de registro senão através de decisão prolatada em ação própria para tanto.

Nesse contexto, se não havia registro da carta de arrematação referente ao primeiro leilão, no segundo leilão a arrematação do bem do executado é regular,³⁰ pois não houve transferência da propriedade. Ademais, o pagamento do valor em sua integralidade é pressuposto para que seja expedida a carta de arrematação, título hábil a proceder à transferência da propriedade. Nesse sentido:

“Havendo duas praças do mesmo bem, em processos distintos de execução, prevalece a carta de arrematação registrada em primeiro lugar” (Lex-JTA 141/57 *apud* Negrão, 2007, nota 5 ao art. 694).

“Duas praças do mesmo bem em processos distintos de execução. Prevalência da carta de adjudicação registrada em primeiro lugar. Princípio da prioridade. Esta solução preserva os princípios da publicidade e da continuidade dos registros (1ºTACivSP, Ap 743.956, rel. Ademir Benedito, j. 24.03.1993). No mesmo sentido: JB 112/223” (Nery Jr. et al, 2006, p. 889).

“Duas praças do mesmo bem em processos distintos de execução. Prevalência da carta de adjudicação registrada em primeiro lugar. Princípio da prioridade. Recurso provido, para julgar a ação anulatória improcedente (1ºTACivSP, Ap 472797-5, rel. Ademir Benedito, j. 24.03.1993, BolAASP 1798/236)” (Nery Jr. et al, 2006, p. 889).

Se já houver sido registrada a carta de arrematação referente ao primeiro leilão, a solução é diferente, acarretando necessariamente na nulidade do segundo: JTA 100/171, citando RT 460/153, 509/213, 573/174 (*apud* Negrão, 2007, nota 6 ao art. 694), ainda que a alienação a non domino não seja propriamente nula, mas sim ineficaz em relação ao proprietário:

“Direito Civil. Venda a non domino. Validade da escritura entre as partes. Art. 145, CC. Ineficácia em relação ao verus dominus. Recurso provido. I - A compra e venda de imóvel a

quando a “aquisição se tenha realizado em hasta pública”.

30. Contra, entendendo pela nulidade do segundo leilão: “É nula a segunda arrematação, feita em execução diversa daquela em que ocorreu a primeira; neste caso, enquanto o segundo processo de execução estiver em curso, poderá ser desfeita, porque a primeira arrematação prevalece sobre a posterior (STJ, 3ª T, REsp 12439-0-MG, rel. Min. Costa Leite, j. 08.02.1994; RTFR 159/37)” (Negrão, 2007, nota 11 ao art. 694). “No direito italiano, inexistindo reunião das execuções, a primeira alienação é válida e eficaz, segundo Giovanni Verde” (Araken de Assis, 2002, p. 785, nota 770).

non domino não é nula ou inexistente, sendo apenas ineficaz em relação ao proprietário, que não tem qualidade para mandar a anulação da escritura não transcrita. II - Os atos jurídicos são nulos nos casos elencados no art. 145, CC”.

STJ, 4ª T., REsp nº 39110, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.03.1994

Note-se que o TST já considerou nula a arrematação de imóvel do qual o executado não era proprietário, mas simples compromissário comprador; afirmou que o edital deveria referir-se à “venda do direito e ação do executado sobre o terreno, ainda de propriedade da empresa promitente vendedora” (Revista do TST, nº 3-4, de 1951, p. 128 *apud* Campos Batalha, 1985, p. 894). Reconheceu-se assim, que somente com o registro há direito de propriedade.

Pensar de forma contrária leva a situações de grave insegurança jurídica, pois não é difícil visualizar situações em que a penhora sobre o bem imóvel possa ser feita por juízos de tribunais diferentes, sobre imóvel situado ainda num terceiro estado, dificultando a comunicação entre os órgãos judiciais envolvidos.

A penhora judicial é passível de registro no Registro de Imóveis.³¹ Se no caso concreto aquele que primeiro efetivar a penhora tivesse procedido ao registro, dificilmente ocorrerá a duplicidade de arrematação do mesmo bem imóvel.

Ademais, a boa-fé do adquirente, que é presumida, deve ser preservada.

Ao arrematante, que ainda não pagou o total do valor, cabe levantar o montante depositado nos autos; “porém, no caso de o dinheiro ter sido levantado pelo credor, o arrematante ‘poderá demandar o devedor, que teve sua dívida paga, e o próprio credor que se beneficiou do ato de alienação da coisa’ (Ernane Fidélis dos Santos). Insolvente o credor, poderá demandar o Estado” (Araken de Assis, 2002, p. 788). Cabe-lhe, ainda ação para cobrar eventuais perdas e danos em face do executado, se provada sua culpa ou dolo,³² ou até mesmo em face do Estado.³³

31. Lei 6015, de 31 de Dezembro de 1973 (LRP): Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos. I - o registro: (...) 5) das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis; (...) Art. 239 - As penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis serão registrados depois de pagas as custas do registro pela parte interessada, em cumprimento de mandado ou à vista de certidão do escrivão, de que constem, além dos requisitos exigidos para o registro, os nomes do juiz, do depositário, das partes e a natureza do processo. Parágrafo único - A certidão será lavrada pelo escrivão do feito, com a declaração do fim especial a que se destina, após a entrega, em cartório, do mandado devidamente cumprido. Art. 240 - O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior.

32. “CPC 694, §1º. I: Se o imóvel arrematado estava registrado em nome de outro que não o devedor, hipótese em que o arrematante tem ação de indenização contra o credor, se este tiver sido culpado, por omissão, pelo fato” (JTJ 182/224, maioria, *apud* Negrão, 2007, nota 10 ao art. 694).

33. “Ao sub-rogar a vontade do executado, as instâncias do exequente, ou veicular a ação deste na esfera jurídica do obrigado, conforme o ângulo da análise, e, a um só tempo, decidir o domínio a favor de terceiro, o Estado assume o risco de entregar com uma mão o que, em seguida, retirará com a

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken. Manual do processo de execução. 8ª ed., São Paulo: RT, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de direito processual trabalhista. 6ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

CAMPOS BATALHA, Wilson Souza. Tratado de direito judiciário do trabalho. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1985.

CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

GIGLIO, Wagner; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. Direito processual trabalhista. 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Manual de direito processual do trabalho, t. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil. São Paulo: RT, 2008.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVEIA, José Roberto Ferreira. Código de processo civil e legislação processual cível em vigor. 39ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de processo civil comentado. 9ª ed., São Paulo: RT, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, v. IV. 12ª ed., São Paulo: Rio de Janeiro, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil, t. X. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

TEIXEIRA Fº., Manuel Antônio. Execução trabalhista. 9ª ed., São Paulo: LTr, 2005.

TOSTES MALTA, Christovão Piragibe. Prática do processo trabalhista. 26ª ed., São Paulo: LTr, 1995.

outra. Daí resulta o dever estatal de indenizar o evicto. “Ademais, a inserção do Estado no negócio de arrematação autoriza imputar-lhe responsabilidade pelo dano porventura causado a terceiro. Deste modo, o Estado responderá solidariamente com as partes da relação processual pela evicção do arrematante. Tem razão Wilard de Castro Villar, censurando na tese de Liebman o ‘ênfoque da arrematação no campo privado’. “Por isso, o art. 447, segunda parte, do CC de 2002 – que repetiu, no art. 457, a regra respeitante à litigiosidade da coisa –, põe termo a quaisquer dúvidas, rezando: ‘Subsiste esta [da evicção] garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública” (Araken de Assis, 2002, p. 742).

LEGISLAÇÃO

Emenda Constitucional n.º 71, de 29 de novembro de 2012 (DOU 30.11.2012) – Acrescenta o artigo 216-A à Constituição Federal para instituir o Sistema Nacional de Cultura.

Emenda Constitucional n.º 72, de 02 de abril de 2013 (DOU 3.4.2013) – Altera a redação do parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.

Instrução Normativa SIT n.º 102, de 28 de março de 2013 (DOU 2.04.2013) – Dispõe sobre a fiscalização do trabalho infantil e proteção ao adolescente trabalhador.

Lei n.º 12.740, de 08 de dezembro de 2012 (DOU 10.12.2012) – Altera o artigo 193 da CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943, a fim de redefinir os critérios para caracterização das atividades ou operações perigosas e revoga a Lei 7.369, de 20 de setembro de 1985.

Lei n.º 12.790, de 14 de março de 2013 (DOU 01.04.2013) – Dispõe sobre a regulamentação do exercício da profissão do comerciante.

Lei n.º 12.812, de 16 de maio de 2013 (DOU 17.05.2013) – Acrescenta o artigo 391-A à CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a estabilidade provisória da gestante, prevista na alínea b do inciso II do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Lei n.º 12.815, de 05 de junho de 2013 (DOU 05.06.2013) – Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis n.º 5.025, de 10 de junho de 1966, n.º 10.233, de 05 de junho de 2011, n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, n.º 9.719, de 27 de novembro de 1998 e n.º 8.213, de 24 de junho de 1991; revoga as Leis n.º 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 e n.º 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis n.º 11.314, de 03 de julho de 2006 e n.º 11.518, de 05 de setembro de 2007.

Lei Complementar n.º 142, de 08 de maio de 2013 (DOU 09.05.2013) – Regulamenta o §1º do artigo 201 da Constituição Federal no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social – GPS.

NOVAS SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

428. Sobreaviso. Aplicação analógica do art. 244, § 2º da CLT. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 49 da SBDI-1 – Res. 174/2011 – DeJT 27/05/2011 – Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

429. Tempo à disposição do empregador. Art. 4º da CLT. Período de deslocamento entre a portaria e o local de trabalho. (Res. 174/2011 – DeJT 27/05/2011)

Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

430. Administração pública indireta. Contratação. Ausência de concurso público. Nulidade. Ulterior privatização. Convalidação. Insubistência do vício. (Res. 177/2012 – DeJT 13/02/2012)

Convalidam-se os efeitos do contrato de trabalho que, considerado nulo por ausência de concurso público, quando celebrado originalmente com ente da Administração Pública Indireta, continua a existir após a sua privatização.

431. Salário-hora. Empregado sujeito ao regime geral de trabalho (art. 58, caput, da CLT). 40 horas semanais. Cálculo. Aplicação do divisor 200. (Res. 177/2012 – DeJT 13/02/2012 – Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

Para os empregados a que alude o art. 58, *caput*, da CLT, quando sujeitos a 40 horas semanais de trabalho, aplica-se o divisor 200 (duzentos) para o cálculo do valor do salário-hora.

432. Contribuição sindical rural. Ação de cobrança. Penalidade por atraso no recolhimento. Inaplicabilidade do art. 600 da CLT. Incidência do art. 2º da Lei nº 8.022/1990. (Res. 177/2012 – DeJT 13/02/2012)

O recolhimento a destempo da contribuição sindical rural não acarreta a aplicação da multa progressiva prevista no art. 600 da CLT, em decorrência da sua revogação tácita pela Lei nº 8.022, de 12 de abril de 1990.

433. Embargos. Admissibilidade. Processo em fase de execução. Acórdão de Turma publicado na vigência de Lei nº 11.496, de 26.06.2007. Divergência de interpretação de dispositivo constitucional. (Res. 177/2012 – DeJT 13/02/2012)

A admissibilidade do recurso de embargos contra acórdão de Turma em recurso de revista em fase de execução, publicado na vigência da Lei nº 11.496, de 26.06.2007, condiciona-se à demonstração de divergência jurisprudencial entre Turmas ou destas e a Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho em relação à interpretação de dispositivo constitucional.

434. Recurso. Interposição antes da publicação do acórdão impugnado. Extemporaneidade. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 357 da SBDI-1 e inserção do item II à redação) (Res. 177/2012 – DeJT 13/02/2012)

I – É extemporâneo recurso interposto antes de publicado o acórdão impugnado. (ex-OJ nº 357 da SBDI-1 – inserida em 14.03.2008)

II – A interrupção do prazo recursal em razão da interposição de embargos de declaração pela parte adversa não acarreta qualquer prejuízo àquele que apresentou seu recurso tempestivamente.

435. Art. 557 do CPC. Aplicação subsidiária ao processo do trabalho. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 73 da SBDI-2 com nova redação pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

Aplica-se subsidiariamente ao processo do trabalho o art. 557 do Código de Processo Civil.

436. Representação processual. Procurador da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas. Juntada de instrumento de mandato. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 52 da SBDI-I e inserção do item II à redação pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

I – A União, Estados, Municípios e Distrito Federal, suas autarquias e fundações públicas, quando representadas em juízo, ativa e passivamente, por seus procuradores, estão dispensadas da juntada de instrumento de mandato e de comprovação do ato de nomeação.

II – Para os efeitos do item anterior, é essencial que o signatário ao menos declare-se exercente do cargo de procurador, não bastando a indicação do número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

437. Intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Aplicação do art. 71 da CLT. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

I – Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal

de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do 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 CF/1988), infenso à negociação coletiva.

III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV – Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT.

438. Intervalo para recuperação térmica do empregado. Ambiente artificialmente frio. Horas extras. Art. 253 da CLT. Aplicação analógica. (Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

O empregado submetido a trabalho contínuo em ambiente artificialmente frio, nos termos do parágrafo único do art. 253 da CLT, ainda que não labore em câmara frigorífica, tem direito ao intervalo intrajornada previsto no *caput* do art. 253 da CLT.

439. Danos morais. Juros de mora e atualização monetária. Termo inicial. (Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT.

440. Auxílio-doença acidentário. Aposentadoria por invalidez. Suspensão do contrato de trabalho. Reconhecimento do direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica. (Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez.

441. Aviso prévio. Proporcionalidade. (Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.

442. Procedimento sumaríssimo. Recurso de revista fundamentado em contrariedade a Orientação Jurisprudencial.

Inadmissibilidade. ART. 896, § 6º, da CLT, acrescentado pela Lei nº 9.957, DE 12.01.2000. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 352 da SBDI-1 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, a admissibilidade de recurso de revista está limitada à demonstração de violação direta a dispositivo da Constituição Federal ou contrariedade a Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, não se admitindo o recurso por contrariedade a Orientação Jurisprudencial deste Tribunal (Livro II, Título II, Capítulo III, do RITST), ante a ausência de previsão no art. 896, § 6º, da CLT.

443. Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração. (Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

444. Jornada de trabalho. Norma coletiva. Lei. Escala de 12 por 36. Validade. (Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012 – Republicada no DeJT 26/11/2012)

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

445. Inadimplemento de verbas trabalhistas. Frutos. Posse de má-fé. Art. 1.216 do Código Civil. Inaplicabilidade ao Direito do Trabalho. (Resolução nº 189/2013, DeJT 13.03.2013)

A indenização por frutos percebidos pela posse de má-fé, prevista no art. 1.216 do Código Civil, por tratar-se de regra afeta a direitos reais, mostra-se incompatível com o Direito do Trabalho, não sendo devida no caso de inadimplemento de verbas trabalhistas.

ÚLTIMAS ALTERAÇÕES DE SÚMULAS DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

6. Equiparação salarial. Art. 461 da CLT. (RA 28/1969, DO-GB 21.08.1969. Redação alterada – Res 104/2000, DJ 18.12.2000. Nova redação em decorrência da incorporação das Súmulas nºs 22, 68, 111, 120, 135 e 274 e das Orientações Jurisprudenciais nºs 193, 252, 298 e 328 da SDI-1 -Res. 129/2005, DJ 20.04.2005) (Nova redação pela Resolução 172/2010 – DeJT 19/11/2010 – Redação do item VI alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

I – Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e funda-

cional aprovado por ato administrativo da autoridade competente. (ex-Súmula nº 06 – alterada pela Res. 104/2000, DJ 20.12.2000).

II – Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego. (ex -Súmula nº 135 – RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982)

III – A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercerem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação. (ex-OJ da SBDI-1 nº 328 – DJ 09.12.2003)

IV – É desnecessário que, ao tempo da reclamação sobre equiparação salarial, reclamante e paradigma estejam a serviço do estabelecimento, desde que o pedido se relacione com situação pretérita. (ex-Súmula nº 22 -RA 57/1970, DO-GB 27.11.1970)

V – A cessão de empregados não exclui a equiparação salarial, embora exercida a função em órgão governamental estranho à cedente, se esta responde pelos salários do paradigma e do reclamante. (ex-Súmula nº 111 – RA 102/1980, DJ 25.09.1980)

VI – Presentes os pressupostos do art. 461 da CLT, é irrelevante a circunstância de que o desnível salarial tenha origem em decisão judicial que beneficiou o paradigma, exceto se decorrente de vantagem pessoal, de tese jurídica superada pela jurisprudência de Corte Superior ou, na hipótese de equiparação salarial em cadeia, suscitada em defesa, se o empregador produzir prova do alegado fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito à equiparação salarial em relação ao paradigma remoto.

VII – Desde que atendidos os requisitos do art. 461 da CLT, é possível a equiparação salarial de trabalho intelectual, que pode ser avaliado por sua perfeição técnica, cuja aferição terá critérios objetivos. (ex-OJ da SBDI-1 nº 298 – DJ 11.08.2003)

VIII – É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. (ex-Súmula nº 68 – RA 9/1977, DJ 11.02.1977)

IX – Na ação de equiparação salarial, a prescrição é parcial e só alcança as diferenças salariais vencidas no período de 5 (cinco) anos que precedeu o ajuizamento. (ex-Súmula nº 274 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

X – O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. (ex-OJ da SBDI-1 nº 252 – inserida em 13.03.2002)

10. Professor. Dispensa sem justa causa. Término do ano

letivo ou no curso de férias escolares. Aviso prévio. (RA 28/1969, DO-GB 21.08.1969 – Redação alterada em sessão do

Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

O direito aos salários do período de férias escolares assegurado aos professores (art. 322, *caput* e § 3º, da CLT) não exclui o direito ao aviso prévio, na hipótese de dispensa sem justa causa ao término do ano letivo ou no curso das férias escolares.

124. Bancário. Salário-hora. Divisor. (RA 82/1981, DJ 06.10.1981 – Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

I – O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será:

a) 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no *caput* do art. 224 da CLT;
b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.

II – Nas demais hipóteses, aplicar-se-á o divisor:

a) 180, para os empregados submetidos à jornada de seis horas prevista no *caput* do art. 224 da CLT;
b) 220, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT.

136. Juiz. Identidade física (RA 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982 – Cancelada pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

Não se aplica às Varas do Trabalho o princípio da identidade física do juiz. Ex-prejulgado nº 7.

228. Adicional de insalubridade. Base de cálculo. (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) – Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 – Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. Súmula cuja eficácia está suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal. (Res. 14/1985, DJ 19.09.1985. Nova redação – Res. 121/2003, DJ 19.11.2003. Redação alterada – Res. 148/2008, DJe do TST 04/07/2008 – DJe do TST de 04.07.2008 – Republicada no DJ de 08.07.2008 em razão de erro material. Suspensa liminarmente pelo STF – Recl. 6266 – Acrescentado o adendo “Súmula cuja eficácia está suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal” pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo.

244. Gestante. Estabilidade provisória. (Res. 15/1985, DJ 09.12.1985. Redação alterada – Res 121/2003, DJ 19.11.2003. Nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SDI-1 – Res. 129/2005,

DJ. 20.04.2005 – Redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II. A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III. A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

277. Convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Eficácia. Ultratividade.(Res. 10/1988, DJ 01.03.1988) (Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 16.11.2009 – Res. 161/2009 – Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

343. Bancário. Hora de salário. Divisor (Revisão da Súmula nº 267 – Res. 48/1995, DJ 30.08.1995 – Cancelada pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

O bancário sujeito à jornada de 8 (oito) horas (art. 224, § 2º, da CLT), após a CF/1988, tem salário-hora calculado com base no divisor 220 (duzentos e vinte), não mais 240 (duzentos e quarenta).

369. Dirigente sindical. Estabilidade provisória. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 34, 35, 86, 145 e 266 da SDI-1 – Res. 129/2005, DJ 20.04.2005. Nova redação dada ao item II – Res. 174/2011 – DeJT 27/05/2011 – Redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

I – É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho.

II – O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.

III – O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente

JURISPRUDÊNCIA

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Os presentes autos tratam de reclamação trabalhista proposta por **ELIANE MARIA SOUZA SILVA**, em face de **MUNICÍPIO DE FERRAZ DE VASCONCELOS**, partes qualificadas na inicial.

A reclamante afirma que manteve relação de emprego com o reclamado no período de 03.05.2010 a 28.04.2011, no cargo de auxiliar de creche, com salário mensal mais recente de R\$872,46 (oitocentos e setenta e dois reais e quarenta e seis centavos). Assevera, ainda, que: foi contratada por tempo determinado, mas, por ocasião do termo final do ajuste, não recebeu as verbas decorrentes do encerramento do pacto. Pleiteia os direitos decorrentes dos fatos narrados. Atribui, à causa, o valor de R\$3.641,99 (três mil seiscentos e quarenta e um reais e noventa e nove centavos) e instrui a petição inicial com documentos.

Regularmente notificadas, as partes compareceram à audiência. Na oportunidade, rejeitada a proposta inicial de conciliação, o reclamado apresentou defesa, acompanhada de documentos, na qual argumenta, em síntese, que há incompetência material da Justiça do Trabalho para a apreciação deste litígio, e, no mérito, que o pagamento almejado nos autos não ocorreu apenas porque a trabalhadora não compareceu para receber a quantia. Pugna o contestante, a final, pela improcedência da pretensão formulada pela reclamante.

Sem a produção de provas orais, a instrução processual foi encerrada. Em seguida, as partes apresentaram razões finais remissivas. Rejeitada a última proposta de conciliação.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1) Questão processual:

a) Da justiça gratuita:

A reclamante pretende a concessão do benefício da justiça gratuita. O artigo 790, §3º da CLT estabelece que:

“É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.”

Tratando-se de caso em que a reclamante firma a declaração de que cuida a norma transcrita, defiro o benefício em questão.

2) Questão preliminar:

a) Da incompetência material:

O Município argúi a incompetência material da Justiça do Trabalho, para apreciação deste litígio. Narra o seguinte, para embasar sua pretensão:

“Como é cediço de todos, o E. Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação n.º 6087-0, diante do estabelecido pela mesma Corte na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3395/DF, decidiu que a Justiça Comum do Estado é competente para examinar matéria da natureza do contrato celebrado entre as partes, por se tratar de relação submetida ao regime jurídico estatutário ou jurídico administrativo.” (fls. 41)

sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.

IV – Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade.

V – O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

378. Estabilidade provisória. Acidente de trabalho. Art. 118 da Lei nº 8.213/91. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 105 e 230 da SDI-1 – Res. 129/2005, DJ 20.04.2005 – Inserido o item III pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

I – É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 – inserida em 01.10.1997)

II – São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte – ex-OJ nº 230 da SBDI-1 – inserida em 20.06.2001)

III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego, decorrente de acidente de trabalho, prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

385. Feriado local. Ausência de expediente forense. Prazo recursal. Prorrogação. Comprovação. Necessidade. Ato administrativo do juízo “a quo”. (Conversão da Orientação Jurisprudencial nº 161 da SDI-1 – Res. 129/2005, DJ 20.04.2005 – Redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 pela Resolução nº 185/2012, DeJT 25.09.2012)

I – Incumbe à parte o ônus de provar, quando da interposição do recurso, a existência de feriado local que autorize a prorrogação do prazo recursal.

II – Na hipótese de feriado forense, incumbirá à autoridade que proferir a decisão de admissibilidade certificar o expediente nos autos.

III – Na hipótese do inciso II, admite-se a reconsideração da análise da tempestividade do recurso, mediante prova documental superveniente, em Agravo Regimental, Agravo de Instrumento ou Embargos de Declaração.

Sem respaldo.

Primeiramente, observo que este é apenas mais um engodo do Município para não pagar o que deve. Assim concluo após verificar que, se o reclamado estivesse efetivamente interessado no contrário (pagar o que deve) – em contexto em que as verbas do credor “encontrava-se a sua disposição desde a data da assinatura do TRCT” (palavras do próprio Município, às fls. 52) –, limitar-se-ia, simplesmente, a disponibilizar a quantia até antes da propositura da demanda... E não buscar uma forma de ganhar tempo para deixar de satisfazer obrigações básicas...

Na questão de fundo propriamente dita, considero equivocada o argumento da defesa.

Para começar, a suposta “Reclamação n.º 6087-0” não existe. Basta consulta ao endereço eletrônico “http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado”, na aba “inteiro teor de acórdãos”, para assim concluir. De modo que o argumento do Município, além de algumas decisões do STJ (fls. 45 a 50), apoia-se, exclusivamente, no teor da ADI 3395-6/DF. Que, porém, não tem o alcance almejado pelo interessado.

A decisão em comento efetivamente determinou a suspensão de “toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC/45, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a (...) apreciação (...) de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”. Mas, contrariamente ao que o Município alega, a decisão em questão não abrangeu as relações decorrentes de contratação temporária, caso dos autos. Afinal, nos debates que culminaram com o resultado do julgamento transcrito, o Ministro Carlos Britto, dialogando com o próprio Relator do acórdão, Ministro Cezar Peluso, ressaltou e indagou o seguinte:

“Quanto à questão de fundo, tenho preocupação em precisar o alcance material da liminar agora submetida ao nosso referendo, porque o Ministro Nelson Jobim exclui, dando interpretação conforme ao art. 114, I, da competência da Justiça do Trabalho toda causa instaurada entre o Poder Público e os seus servidores por típica relação estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Esse ‘ou’ é uma conjunção disjuntiva? Significa uma coisa ou outra?”

Ao que o Ministro Relator respondeu:

“Dou elemento histórico para ajudá-lo a compreender. Essa expressão foi tirada do voto do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, intérprete autêntico. A impressão que tive é que, no voto da ADI 492, Vossa Excelência quis dizer relação jurídico-administrativa como sinônimo de relação estatutária. É mero reforço.”

O Ministro Carlos Britto, então, afirmou:

“Porque se for assim, aquelas relações de trabalho instauradas entre o Poder Público e os servidores temporários... (destaque apenas na transcrição)

A conclusão do Relator:

“Fora de dúvida que é da Justiça do Trabalho.” (sem destaque no original)

E o complemento do interlocutor:

“Agora, porque embora ela se instaure por efeito de um contrato administrativo, não tem caráter estatutário, porque, se o tivesse, também não teria traço de contratualidade. Se todo cargo provido estatutariamente é de caráter jurídico-administrativo, nem toda relação de trabalho de caráter jurídico

-administrativa é estatutária. Então, quero deixar bem claro que, de fora à parte as investidas em cargo efetivo ou em cargo em comissão, tudo o mais cai sob a competência da Justiça do Trabalho. Então, precisado o alcance material da decisão, agora posta à nossa apreciação, também referendo a decisão do Ministro Nelson Jobim.” (destaque apenas na sentença)

Em resumo: com o devido respeito que devo emprestar às decisões em contrário, quer-me parecer inexistir dúvida, a partir do julgamento da ADI 3395-6/DF, que o alcance material da decisão que interpretou o artigo 114, I conforme a Constituição não atinge o caso dos autos. Afinal, nas palavras do Relator Cezar Peluso, para caso tal, “fora de dúvida que (a competência) é da Justiça do Trabalho”. Especialmente quando se observa que as normas a que se vinculou o contrato firmado entre as partes não decorrem de qualquer estatuto especial, e, sim, da própria CLT (fls. 55 dos autos). É dizer: o vínculo que se formou não se revestiu de índole jurídico-administrativa (ou estatutária); e, sim, de inequívoco conteúdo contratual, o que o subsume à expressão “relação de trabalho” inserida no inciso I, do artigo 114.

Não há, portanto, necessidade de qualquer ilação. As decisões que afastam a competência da Justiça do Trabalho, em se tratando de vinculação temporária de trabalhador regido pela CLT, vêm desvirtuando o alcance da decisão do STF, como denuncia estudo mais detalhado da questão.

Com base em tais fundamentos, declaro-me competente para apreciar este litígio, e, de tal modo, rejeito a preliminar suscitada pela reclamada. É como concluo.

3) Mérito:

No mérito, a questão é muito simples. O que a reclamante postula é exclusivamente, o pagamento das verbas descritas no TRCT (fls. 07). E o Município confessa que as deve (fls. 52), e que, vale repetir, “suas verbas encontrava-se a sua disposição desde a data da assinatura do TRCT (sic)” (fls. 52), embora seja taxativo quanto ao fato (nunca questionado, friso), que “NÃO houve dispensa imotivada, mais (sic, sic, sic, com destaque apenas nesta sentença) sim Término do Contrato por Prazo Determinado” (fls. 52).

Diante de tal contexto, condeno o reclamado ao pagamento das verbas descritas no TRCT de fls. 34/35. Acresço a tal condenação, considerando o evidente descaso ao prazo previsto no artigo 477, §6º, a, da CLT (dispensa há mais de um ano), a multa prevista no §8º do mesmo dispositivo, em valor equivalente a um salário da trabalhadora.

Rejeito a incidência do comando previsto no artigo 467, da CLT, em razão da limitação (embora “imoral”, mas ratificada por mero critério de segurança jurídica) contida no parágrafo único de tal dispositivo, que o torna inaplicável ao Município.

4) Dos honorários advocatícios:

O regramento alusivo ao cabimento dos honorários advocatícios no processo do trabalho vem sendo objeto de constantes discussões, na esfera doutrinária e jurisprudencial, em que pese a posição já sedimentada pelo TST acerca da matéria, consubstanciada na Súmula de Jurisprudência n.º 219. Dispõe o verbete que:

“I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento

de honorários advocatícios, nunca superiores a 15% (quinze por cento), não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.”

Trata-se de entendimento baseado em interpretação do artigo 14, §1º, da Lei n.º 5.584/70. Porém, releva notar que a Lei n.º 10.288/2001 alterou a CLT, para estabelecer nova redação ao seu artigo 789, §10, vazada nos seguintes termos:

“§ 10. O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a cinco salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda.” (NR)

Não há dúvida de que esse novo dispositivo revogou o artigo 14, §1º da Lei n.º 5.584/70, na medida em que, além de ser com ele incompatível, regulou inteiramente a matéria anterior (LICC, artigo 2º, §1º). Por consequência, a própria redação da Súmula 219 do TST restou prejudicada, eis que fixa, contra legem, as hipóteses de cabimento dos honorários advocatícios (por exemplo, a percepção de até dois salários mínimos, quando a nova lei já falava em cinco).

Ocorre que, em 28.08.2002, foi editada a Lei n.º 10.537/2002, que estabeleceu nova redação ao artigo 789 da CLT, suprimindo os parágrafos 5º a 10 do dispositivo em questão. Houve, portanto, nova revogação do amparo legal para a fixação dos honorários advocatícios no processo do trabalho. E, no novo quadro apresentado, discute-se se é possível a repristinação do artigo 14 da Lei n.º 5.584/70.

Dispõe o artigo 2º, §3º da LICC que, “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogada perdido a vigência.” Não há disposição em contrário na nova lei. Assim, o artigo 14, §1º da Lei n.º 5.584/1970 permanece revogado. E, por consequência, o suporte normativo em que se apóia a Súmula 219 do TST não mais existe, o que a torna inaplicável ao caso em comento.

A despeito da inexistência de lei que regule os honorários advocatícios no processo do trabalho, não há dúvida de que o instituto é compatível com essa ciência. A própria existência de várias leis específicas (ainda que já revogadas) e de uma Súmula dispondo sobre o assunto, permitem tal conclusão. Presentes, portanto, omissão e compatibilidade, permite-se a incidência do artigo 769 da CLT, o que autoriza a incidência do disposto no artigo 20 do CPC, adiante transcrito:

“Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada ao caput pela Lei nº 6.355, de 08.09.1976, DOU 09.09.1976)”

Tal entendimento, além de ser coerente do ponto de vista interpretativo, tem suporte constitucional amplo: primeiro porque o princípio do acesso à justiça determina a tutela integral do direito do cidadão (e não de parte dele, o que se configura quando as despesas do processo, nas quais se inserem os honorários advocatícios, tenham de ser suportadas pelo vencedor da

demanda); e segundo, porque confere efetividade ao princípio da isonomia, já que não estabelece distinção injustificada em relação aos trabalhadores que não estejam assistidos por sindicatos (sendo relevante notar que a liberdade associativa sindical está candente no artigo 8º da CF/1988 e na Convenção n.º 87 da OIT).

No mesmo sentido, o Enunciado 79 da I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, ocorrida no TST, em 23.11.2007, com a presença de juizes e procuradores do trabalho, além de advogados da área:

“HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DEVIDOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO. I – Honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. As partes, em reclamatória trabalhista e nas demais ações da competência da Justiça do Trabalho, na forma da lei, têm direito a demandar em juízo através de procurador de sua livre escolha, forte no princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil) sendo, em tal caso, devidos os honorários de sucumbência, exceto quando a parte sucumbente estiver ao abrigo do benefício da justiça gratuita.”

Colaciono, por oportuno, excerto de voto da lavra do Excelentíssimo Desembargador Davi Furtado Meirelles, em decisão prolatada nos autos do processo n.º 02802-2005-062-02-00-2, e publicada em 15.05.2008:

“Já tarda o momento do Judiciário Trabalhista volver os olhos para esta situação iníqua, reconheça a incompatibilidade dos dispositivos da Lei n. 5584/70 com a realidade legal atual e, à luz da Constituição Federal, do Estatuto da Advocacia, e de uma realidade em que os sindicatos já pouco frequentam o foro laboral na defesa de seus associados – como se verifica do baixíssimo número de casos patrocinados por entidades sindicais na 2ª Região, ao mesmo tempo que cresce exponencialmente o número de advogados independentes e escritórios de advocacia que suprem a demanda de reclamações – e, finalmente, modifique o entendimento, concedendo a justa retribuição à nobre tarefa dos causídicos.”

Por tais fundamentos, defiro a condenação da reclamada ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, fixados em 10% (dez por cento) do valor líquido da condenação, observada, no cálculo, a exclusão dos recolhimentos previdenciário e fiscal, conforme previsão da OJ n.º 348 da SDI-I do TST. Observe, por oportuno:

1) Que a condenação em honorários de sucumbência independe de pedido (a regra fixada no artigo 20, do CPC é de ordem pública, e dirigida ao juiz), não havendo, portanto, julgamento extra-petita, no particular. No mesmo sentido:

“De acordo com o disposto nos arts. 128 e 460 do CPC, o juiz, ao decidir, deve restringir-se aos limites da causa, fixados pelo autor na petição inicial, sob pena de proferir julgamento fora dos limites da lide. Entretanto, o pedido não deve ser extraído apenas do capítulo da petição especificamente reservado para os requerimentos, sendo certo que os honorários advocatícios são considerados pedido implícito, tanto pela doutrina abalizada quanto pela jurisprudência expressiva. Tem-se, pois, que a apreciação da temática relativa aos honorários advocatícios, por tratar-se de pedido implícito, não

configura julgamento com sabor extra petita, restando equivocada a impugnação recursal, o que dispensa maiores considerações a respeito.” (Processo TRT-SP 00336-2009-316-02-00-8; Rel. Luiz Carlos Norberto; publicado em 29.06.2010)

2) Que a hipótese é de sucumbência parcial – a reclamante, porém, é beneficiária da justiça gratuita, beneplicito que abrange todas as despesas processuais, inclusive honorários de sucumbência.

5) Dos parâmetros para a liquidação:

a) Da fixação e do recolhimento do IRPF:

Não há. O mínimo tributável não foi alcançado.

b) Da fixação e do recolhimento do INSS:

O valor do INSS a ser deduzido da trabalhadora é aquele descrito no TRCT de fls. 34 (R\$65,14 sobre o saldo de salário; e R\$23,27 sobre a gratificação natalina proporcional). Deverão ser observados, no mais, os seguintes critérios:

- 1) correção pela taxa referencial SELIC (Lei n.º 8.212/91, artigo 34), sem nova incidência de juros;
- 2) atualização a partir do dia 10 do mês subsequente ao efetivo pagamento (Lei n.º 8.212/91, artigo 30, inciso I, b, com redação dada pela Lei n.º 11.488/2007); e
- 3) o acréscimo da cota a cargo do empregador.

c) Dos juros e correção monetária:

Neste tema, deve incidir a regra especial, aplicável à Fazenda Pública, consubstanciada no artigo 1º-F, da Lei n.º 9.494/1997:

“Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei 11960, de 2009).”

6) Da compensação:

Não há. Nenhuma das parcelas contidas na condenação foi, total ou parcialmente, paga.

7) Da expedição de ofícios:

O caso dos autos denuncia que o Município não se dignou a pagar verbas sabidamente incontroversas. O efeito disto, além do evidente prejuízo causado aos trabalhadores diretamente lesados, atinge o Poder Judiciário, ao ponto de aumentar consideravelmente o número de demandas. Afinal: 1) somente em dois dias, apreciei seis casos idênticos a este, alguns em que sequer a liberação do FGTS ocorreu; e 2) colhi, da própria reclamada, nos autos do processo 0000427-31.2012.5.02.0281, a notícia de que há cerca de 100 trabalhadores em situação idêntica.

Não há dúvidas, nesse contexto, de que o Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho, devem ser comunicados, para que empreendam as investigações e instaurações dos procedimentos administrativos e judiciais pertinentes. Oficie-se, encaminhando cópia desta decisão.

III – DISPOSITIVO

Em razão do exposto, **JULGO PROCEDENTE PARTE** dos pedidos formulados na reclamação trabalhista em epígrafe, re-

solvendo o mérito (CPC, artigo 269, I), para o fim de condenar a reclamada **MUNICÍPIO DE FERRAZ DE VASCONCELOS** a pagar a **ELIANE MARIA SOUZA SILVA**, em valores já liquidados: Verbas descritas no TRCT de fls. 34/35 (R\$2.731,77); Multa do artigo 477, §8º, da CLT (R\$872,46); e Honorários advocatícios (R\$360,42).

O valor relativo às verbas rescisórias (inclusive multa prevista no artigo 477, §8º, da CLT) compõe o que a doutrina conveniou chamar tutela de evidência, não suportando sequer o risco de inversão do julgamento. Diante de tal fato, bem como do disposto no artigo 273, §6º, do CPC, e, especialmente, da afirmação do Município de que o pagamento das verbas devidas à reclamante “encontra-se à disposição desde a assinatura do TRCT” (fls. 52), ou seja, há mais de um ano (fls. 58), determino à reclamada o pagamento das verbas em questão, em 48h da publicação desta sentença, sem a necessidade de trânsito em julgado. Estabeleço, ainda, que, no silêncio, deverá ser promovido o sequestro do numerário correspondente, nos termos do artigo 17, §2º, da Lei n.º 10.259/2001, aqui aplicável subsidiariamente (CLT, artigo 769), com a imediata liberação à trabalhadora.

Parâmetros para a liquidação, inclusive juros, correção monetária e incidências de imposto de renda e contribuição previdenciária, fixados na fundamentação.

Defiro à reclamante, conforme fundamentação, o benefício da gratuidade de justiça.

Arbitro o valor de R\$4.150,00 (quatro mil cento e cinquenta reais) à condenação.

Custas, pela reclamada, no importe de R\$83,00 (oitenta e três reais), calculadas sobre o valor provisório da condenação, das quais fica isenta, considerando o disposto no artigo 790-A, I, da CLT).

Não há reexame necessário, em face do disposto no artigo 475, §2º, do CPC.

Intimem-se as partes.

Ferraz de Vasconcelos, 06 de junho de 2012, quarta-feira.

LEONARDO ALIAGA BETTI

Juiz do Trabalho

SENTENÇA

VITO MOTTA, reclamante e ajuíza a presente reclamatória em face de PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE DIADEMA, dizendo-se admitido em 01.06.2006 e dispensado em 31.05.2007, exercendo a função de ajudante; refere que laborava em ambiente insalubre, pelo que reclama o reconhecimento do vínculo empregatício e o pagamento dos títulos correspondentes. Atribui à reclamação o valor de R\$ 8.996,66.

Inconciliados.

Em defesa, a reclamada nega os pedidos formulados e requer a improcedência da reclamação.

Oitiva do reclamante e da reclamada.

Infrutífera a conciliatória final.

É o relatório.

DECIDE-SE

O autor foi validamente contratado por prazo determinado. O documento de fls. 44 deixa inequívoca a manifestação



de vontade do autor frente a tal modalidade de contratação. O programa denominado “Frente de Trabalho”, instituído pelo Município foi voltado a proporcionar ocupação, qualificação profissional e renda para trabalhadores maiores de 18 anos, desempregados há mais de seis meses, sem rendimentos próprios e residentes no Município há pelo menos dois anos. Daí se nota a finalidade do órgão em proporcionar inclusão social, mais do que propriamente tomar os serviços.

Nenhum desvirtuamento foi verificado, a uma pela qualidade dos serviços prestados, tidos por não especializados, a duas pela documentação juntada, a três porque o autor não produziu qualquer prova a desmerecer os documentos. Como corolário, rejeita-se o pleito de reconhecimento do vínculo empregatício e títulos consequentes.

Insalubridade

De início, cabe destacar que a exposição do trabalhador ao agente insalubre, bem como o direito à percepção do adicional de insalubridade, não guarda relação com a existência ou não do vínculo empregatício. Necessário tecer aqui uma abordagem mais aprofundada sobre o tema, que vem sendo objeto de apelo pela reclamada.

Como fundamento basilar, cabe o destaque ao artigo 1º da Carta Magna, que preceitua o respeito aos valores sociais do trabalho e à dignidade da pessoa humana.

Igualmente, o artigo 6º da CF, estipula que são direitos sociais, entre outros, o trabalho e a saúde.

Ainda, consta da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei 4657/42:

Artigo 5º: Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Entender que apenas o trabalhador contratado mediante vínculo empregatício faz jus ao adicional de insalubridade, mais que isso, à toda disciplina que regula a matéria, passando pelos equipamentos de proteção individual, implica em lançar todos os demais trabalhadores em um limbo jurídico, à margem da proteção da lei, sobretudo em um tema tão relevante quanto a integridade física do indivíduo. Isso sem contar na odiosa discriminação resultante do trabalho lado a lado de operários com vínculo empregatício e outros mediante contratação qualquer, ainda que tal contratação seja regular, mas apenas aos primeiros são ofertados EPIs e compensação pelo labor insalubre.

Não somente na reclamação trabalhista em exame, mas também em outras tantas em trâmite na Comarca em face da reclamada e com o mesmo objeto, o resultado da perícia é invariavelmente positivo e constata-se a ausência ou insuficiência de qualquer equipamento de proteção. Isso não pode ser considerado como lícito em um Estado de direito.

No tema, vide recente julgado veiculado no site oficial do Egrégio TRT da 2ª Região:

TIPO: RECURSO ORDINÁRIO

DATA DE JULGAMENTO: 09/06/2009

RELATOR(A): WILMA NOGUEIRA DE ARAUJO VAZ DA SILVA

REVISOR(A): SERGIO WINNIK

ACÓRDÃO Nº: 20090467749

PROCESSO Nº: 02485-2005-053-02-00-3ANO: 2007TURMA: 4ª

DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/06/2009

PARTES:

RECORRENTE(S):

Maria Verônica Félix dos Santos
lamspe-instituto e Assistência Médica

EMENTA:

1. RECURSO ORDINÁRIO. SERVIÇO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. EFEITOS: O pagamento da contraprestação pactuada, embora não reconhecido o vínculo empregatício, nos termos da Súmula 363, do TST, deve observar as normas cogentes relativas aos adicionais de insalubridade e à redução da hora noturna, sob pena de afronta aos princípios da moralidade e da igualdade, consagrados constitucionalmente. 2. JORNADA 12 X 36. NORMA COLETIVA. NECESSIDADE: Restou comprovada a sobrejornada de quatro horas diárias nos dias em que a reclamante laborou no período noturno, tendo em vista que embora a reclamada alegue jornada 12 x 36 em tais períodos, não trouxe aos autos a norma coletiva que tenha autorizado tal flexibilização, cujo requisito é necessário para constatação de sua regularidade. Observe-se que nas quatro horas extras diárias, ora reconhecidas, já estão incluídas aquelas decorrentes da hora noturna reduzida e excluídas as horas de intervalo, cuja regularidade restou demonstrada pela prova testemunhal produzida. Recurso ordinário da reclamante ao qual se dá provimento parcial. 3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: A reclamada deveria se pautar pelos princípios da moralidade administrativa e observar as regras inerentes à contratação de servidores públicos, até porque nem mesmo ao Estado se admite valer da própria torpeza, de modo que, embora não se reconheça o vínculo empregatício, deve arcar com os valores correspondentes ao trabalho prestado, como se vínculo existisse, em obediência ao princípio da igualdade. Recurso da reclamada ao qual se nega provimento.

Conclui o Sr. Perito que o autor laborou em condições insalubres, porque suas atividades envolviam contato com agentes biológicos (fls. 116). Informa que para regular proteção do trabalhador os equipamentos adequados são macacão impermeável, bota de borracha, luvas de PVC de cano longo e máscara contra gases, ao passo que o reclamante recebeu apenas bota de borracha e luvas de PVC, que são insuficientes e não eliminam/neutralizam os agentes insalubres existentes (item 8 de fls. 115). Ainda, informa que a exposição ao risco se dá por contato manual, por respingos na roupa e por via respiratória, sendo a exposição constante durante a jornada (item 3 de fls. 115). Não houve impugnação ao trabalho.

Devido, assim, o pagamento de adicional de insalubridade em grau máximo, à razão de 40% sobre o salário mínimo, conforme artigo 192, da CLT, e Orientação Jurisprudencial 02, do Colendo TST. Não cabem reflexos, porque os títulos decorrentes do vínculo empregatício não foram reconhecidos.

A propósito da base de cálculo para pagamento do adicional, cito o seguinte verbete de jurisprudência:

Súmula Vinculante 4 – “Salvo os casos previstos na Cons-

tituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.”

O alcance de tal comando vem sido largamente debatido pela jurisprudência, surgindo a conclusão de que salário mínimo não pode ser usado como INDEXADOR, apenas, não havendo qualquer óbice se utilizado como BASE DE CÁLCULO. Caso contrário, também não poderia ser utilizado o salário mínimo para cálculo das horas extras, de quem ganha salário mínimo. Confira-se, no tema, recente decisão oriunda da 7ª Turma do Colendo TST, conforme abaixo reproduzido:

“A Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, mas vedou a substituição desse parâmetro por meio de decisão judicial. Até que novo critério seja adotado, por lei ou por negociação ou sentença coletiva, ele continuará a ser aplicado quando a categoria não tiver piso salarial. Este fundamento foi adotado pela Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho em duas decisões recentes sobre a matéria.

O entendimento da Sétima Turma é o de que o STF, ao analisar a questão constitucional sobre a base de cálculo do adicional de insalubridade e editar a Súmula Vinculante nº 4, adotou técnica decisória conhecida no direito constitucional alemão como “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade”: a norma, embora declarada inconstitucional, continua a reger as relações obrigacionais, em face da impossibilidade de o Poder Judiciário se sobrepor ao Legislativo para definir critério diverso para a regulação da matéria.

A Súmula Vinculante nº 4 estabelece que, “salvo os casos previstos na Constituição Federal, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial. Para o relator, se não fosse a ressalva final, poder-se-ia cogitar a substituição do critério do artigo 192 da CLT, relativo ao adicional de insalubridade, pelo previsto no artigo 193, parágrafo 1º, da CLT para o adicional de periculosidade – o salário-base do trabalhador, uma vez que insalubridade e periculosidade são ambas fatores de risco para o trabalhador. “Mas a parte final da súmula não permite criar novo critério .

“A solução adotada pelo STF colocou-se como intermediária entre duas soluções extremas”, explica o ministro Ives Gandra Filho. “Uma propunha o congelamento do valor do salário mínimo e a aplicação dos índices de reajuste salariais, critério ainda mais prejudicial para os trabalhadores; a outra era a utilização da remuneração como base de cálculo.” No processo trabalhista, os processos em que se discute o adicional de insalubridade são, quase sempre, propostos pelos empregados, que buscam uma base de cálculo mais ampla. O relator ressalta que o STF inclusive rejeitou a tese da conversão do salário mínimo em pecúnia e a aplicação posterior dos índices de correção dos salários. “Se o reajuste do salário mínimo for mais elevado que o da inflação do período, os trabalhadores que pleiteassem uma base de cálculo mais ampla seriam pre-

judicados por uma decisão judicial que reduziria a vantagem pedida”, explica.

“Como a parte final da Súmula nº 4 não permite criar novo critério por decisão judicial, até que se edite norma legal ou convencional estabelecendo base de cálculo distinta do salário mínimo para o adicional de periculosidade, continuará a ser aplicado esse critério, salvo a hipótese da Súmula nº 17 do TST, que prevê o piso salarial da categoria, para aquelas que o possuam (já que o piso salarial é o salário mínimo da categoria)”, concluiu o relator. (RR 1118/2004-005-17-00.6 e RR 1814/2004-010-15-00.9)”

Finalmente, de destacar-se, por oportuno, a nova redação conferida à Súmula 228, do Colendo TST, mas cuja eficácia foi suspensa por força da liminar concedida pelo STF, nos autos da reclamação número 6.266-0 MC/DF.

Como corolário, a base de cálculo a ser adotada será o salário mínimo, como acima disciplinado. Sucumbente no objeto da perícia, com a ré os honorários periciais, ora arbitrados em R\$ 1.500,00.

Honorários advocatícios

O reclamante encontra-se patrocinado por advogado particular, e não pelo sindicato de classe. Ausentes os requisitos da Lei 5584/70, que disciplina a matéria em seara trabalhista, incabível a condenação em honorários advocatícios. Os artigos 389 e 404, do Código Civil, encontram-se assim redigidos:

“Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

“As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”.

Como se pode notar, trata-se do mesmo tema, qual seja, compensar a parte pela desembolso com o pagamento de honorários advocatícios. Em seara trabalhista, porém, continua válida a mesma sistemática, como já salientado: cabe a condenação apenas quando preenchidos os requisitos da Lei 5584/70.

Confira-se, ainda, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

É incabível indenização por dano moral e material pela necessidade de contratar advogado – 30/10/2008

A necessidade de contratar advogado para ajuizar ação trabalhista não gera direito de indenização por danos morais e materiais. O entendimento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é que não há qualquer ato ilícito no caso a gerar a responsabilidade do empregador. Uma ex-funcionária do Banco Itaú buscou a Justiça alegando ter sofrido prejuízos por irresponsabilidade do banco, que violou suas obrigações patronais de pagar os salários devidos até o quinto dia do mês subsequente ao trabalho, sofrendo, com isso, constrangimentos. Para ajuizar a reclamação trabalhista, ela contratou advogado para processá-lo e pediu indenização da

instituição por danos materiais e morais devido à contratação. (Resp 1027897)

Justiça Gratuita

Facultada a concessão dos benefícios da justiça gratuita aos que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo, declaração que pode mesmo ser firmada por procurador bastante (CLT, 790, § 3º c/c Lei 1060/50, artigo 4º e Orientação Jurisprudencial 331, do C. TST). Deferida.

Correção monetária

O valor da condenação, parcela a parcela, deverá ser corrigido monetariamente desde o inadimplemento de cada verba até a data do efetivo pagamento do débito. Sendo assim, para efeito da correção monetária, fixa-se o termo “a quo” no dia do vencimento da obrigação pactuada, vez que só incorre em mora o devedor ao não efetuar o pagamento no tempo devido (artigo 397 do Código Civil e Súmula 381 do C. TST). Nesse aspecto, para a correção dos valores deverá ser observada a correção monetária pela TR mensal, pro rata die, em consonância com a Lei 8.660/93. No procedimento da atualização monetária, deverá ser utilizada a tabela única de atualização de débitos trabalhistas a que alude a Resolução no. 8/2005 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

Descontos

Os descontos previdenciários e fiscais, sobre parcelas salariais, serão procedidos e comprovados na forma do Provimento 01/96, da Consolidação dos Provedimentos da Corregedoria da Justiça do Trabalho, e segundo disposto na Súmula 368, do C. TST. Quanto aos primeiros, a reclamada deverá comprovar o recolhimento após o pagamento do crédito do obreiro, ficando autorizado o desconto mês a mês das contribuições próprias do reclamante relativamente a seu crédito, observado o limite máximo do salário de contribuição, nos moldes do artigo 276, § 4º, do Decreto 3048/99. Quanto aos recolhimentos fiscais serão descontados do reclamante porque a obrigação de pagar recai sobre aquele que auferir valores tributáveis, decorrentes de lei, caracterizando-se como fato gerador a própria condenação. Observar-se-á o critério de caixa, com incidência do imposto de uma só vez, sobre o total apurado. Aplicação do artigo 46 da Lei 8541/92, Decreto 3000/99 e artigos 114 a 116 do Código Tributário Nacional.

E, conforme dicção do referido artigo 46, da Lei 8541/92, o imposto de renda incide sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial. Incide, pois, sobre o montante atualizado monetariamente, o que se obtém com a aplicação de correção monetária e juros. Essa, inclusive, a previsão expressa constante do Decreto 3000, de 26.03.99, artigo 43, § 3º: “São tributáveis os rendimentos provenientes do trabalho assalariado, as remunerações por trabalho prestado no exercício de empregos, cargos e funções, e quaisquer proventos ou vantagens percebidos... § 3º Serão também considerados rendimentos tributáveis a atualização monetária, os juros de mora e quaisquer outras indenizações pelo atraso no pagamento das remunerações previstas neste artigo (Lei nº 4.506, de 1964, art. 16, parágrafo único)”.

Juros de mora

Os juros de mora são devidos a partir do ajuizamento do feito (artigo 883 da CLT). Para tanto, os juros referidos incidirão sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente nos termos da Súmula 200 do C. TST, calculados na base de 1% a.m. (um por cento ao mês), de forma simples (não capitalizados), e aplicados pro rata die, nos termos do parágrafo 1o. do artigo 39 da Lei 8.177/91. Na eventualidade de haver adimplementos parciais do crédito exequendo, o valor parcialmente adimplido deve ser abatido, proporcionalmente, tanto do valor já corrigido monetariamente, como do respectivo valor dos juros.

Ante o exposto, julgo **PROCEDENTE EM PARTE** a reclamação e condeno **PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE DIADEMA** a pagar ao reclamante **VITO MOTTA** o quanto for apurado em liquidação a título de adicional de insalubridade. Tudo na forma da fundamentação, que passa a fazer parte integrante do presente dispositivo.

Sucumbente no objeto da perícia, com a ré os honorários periciais, ora arbitrados em R\$ 1.500,00.

Restam deferidos ao autor os benefícios da justiça gratuita. Liquidação por simples cálculos, supridas as lacunas por estimativas médias.

Os juros de mora serão computados desde a distribuição do feito, e a correção monetária terá por época própria o mês do vencimento da obrigação, observada a Súmula 381 do C. TST.

Recolhimentos previdenciários e fiscais, sobre as parcelas salariais, a serem procedidos e comprovados na forma do Provimento 01/96, da Consolidação dos Provedimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e segundo disposto na Súmula 368, do C. TST.

São de natureza indenizatória as verbas contempladas nesta decisão quando referidas no artigo 28, § 9º, da Lei 8212/91.

Custas processuais calculadas sobre R\$ 2.500,00, valor ora arbitrado à condenação, no importe de R\$ 50,00, a cargo da reclamada, cujo recolhimento fica isenta, conforme artigo 790-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Diante do valor arbitrado à condenação, é dispensado o re-exame necessário.

Intimem-se. Nada mais.

IEDA REGINA ALINERI PAULI

Juíza do Trabalho

SENTENÇA

Vistos, etc., os autos da presente reclamação trabalhista movida por **ESPÓLIO DE ALDO VICENTIN**, em face de **ETERNIT S.A.**, através da qual postulou o reclamante os títulos elencados às fls. 42, dando à causa o valor de R\$ 30.000,00. Juntou documentos.

Em audiência compareceram as partes (fls. 141), sendo deferida a juntada de defesa escrita (fls. 143/225).

Dispensado depoimento pessoal do reclamante. Dispensado depoimento pessoal da reclamada.

Ouvidas testemunhas.

Sem mais provas, foi encerrada a instrução processual.

As propostas conciliatórias restaram prejudicadas.

Razões finais remissivas.

É o relatório.

DECIDO:

Comissão de conciliação prévia. Rejeito a preliminar. A exegese do art. 625-D da CLT deve ser no sentido de que o legislador apenas colocou à disposição das partes um modo de conciliação extrajudicial, sem qualquer penalidade para as partes envolvidas.

Não há se falar em pressuposto processual ou condição da ação, visto que a Constituição Federal de 1988 assegura o amplo acesso ao Poder Judiciário, sendo certo que o Constituinte, quando quis afastar ou limitar tal acesso, o fez expressamente.

Nesse sentido, aliás, a Súmula nº 2 do E. TRT da 2ª Região, no sentido de que a faculdade assegurada ao obreiro objetiva à obtenção de um título extrajudicial, não afetando o direito de ação constitucionalmente garantido (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal/88).

Por derradeiro, imprescindível ressaltar que a matéria restou absolutamente superada diante de recente decisão do E. Supremo Tribunal Federal, datada de 13.09.2008 (DOU 23.05.2009), que em sede de medida cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 2139/2000, deu interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 625-D da CLT em comento, afastando a obrigatoriedade de submissão da lide à Comissão de Conciliação Prévia.

Ilegitimidade ativa. O Espólio postula direitos próprios, em nome próprio, sendo a inventariante representante legal deste.

Note-se que não há pedido por dano moral em ricochete, tampouco postulação em nome próprio dos sucessores, mas sim, danos materiais e morais do próprio de cujus, através do Espólio e sua representante.

Vale registrar que com a morte todos os direitos patrimoniais passam a integrar o Espólio, sendo certo que a pretendida indenização por danos morais também se transmite aos sucessores com o óbito.

Nesse sentido a posição dominante do C. TST:

LEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO – DANOS MORAIS E MATERIAIS. 1. Consoante a norma inserta no art. 943 do Código Civil, o direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança. 2. Logo, o espólio tem legitimidade ativa para propor ação de indenização por danos morais e materiais, porquanto trata-se de reparação cuja natureza é patrimonial e decorrente do contrato de trabalho. Isso porque o que se transmite é o direito de ação e não o direito material em si, este de natureza personalíssima do empregado falecido. 3. Assim, a decisão regional que considerou o Espólio Autor parte ilegítima para propor a presente demanda violou o dispositivo legal em comento. Recurso de revista provido. (RR – 151000-43.2009.5.08.0015 , Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 29/02/2012, 7ª Turma, Data de Publicação: 02/03/2012)

Rejeito a preliminar.

Prescrição total. À luz da teoria da actio nata o prazo prescricional começa a fluir da ciência inequívoca dos fatos que autorizam a pretendida reparação civil.

No caso, de cujus teve ciência inequívoca da moléstia e sua gravidade – que culminou em sua morte – somente em

30/04/2008 (fls. 81), logo, somente a partir de tal data iniciou-se a contagem prescricional.

Irrelevante a data da rescisão contratual, porquanto à reparação civil toma-se em conta a data da ciência inequívoca da lesão, posicionando-se nesse sentido a jurisprudência majoritária, inclusive do STJ: Súmula 278.

Destarte, considerada a data da distribuição da ação (26/11/2008), sob qualquer ângulo (prescrição civil ou trabalhista) não há se falar em extinção do feito.

Rejeito a prejudicial.

Danos materiais e morais. À responsabilização civil exige-se a conjugação dos seguintes requisitos: ato ilícito (ação ou omissão culposa lato sensu), dano e nexo causal – quer sob o enfoque do CCB de 1916 como no de 2002.

O dano moral é inegável, já que o de cujus foi acometido de grave doença que desaguou em sua morte. Relembro que aos danos morais não se exige prova de efetivo sofrimento, bastando que os fatos revelem situação que gerariam sofrimento em qualquer homem médio, o que é evidente na hipótese.

O dano material, igualmente é inegável, diante das despesas comprovadas nos autos.

O nexos causal também é irrefutável, frente ao laudo pericial que atesta de forma veemente a relação de causa e efeito entre trabalho e moléstia, in verbis: “... Recente documento do Collegium Ramazzini conclui claramente que ‘todas as formas de asbesto causam asbestose, uma doença fibrótica progressiva dos pulmões. Todas podem causar câncer do pulmão e mesotelioma maligno (caso do de cujus)... O câncer de pulmão e o mesotelioma aparecem após um longo período de latência, normalmente 30 a 40 anos da exposição inicial...” (fls. 350/351).

Mais, o perito deixou claro que no caso do mesotelioma não há relação estanque entre a dose de exposição e a moléstia: “... Há uma relação dose-resposta com o câncer de pulmão, portanto normalmente encontra-se uma história de exposição. Isso não ocorre com o mesotelioma, em que é mais importante o tipo de exposição do que o tempo de exposição...” (fls. 351).

E arremata: “... O óbito do ‘de cujus’ ocorreu devido a um quadro de septicemia pós cirúrgica de mesotelioma pleural por exposição ao amianto – doença de caráter ocupacional. Portanto o ‘de cujus’ foi portador e grave doença respiratória desencadeada por exposição a amianto quando de seu pacto laboral para a ré. Existe nexos de causalidade entre as doenças alegadas e as condições de trabalho do autor...” (fls. 356).

Resta, portanto, aferir a existência de ação/omissão culposa da ré.

E, no caso, a resposta é positiva.

Isto porque, ainda que à época do contrato de trabalho do autor não existisse regulamentação cogente sobre o fornecimento de EPI, certo é que o risco ocupacional já era conhecido, tanto que existiam Decretos e Portaria do MTPS (atual MTE) tratando das partículas em suspensão, tendo o laudo pericial, ainda, apontado claramente que “A primeira referência sobre asbestose no Brasil data de 1956” (fls. 353).

Assim, sendo a atividade preponderante da ré voltada à exploração de amianto deveria ter se valido de máxima diligência a fim de ilidir os riscos ocupacionais, o que não se deu, já que as testemunhas deixaram claro que não havia o fornecimento

de EPI e que havia muita poeira no local.

Nem se diga que a ausência de previsão legal acerca do fornecimento de EPI ilidiria a culpa da ré, já que, como visto, à época já se tinha conhecimento – talvez não com toda a profundidade de hoje – dos riscos da atividade desempenhada, tanto que a própria testemunha defensiva admitiu indiretamente que em outros setores, que não o do reclamante, já se fornecia EPI: “para o setor do reclamante não eram fornecidos EPI”.

Note que a empregadora, assumindo os riscos do empreendimento e auferindo os lucros respectivos deve zelar pela higidez de seus empregados e pelas condições seguras do ambiente do trabalho, o que incorreu na hipótese. Tais deveres já se encontravam assegurados no art. 158, IX, da Constituição Federal de 1967.

Destarte, a responsabilização da ré se impõe.

Porém, devem ser sopesados na fixação do dano moral o grau de culpa da ré no evento danoso, notadamente porque à época não se tinha regramento específico para fornecimento de EPI, tampouco pleno conhecimento dos riscos ocupacionais pertinentes.

Assim, condeno a ré em indenização por danos morais no importe de R\$ 300.000,00, considerando-se no arbitramento: (i) o aspecto lenitivo da indenização para a vítima, (ii) o aspecto pedagógico para o empregador, (iii) o grau de culpa da ré, e (iv) o não enriquecimento sem causa do autor.

Condeno, a ré, ainda em indenização por danos materiais com despesas de funeral e médicas devidamente comprovadas nos autos, consoante se apurar em liquidação com base nos documentos juntados e limitada ao valor do pedido.

Rejeito o pedido por lucros cessantes, eis que não apontado, muito menos demonstrado, prejuízo efetivo.

Honorários periciais pela ré no importe ora arbitrado de R\$ 2.500,00.

Honorários Advocatórios

Indenização: Indevidos, pois o reclamante não preencheu os requisitos exigidos pela Lei 5584/70, os quais ainda vigoram por força dos preceitos consolidados, mormente o art. 791, que traz a figura do jus postulandi, não revogada pelo art. 133 da CF/88, nem mesmo pela Lei n.º 8.906/94, que apenas regulamentou a profissão de advogado, não impedindo que a parte aja em causa própria.

Nesse sentido a posição assente do C. TST, através da Súmula de n.º 329.

Igualmente, indevida a indenização perseguida com fulcro na responsabilidade civil, visto que a contratação de causídico é facultativa nesta especializada, diante do jus postulandi já referido.

Assim, em que pese salutar a participação de profissional habilitado, não há espaço para responsabilização civil do reclamado onde a perda patrimonial decorrente da contratação de causídico decorreu de ato volitivo do próprio demandante.

Justiça Gratuita

Com fulcro nos arts. 790, § 3º, e 790-B, da CLT, defiro à autoria os benefícios da justiça gratuita, isentando-a do pagamento das custas processuais e demais despesas processuais.

Compensação / Dedução

A reclamada não demonstrou ser credora da reclamante de

quaisquer verbas de natureza trabalhista.

Por outro lado, fica autorizada a dedução dos consectários pagos a mesmo título, nos mesmos períodos, devendo ser abatidos do crédito da reclamante.

Correção Monetária

A correção monetária é devida a partir do vencimento da obrigação, nos termos do art. 459, parágrafo único da CLT, c/c com o parágrafo 1o. da Lei 8177/91.

Neste sentido, a Súmula nº 381 do TST.

No que pertine aos danos morais, a correção monetária se dá a partir da prolação da presente.

Recolhimentos Fiscais e previdenciários

As parcelas deferidas possuem caráter indenizatório, logo, não há se falar em recolhimentos previdenciários e fiscais.

Ofícios.

Oficie-se à DRT, MPT, INSS e Procuradoria da Fazenda ante as irregularidades apuradas.

Demais argumentos. Os demais argumentos expendidos pelas partes ficam rechaçados, valendo lembrar que o Juízo não é obrigado a tecer considerações sobre todas as teses e ponderações lançadas, bastando manifestar seu livre convencimento fundamentado.

Relembro às partes, ainda, que não há se falar em pré-questionamento em 1ª Instância.

Por fim, alerta às partes quanto às disposições do art. 538, parágrafo único do CPC.

DISPOSITIVO

POSTO ISTO, julgo a presente reclamação **PROCEDENTE EM PARTE**, para condenar a reclamada **ETERNIT S.A.**, a pagar para o reclamante, **ESPÓLIO DE ALDO VICENTIN**, nos termos da fundamentação, os seguintes títulos:

- indenização por danos morais no importe de R\$ 300.000,00;
- indenização por danos materiais com despesas de funeral e médicas devidamente comprovadas nos autos, consoante se apurar em liquidação com base nos documentos juntados e limitada ao valor do pedido.

Oficie-se à DRT, MPT, INSS e Procuradoria da Fazenda ante as irregularidades apuradas.

Honorários periciais pela ré no importe ora arbitrado de R\$ 2.500,00.

As verbas ilíquidas serão apuradas em regular liquidação de sentença, conforme parâmetros descritos na fundamentação.

Natureza das verbas deferidas, conforme fundamentação.

Recolhimentos fiscais e previdenciários, na forma estabelecida na fundamentação.

Juros de mora na forma da lei, pro rata die, a partir da data do ajuizamento da ação, sobre o capital monetariamente corrigido (art. 39, parágrafo 1º, da Lei 8177/91) no que tange aos danos materiais. No que pertine aos danos materiais, a correção monetária observará a data da prolação da presente, já que até então não havia liquidez para se falar em mora da ré.

Correção monetária na forma da fundamentação supra.

Defiro para o demandante os benefícios da justiça gratuita.

Custas processuais pela reclamada, calculadas sobre o valor de R\$ 400.000,00, ora arbitrado à condenação, no importe de R\$ 2.000,00.

Cientes as partes nos termos da Súmula 197 do C. TST.

Intime-se a União.

Nada mais.

ANDRÉ EDUARDO DORSTER ARAUJO

Juiz do Trabalho Substituto

SENTENÇA

A. Relatório.

Autora: **POP TERCEIRIZAÇÃO DE MERCHANDISIG LTDA.**

Ré: **UNIÃO.**

Valor dado à causa R\$ 50.000,00.

Pretensão: anular os autos de infração impostos pela fiscalização, por descumprimento à ordem de contratação de número mínimo de aprendizes; fixação, mediante perícia, das vagas que necessitam de aprendizagem; e antecipação dos efeitos da tutela, para cessarem as fiscalizações nesse tema.

Defesa: a empresa não logrou demonstrar que os cargos presentes em seu quadro não são compatíveis com a formação de aprendiz; há presunção de legalidade dos atos realizados pela fiscalização, o que torna dispensável a perícia.

Provas realizadas: documentos.

Conciliação rejeitada.

Encerrada a instrução processual, oportunizados os debates.

É o relatório.

Decido.

B. Fundamentos

I – Antecipação dos efeitos da tutela.

Apenas para sistemático registro, aponto que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, formulado com a inicial, foi rejeitado à f.161, ausentes os requisitos de incidência do artigo 273, do CPC.

II – Contratação de aprendizes. Lei 10.097/2000. Base de cálculo da quota.

Cinge-se o litígio na fixação da base de cálculo sobre a qual deve incidir o percentual de que trata o artigo 429, da CLT, com redação da Lei 10.097/2000. Referida regra contém, literalmente, como se recorda:

Art. 429 – Os estabelecimentos de qualquer natureza são obrigados a empregar e matricular nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem número de aprendizes equivalente a cinco por cento, no mínimo, e quinze por cento, no máximo, dos trabalhadores existentes em cada estabelecimento, cujas funções demandem formação profissional.

A autora sofreu atuação da auditoria-fiscal do trabalho, por empregar apenas 7 (sete) aprendizes, embora conte, em seu quadro de empregados, com mais de dois mil trabalhadores.

Aduz a impossibilidade de contagem dos 5% mínimos sobre o total de cargos constante de sua estrutura, pois há diversos

que não comportam formação técnica metódica, por isso reduz a conta para 131 cargos, asseverando já cumprir o mandamento legal.

Traz, ainda, como fundamento de sua insurgência, a falta de comparecimento do auditor ao local de trabalho, para aquilatar o perfil das funções, a ver quais se submeteriam à aprendizagem sistemática. Nessa quadra, ataca a simples aplicação do Código Brasileiro de Ocupações – CBO – recordando que há funções ali que não comportam aprendizagem juvenil, como a dos profissionais do sexo.

Sopesa, ainda, que mantém empregados fora de seu estabelecimento, o que inviabilizaria o cumprimento da Lei, no que toca ao acompanhamento das atividades desenvolvidas pelos aprendizes;

Finalmente, evoca argumento matemático, baseado no texto da Instrução Normativa 95/2012, para evocar seu direito a contratar aprendizes apenas para os cargos em que haja sete trabalhadores, no mínimo.

A União, em contestação, sustenta dispensável o comparecimento do auditor à empresa, relembra que os atos da fiscalização gozam de presunção de legalidade e, quanto ao mérito, busca a aplicação do texto da Lei, sem ressalvas ou mitigações, com vistas à profissionalização na área de atuação do empreendimento, ainda que isso demande trabalho em funções que, em si, não demandam formação técnica.

Colhidos e examinados os argumentos das partes litigantes, não vejo razão com o pedido inicial.

Cumpra, de início, rememorar que a aprendizagem insere-se no contexto do combate ao trabalho infantil e da qualificação do mercado de trabalho. Chaga social injustificável no século XXI, o trabalho de crianças e adolescente ocupa, apenas no Brasil, mais de três milhões e seiscentas mil pessoas, grande parte delas com idade compreendida entre 5 e 13 anos, quando, como se sabe, o trabalho é constitucionalmente proibido.

Movimentos internacionais de que o Brasil faz parte ativamente perseguem a erradicação do trabalho infantil, em suas piores formas, até 2015, e em toda e qualquer forma, até 2020. Seguidas Convenções e Recomendações da OIT tocam o tema, procurando regulamentar e ampliar o espectro de proteção da criança em relação ao trabalho precoce, como se pode exemplificar pelas que fixaram a idade mínima para o trabalho em setores diversificados, como se segue: em 1919, Convenção nº. 5 (indústria); 1920, Convenção nº. 7 (trabalho marítimo); 1921, Convenção nº. 10 (agricultura) e Convenção nº. 15 (paioleiro e foguistas); 1932, Convenção nº. 33 (paioleiros e foguistas) e Recomendação nº. 41 (trabalhos não industriais); 1936, Convenção nº. 58 (trabalho marítimo); 1937, Convenção nº. 59 (revista-indústria), Convenção nº. 60 (trabalhos não industriais) e Recomendação nº. 52 (trabalhos industriais-empresas familiares); 1947, Convenção nº. 83 (trabalhos em territórios não-metropolitanos); 1953, Recomendação nº. 96 (trabalho subterrâneo em minas); 1959, Convenção nº. 112 (pescadores); 1965, Convenção nº. 123 (trabalhos subterrâneos) e Recomendação nº. 124 (trabalhos subterrâneos nas minas); 1973, Convenção nº. 138 (todos os setores) e Recomendação nº. 146 (todos os setores).

Corolário imprescindível de tal caminhada constitui a garantia de formação profissional dos adolescentes, única via de acesso ao trabalho digno na idade adulta.

A proteção da criança e do adolescente assenta-se, como é de todos sabido, no texto da Constituição. Lê-se, com efeito, no artigo 227:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Com enorme e significativo avanço no patamar civilizatório, a opção do constituinte originário adotou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. Sobre ela, manifesta-se o Desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca, reconhecendo autoridade e copartícipe das alterações legislativas no campo do contrato de aprendizagem:

A doutrina em análise concebe as crianças e os adolescentes como cidadãos plenos, sujeitos de direitos e obrigações a quem o Estado, a família e a sociedade devem atender prioritariamente. Criaram-se os Conselhos, Nacionais, Estaduais e Municipais, justamente para implementar a ação paritária entre o Estado e a sociedade na fixação das políticas de atendimento aos pequenos cidadãos.

Abandonou-se, portanto, a visão meramente assistencialista que orientava os Códigos de Menores de 1927 e de 1979. Esta legislação contemplava aspectos inerentes ao atendimento de crianças e adolescentes carentes ou infratores, estabelecendo política de assistência social ou de repressão em entidades correccionais.

Mas o conceito de cidadania que se quer implementar é o de que esses brasileiros, em razão de sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, devem ser atendidos, prioritariamente, em suas necessidades também peculiares de cidadãos.

Referido doutrinador destaca, dentre as alterações e avanços da Lei 10.097/00, que o “direito à profissionalização passou a ser prioritário e, para sua materialização, foi ele inserido no âmbito da política educacional, bem como foram ampliadas as hipóteses legais de aprendizagem”.

As regras legais aplicáveis ao tema, como parece de fácil percepção, merecem interpretação hermenêutica que dê maior efetividade a tal objetivo: garantir, de um lado, a isenção do trabalho precoce e, de outro, o acesso à formação profissional mínima e indispensável do adolescente. Aliás, outro não é o texto do artigo 227, § 3º, III, da Carta, senão o que preconiza a “garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola”

Em semelhante contexto, o legislador reformou as regras incidentes até 2000 – contamos já mais de uma década de tal modificação, quase sempre, ainda, tratada como ‘inovadora’ – estabelecendo alternativas às contratações de aprendizes. Por uma estratégia, o empregador pode contratar alunos do ensino técnico profissionalizante matriculados nos estabelecimentos do “sistema S”. Por outra, conveniar-se com entidades do terceiro setor, sem fins lucrativos, que fornecerão alunos de seus cursos profissionalizantes, para contratação complementar no emprego.

Dos três argumentos em que funda a autora sua pretensão de nulidade das autuações, enfrente primeiro aquele segundo

o qual é impossível a contratação de aprendizes em razão de disponibilizar para terceiros a mão de obra que contrata.

A Lei estabelece que “a formação técnico-profissional a que se refere o *caput* deste artigo caracteriza-se por atividades teóricas e práticas, metodicamente organizadas em tarefas de complexidade progressiva desenvolvidas no ambiente de trabalho”. Grifo: no ambiente de trabalho. Não na sede da empresa ou no estabelecimento do empregador. Se a destinação dos profissionais contratados pela empresa, com os quais os aprendizes interagirão não se encontra na sede do empregador, também para o mesmo destino seguirão os aprendizes, já que lá passa a ser o ambiente de trabalho.

A expressão e a intenção da Lei dizem respeito à efetiva prática do trabalho, não a um ou a outro endereço de realização dos serviços. Visa, o texto, a indicar que não se cuida de estudo teórico, mas de prática de trabalho.

Superado tal argumento, enfrente aquele que identifiquei como ‘matemático’, que evoca o número de sete trabalhadores por estabelecimento, com base na IN 95/12. O que referida regulamentação administrativa assevera é que, na distribuição entre os estabelecimentos, da incidência do percentual da quota, observe-se o mínimo de sete trabalhadores. Em nenhuma linha, nem em entrelinhas, encontra-se a ideia apresentada pela inicial, de que apenas se exige aprendiz para o conjunto mínimo de sete trabalhadores por profissão, excluindo-se da base de cálculo da quota aquelas funções nas quais não haja no mínimo sete empregados.

O ponto nodal, por isso o último a ser enfrentado, diz respeito ao perfil das funções que admitem aprendizagem.

Rememoro: a empresa autora busca confirmação à sua tese de que apenas as profissões que exigem formação técnico-profissional podem contar como base de cálculo para a quota de aprendizagem.

Não tem, de novo, data venia, razão.

Um dos grandes avanços, reconhecido por todos e já gizado linhas atrás, na manifestação do Desembargador Ricardo Tadeu, da Lei 10097/2000 coincidiu com a ampliação das formas de profissionalização do adolescente no direito brasileiro.

Rememoro que o texto original da Consolidação das Leis do Trabalho trazia obrigação apenas (a) às indústrias e (b) de, tão somente, a contratação de estudantes matriculados nos cursos profissionalizantes do sistema “S”:

Art. 429 – Os estabelecimentos industriais de qualquer natureza, inclusive de transportes, comunicações e pesca, são obrigados a empregar, e matricular nos cursos mantidos pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI): a) um número de aprendizes equivalente a 5% (cinco por cento) no mínimo dos operários existentes em cada estabelecimento, e cujos ofícios demandem formação profissional; b) e ainda um número de trabalhadores menores que será fixado pelo Conselho Nacional do SENAI, e que não excederá a 3% (três por cento) do total de empregadores de todas as categorias em serviço em cada estabelecimento.

O novo comando legal supera e suplanta essa visão monocular da inserção do trabalhador adolescente na vida profissional, ampliando-a substancialmente. A ideia central que se pode retirar da modificação legislativa em comando é a de que todos

necessitam de profissionalização, em que pese a inexistência de formação metódica, nos moldes dos cursos do SENAI-SENAI-SENAR, para alguns ofícios.

A nova regra toma em conta a realidade do país e a situação da economia, organizada, depois da crise do petróleo dos anos setenta, sobre as premissas da pluricapacitação, da composição de fábricas móveis e leves e da centralidade dos serviços no crescimento das organizações empresariais.

É certo, pode não haver um curso profissionalizante para ‘copeira’, ou para ‘porteiro’, ou para ‘demonstrador’, profissões que a autora disponibiliza para seus clientes. Mas igualmente certo é que existem essas profissões, englobadas pela expressão atividade comercial. E, ainda, mais certo, que centenas de milhares de trabalhadores passam, senão a vida toda, boa parte de sua história profissional nessas atividades. Aprender a profissão, nesse caso, prescinde de uma formação metódica específica, embora não prescinda de uma formação profissional.

Desta perspectiva, o modelo proposto pela atual redação da C.L.T. apadrinha a possibilidade de o adolescente cuidar de sua formação profissional, aprendendo, por exemplo, informática, datilografia, atendimento ao consumidor, hotelaria, segurança etc, enquanto labora em área comercial, ainda que não especializada.

Recupero, por enxergar significativo, o exemplo dado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Em outubro de 2012, realizou-se naquela Corte o primeiro seminário nacional sobre o tema, em cuja cerimônia de encerramento, o Ministro Presidente, João Oreste Dalazen, em oportunidade histórica, assinou o ataque deu origem ao primeiro convênio de contratação de aprendizes, não vinculados ao sistema “S”, em tribunais superiores.

Mediante referido programa, o Tribunal acolherá adolescentes em formação profissional, para laborar em atividades de apoio à finalidade da instituição. Não se poderia dizer que alguém estará ali para aprender a julgar... nem, de outro lado, que o programa quer que os meninos sejam, o resto da vida, mensageiros, auxiliares de almoxarifado, ajudantes de gabinetes, transportadores de processos pelos corredores do tribunal. Não. O que se pretende, claro, é empregar determinada parcela da população carente, para ampliar seu acesso à formação profissional adequada. Impossível fechar os olhos à realidade e, assim, não imaginar que a maioria dos jovens pobres brasileiros depende do trabalho remunerado, não poucas vezes para responder pelo suporte de toda uma família, como verdadeiros arrimos. O que a mesma cruel realidade impõe é a inserção dos jovens em qualquer trabalho, iniciando-se uma trágica carreira de permanência em empregos precários, par ao resto da vida. Ciclo, aliás, que, não raro abateu já seus pais e avós.

Ora, se precisam trabalhar, melhor e mais civilizado é que façam isso como parte de seu itinerário formativo, reservando horas para o estudo e para a preparação para uma profissão. O que se garante, segundo as novas regras, mesmo que a atividade desenvolvida na empresa não seja, ela mesma, objeto de aprendizado metódico e sistemático.

Relembro, novamente, que a Constituição, ao tratar do assunto, garantiu o “acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola”.

Acesso à escola é expressão, como parece de intuitiva per-

cepção, muito mais ampla do que a formação técnico-profissional nas boas escolas do sistema ‘s’.

Pontuo, rapidamente, já que, a meu juízo, trata-se de uma obviedade, por fim, que a responsabilidade pela proteção integral do adolescente incumbe a toda sociedade, o que, segundo a regra da eficácia horizontal dos direitos humanos, inclui o sistema produtivo, ou o capital. Não se pode entregar, depois do comando amplo e expresso da Constituição, as atividades dessa espécie apenas ao Estado.

A autora empreende na área da prestação de serviços e emprega, como dito na inicial, mais de 2.000 empregados, impondo-se-lhe o dever constitucional e, por lógica, legal, de acolher e preparar os adolescentes para o mercado de trabalho, assegurando sua profissionalização adequada.

Observo, finalmente, que o auditor-fiscal excluiu da base de cálculo as atividades de confiança, direção, gerência, bem como as que exijam formação técnica a priori, cumprindo estrita e corretamente o comando legal impositivo.

No que diz respeito à repetição das autuações, nada há de equivocado na ação fiscalizadora, eis que a finalidade do instrumento, antes de arrecadatória, é compelir o empregador a cumprir o importante mandamento legal infringido. Situação continuada, a renitência da autora implicará, acertadamente, a repetição das autuações, sem que se caracterize o reclamado ‘bis in idem’.

Expostos estes fundamentos, concludo nada existir a ofuscar os autos 023810777 e 024726231.

Honorários de advogado

Em demandas que não envolvam empregado e empregador, diretamente, nas quais, pela vetusta exceção do artigo 791, da Consolidação das Leis do Trabalho, há possibilidade abstrata do exercício direto do jus postulandi, incidem as regras de sucumbência do CPC, mesmo nas lides tramitantes na Justiça do Trabalho.

Aplico-as, pois, para condenar a autora no pagamento de 20% do valor da causa atualizado, a título de honorários sucumbenciais.

III – C. Dispositivo

Do exposto e considerado o mais que dos autos consta, julgo improcedente a pretensão de **POP TERCEIRIZAÇÃO DE MERCHANDISIG LTDA** contra **UNIÃO**, para absolver a ré da instância e condenar a autora em honorários sucumbenciais, tudo na forma da fundamentação que este dispositivo integra sob todos os aspectos de direito, observando-se ainda:

Custas.

Fixadas sobre o valor da causa: R\$ 50.000,00., em R\$ 1.000,00; devidas pela autora. Prazo de recolhimento: 8 dias, pena de execução.

Providências finais.

Noticie-se mediante ofício simultâneo à publicação do julgado, a Fiscalização, na pessoa do Dr. Roberto Wakahara, responsável pelas informações administrativas que sustentaram a defesa (endereço à f. 177).

Junte-se aos autos. Registre-se. Intimem-se, observadas as prerrogativas da Ré. Nada mais.

MARCOS NEVES FAVA

Juiz do Trabalho

SENTENÇA**I – RELATÓRIO**

ITAMAR DE OLIVEIRA, reclamante devidamente qualificado(a) na petição inicial, propôs Reclamação Trabalhista (processo em epígrafe) em face de **AP WINNER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA e WURTH DO BRASIL PEÇAS DE FIXAÇÃO LTDA**, reclamados(as) também qualificados(as) nos autos, aduzindo os fatos constantes da petição inicial de fls. 03/22, com os pedidos nela elencados e documentos de fls. 23/178, tendo atribuído à causa o valor de R\$ 100.000,00.

Regularmente notificados, os(as) reclamados(as) apresentaram defesas escritas na forma de contestações (fls. 189/227 e 338/343, respectivamente) em que aduziram preliminares e prejudiciais de mérito de prescrição e refutaram, no mérito, as alegações do(a) reclamante, impugnando os pedidos. Documentos acompanharam as defesas nas fls. 228/337 e 344/346.

Nas fls. 372 o reclamante juntou diversas notas fiscais, autuadas em um volume apartado, o mesmo ocorrendo com extratos bancários trazidos pelo Bradesco, também autuados em dois volumes apartados.

Réplica de fls. 410/424.

Novos extratos bancários foram juntados pelo Bradesco nas fls. 453/501.

Realizada audiência (fls. 537/539), foram ouvidas duas testemunhas trazidas pelo reclamante, uma delas na qualidade de informante.

Realizada perícia para apuração da alegada periculosidade (laudo pericial de fls. 586/604, realizado por Carta Precatória).

Ouvidas duas testemunhas da primeira reclamada por Carta Precatória (fls. 35/36 da Carta apensada ao volume III dos autos).

Frustradas as tentativas conciliatórias.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO**Providências preliminares**

Determino que a Secretária cumpra o disposto no artigo 63, X, do Provimento GP/CR 13/2006 (Consolidação das Normas da Corregedoria do E. TRT da 2ª Região), retificando autuação quanto ao término do primeiro volume e abertura do segundo volume dos autos, para que não seja desmembrada a contestação da primeira reclamada.

Determino, igualmente, que a Secretária retifique a autuação, de modo a excluir dos autos principais os documentos de fls. 455/501 (extratos bancários, protegidos por sigilo), juntando-os aos volumes apartados de extratos bancários, nos termos da decisão de fls. 185, penúltimo parágrafo.

Por fim, determino que a Secretária junte aos autos a Carta Precatória Inquiritória apensada ao terceiro volume dos autos principais.

Preliminar de ilegitimidade passiva da segunda reclamada

Rejeito, eis que o Direito Processual pátrio adotou a teoria da asserção pela qual as condições da ação devem ser aferidas em abstrato, considerando-se as alegações da petição inicial.

Neste sentido, tendo sido a segunda reclamada apontada como titular da relação jurídica de direito material discutida nos autos, resta patente a sua legitimidade para figurar no polo passivo dos presentes autos.

Vínculo de emprego

Inicialmente é curioso de se notar como as versões do reclamante flutuaram ao longo do trâmite processual.

1. Na petição inicial o reclamante disse que “a empresa constituída pelo reclamante em nome de sua esposa, jamais empregou qualquer pessoa, sendo certo, que a mesma somente tinha como objetivo emitir notas fiscais às reclamadas, relativamente ao labor prestado exclusivamente pelo reclamante” (SIC – fls. 05, último parágrafo, e 06, primeiro parágrafo – grifos não contidos no original).

Já nas fls. 372/373, vendo que tal versão não tinha como ser sustentada, o reclamante admitiu que “existem algumas notas fiscais que foram emitidas para outras empresas diversas das ora reclamadas, entretanto, todas as referidas emissões eram sempre realizadas por determinação do Sr. Sergio Leopoldo (representante da primeira reclamada).

Nas mesmas fls. 373 o reclamante inovou os limites da lide, surgindo com a inusitada tese da equipe de Motocross patrocinada pela empresa Soniclear, argumentando que o reclamante tinha “que lhe fornecer notas fiscais quase que mensalmente para justificar a saída de recursos da empresa (patrocínio).

Esqueceu o reclamante (ou cometeu o crime de falsidade ideológica) que emitiu tais notas fiscais descrevendo os serviços como “serviços de embalagem” (vide documentos do volume apartado) e não como patrocínio de equipe de motocross.

2. Nas fls. 12, o reclamante disse que “em meados do ano de 2006, a primeira reclamada atravessou forte crise financeira, deixando por diversos meses de pagar as comissões do reclamante, nem mesmo garantindo a quantia mínima fixa garantida contratualmente, entretanto, o reclamante continuou laborando sem nada receber” (fls. 12, penúltimo parágrafo – grifos não contidos no original).

Ocorre que o próprio reclamante desmentiu tal fato, pois confessou, nas fls. 182, que “por seis meses, o depoente adoeceu e ficou afastado, entre 2005 e 2006; neste período o depoente nada recebeu a título de pagamento” (grifos não contidos no original). Disse ainda o reclamante que “no período de afastamento, entre 2005 e 2006, não prestou serviços a terceiros” (fls. 183 – grifos não contidos no original).

Ocorre que inúmeras notas fiscais foram emitidas no alegado período de afastamento, tanto para a empresa Soniclear (suposta patrocinadora da equipe de motocross), como para a empresa Sema Produtos Químicos Comércio Ltda, atuante no mesmo ramo econômico da primeira reclamada, sendo assim potencialmente sua concorrente, tal qual bem demonstrado nas fls. 385/386 e comprovado pelas notas fiscais do volume apartado.

Curioso notar a quantidade de atividades que o reclamante conseguiu realizar no período em que supostamente estava doente, inclusive com a participação de sua alegada equipe de motocross (isto se fosse aceita tal inovadora e inusitada tese,

o que caracterizaria de maneira manifesta o crime de falsidade ideológica pelo reclamante quanto às informações divergentes lançadas nas notas fiscais).

O mesmo se diga quanto aos extratos bancários que demonstram recebimentos pela empresa do reclamante (em nome de sua esposa) de diversas outras empresas (conforme demonstrado nas fls. 406/407) e comprovado nos volumes apartados dos extratos bancários.

Não tendo mais para onde se esquivar, o reclamante novamente surgiu com outra inovadora e inusitada tese, afirmando que no período da forte crise financeira, em 2006, houve determinação das reclamadas para o reclamante ser alocado na empresa Sema Produtos Químicos e Industriais, passando a realizar seus trabalhos na referida empresa, recebendo alguns pagamentos diretamente dela (vide fls. 415).

Mas o próprio reclamante não havia falado na petição inicial que trabalhou normalmente para as reclamadas sem nada receber durante a crise financeira de 2006? O próprio reclamante não disse no seu depoimento pessoal que ficou sem trabalhar porque estava doente em tal período, e que nada recebeu? No final da estória (com “e” ao invés de “hi”, pois de maneira alguma corresponde à verdade) o reclamante, no período de 2006:

- a) trabalhou para as reclamadas sem nada receber
- b) ficou doente e sem trabalhar
- c) prestou serviços para outras empresas, incluindo Sema e Soniclear
- d) correu de motocross
- e) trabalhou para a Sema a mando das reclamadas e recebendo pagamentos da Sema

Note-se que por mais absurdo e impossível que seja tentar fazer coexistir as teses acima, todas elas foram afirmadas pelo próprio reclamante, demonstrando que mentira, além de ter “pernas curtas”, como já diz há tanto tempo o velho dito popular, ainda acarreta multas processuais por litigância de má-fé, o que será abordado nesta Sentença.

3. Nas fls. 182 o reclamante informou que “no período em que prestou serviços às reclamadas não prestou serviços a terceiros; as empresas Natco, Peak e Soniclear tinham vínculos comerciais com a primeira reclamada; o depoente prestou serviços à P. P. Comercial após ter se desligado das reclamadas”.

Nas fls. 381, a empresa Natco informou ao Juízo que o reclamante prestou serviços de assistência técnica a ela nos meses de abril e maio de 2004.

Nas fls. 369, a empresa PP Comercial Distribuidora Ltda informou ao Juízo que a empresa Rosalina Boani lhe prestou serviços no período de 04/08/2008 (enquanto ainda estava em vigor o contrato do reclamante com as reclamadas, ao contrário do que disse no seu depoimento pessoal) a 04/02/2009, sendo o seu procurador no contrato respectivo o reclamante.

4. O reclamante confessou que “as empresas cujas notas fiscais o depoente emitia à primeira reclamada estavam em nome da esposa do depoente...; a empresa Oliveira e Boani Representações, o depoente já tinha constituída, tendo emitido notas fiscais à primeira reclamada dessa empresa e da empresa Rosalina Boani, da esposa do depoente...; as despesas operacionais das empresas Oliveira e Boani e Rosalina Boani corriam

por conta do depoente” (grifos não contidos no original).

5. Na audiência de fls. 537/539 foram ouvidas duas pessoas trazidas pelo reclamante, ambas contraditadas, tendo sido acolhida a contradita em relação à primeira e rejeitada em relação à segunda.

Reconsidero a decisão que rejeitou a contradita da segunda testemunha trazida pelo reclamante, pois do próprio depoimento que instruiu a aludida contradita resta clara a ausência de isenção de ânimo para depor, pois tal depoente e sua esposa foram sócios da primeira reclamada, sendo que o depoente era diretor da primeira reclamada e teve processo contra ela, situação bastante diferente de um empregado que possui Reclamação Trabalhista em face de determinada reclamada e depõe como testemunha em outra Reclamação Trabalhista movido por um colega em face da mesma empresa.

Dou ao aludido depoimento o mero valor de informação.

6. Os documentos de fls. 540/543 demonstram o espírito de vingança que move o reclamante em face das reclamadas, ao ponto de ter tomado atitudes incoerentes e ilógicas, como denunciar produtos que ele próprio propala ter desenvolvido para as reclamadas, de modo que, além de denunciante, o reclamante também deveria ser investigado naquele procedimento.

Curioso notar o altruísmo do reclamante, que passou a se preocupar com a saúde do consumidor (tal qual relatado nas fls. 542) apenas após ter deixado de trabalhar para as reclamadas.

Na realidade, o reclamante e as duas pessoas que ele trouxe como suas testemunhas (fls. 537/539) possuem estreitos laços com a empresa Orbi Química, sendo que o reclamante lá presta serviços, o primeiro informante é um dos seus sócios e o segundo informante foi um dos seus consultores, deixando claro e evidente o manifesto interesse no resultado do presente processo, que ao invés de ser um meio de busca de pretensos direitos junto ao Judiciário, na verdade é utilizado como meio de vingança, destruição e até mesmo de certa forma de concorrência no mínimo desleal em face das reclamadas.

7. Por fim, destaco dos depoimentos das testemunhas indicadas pela primeira reclamada e ouvidas por Carta Precatória (fls. 35/36 dos autos apensos ao terceiro volume) que a primeira testemunha disse que “trabalha na reclamada AP Winner desde 1999, em Ponta Grossa; não sabe quais eram as atividades do autor e nem o que ele fazia; esporadicamente, muito raramente, encontrou o autor na sala do engenheiro Valdir, ou então no laboratório ou na administração, em situações em que o autor estava visitando a empresa;...; no máximo via o autor na empresa em Ponta Grossa 1 ou 2 vezes ao ano; que o autor permanecia em torno de 4 horas na empresa em cada oportunidade;...; não viu ninguém da reclamada dando ordens ao autor; que era o engenheiro Valdir que fazia o desenvolvimento de produtos na reclamada; que o tratamento dado ao autor era de visitante”.

A segunda testemunha afirmou que “em média o autor comparecia até a empresa 1 ou 2 vezes por ano; que o autor prospectava clientes e nessas ocasiões fazia uma reunião, almoçava ou jantava com o pessoal da área comercial e ia embo-

ra; que o autor tinha uma relação comercial com a AP Winner, apenas cumprindo o contrato que havia entre eles; que nunca viu o autor recebendo ordens;...; que a empresa SEMA é concorrente da AP Winner; que o Sr. Sérgio Leopoldo não tem nenhuma ingerência em tais empresas; que o autor não desenvolve nenhum produto, ao menos que o depoente saiba;...; que a empresa era em nome da esposa do autor; que foi o autor e a esposa dele que contrataram a empresa do depoente para prestar serviços; não houve participação da AP Winner na indicação, negociação e contratação;...; que foi o autor quem procurou o depoente para os serviços de contabilidade, no escritório particular do depoente”.

8. Por todos estes robustos fundamentos resta claro que o reclamante se ativava de maneira autônoma, como empresário, gerindo a sua própria atividade, inclusive desde antes de trabalhar para as reclamadas (considerando-se que operava por duas empresas distintas, uma delas constituída bem antes do início da aludida prestação de serviços), atuando perante diversas outras empresas clientes, além das reclamadas (vide notas fiscais e extratos bancários), inclusive concorrentes da reclamada, não havendo a presença da alteridade, pois o reclamante assumia os riscos da sua atividade empresarial, inclusive arcando com os custos operacionais de sua empresa, como ele mesmo confessou, não havendo subordinação trabalhista, por não receber ordens dos prepostos ou proprietários das reclamadas.

Deve ser ressaltado que o reclamante na verdade não se trata de um “coitadinho” para ter sido “enganado” pelas reclamadas, sendo “obrigado” a emitir notas fiscais. Na realidade, se fraude tivesse ocorrido, esta teria contado com o concurso formal e material do próprio reclamante, que em muito teria se beneficiado da sua própria torpeza, já que é notória a imensa economia que teve em termos fiscais e previdenciários, considerando-se os seus vultosos ganhos (na casa dos R\$ 21.000,00 ao mês, conforme admitiu).

O reclamante, na verdade, se emaranhou em uma teia de mentiras tamanha e tão grotesca, que ele próprio se desmentiu inúmeras vezes, cada vez inovando de maneira mais fantasiosa os limites da lide (e do próprio bom senso), com “estórias” cada vez mais “fantásticas”, cujas versões uma a uma foram sendo derrubadas, ora pelo próprio reclamante, ora pela própria documentação existente, em especial as notas fiscais e extratos bancários, como exaustivamente abordado nesta fundamentação.

Assim, julgo improcedente o pedido de reconhecimento do vínculo de emprego do reclamante com as reclamadas e, por conseguinte, indefiro todos os demais pedidos acessórios.

Resta prejudicada a análise da prescrição e de eventual solidariedade das reclamadas.

Condeno o reclamante a pagar às reclamadas multa por litigância de má-fé, no importe de 1% do valor da causa, além de indenização de 10% do valor da causa, por alterar deliberadamente a verdade dos fatos contra provas por ele mesmo produzidas, nos termos dos artigos 17, II e 18, CPC.

Da mesma maneira, entendo que tais atitudes do reclamante caracterizam ato atentatório à dignidade da Jurisdição, motivo pelo qual condeno o reclamante a pagar à União multa de 20%

do valor da causa, nos termos do artigo 14, I, II, III e parágrafo único, do CPC.

Considerando-se que o reclamante neste processo por diversas vezes propalou que era o responsável pelo desenvolvimento dos produtos das reclamadas, sendo que denunciou as reclamadas ao Ministério Público por comercializarem produtos tóxicos e prejudiciais à saúde humana, determino a IMEDIATA expedição de ofício para o Ministério Público do Estado de São Paulo – 3ª Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Capital, com referência ao Inquérito Civil 14.0245.0000061/2010-7, com cópias das fls. 03/22, 182/186 e 537/543, além desta Sentença.

Justiça gratuita

Indefiro, pois o artigo 790, § 3º, CLT não obriga que o Juiz conceda o benefício da Justiça Gratuita ao trabalhador, ao contrário, faculta tal decisão ao seu prudente arbítrio, sendo certo que o aludido dispositivo legal deve ser interpretado em conjunto com o artigo 818 da CLT que exige que cada parte comprove as alegações que fizer e, principalmente, à luz do artigo 5º, LXXIV, CF que prevê que o “Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (grifei), sob pena de banalização de tão importante instituto de acesso à Justiça e do próprio Poder Judiciário.

No caso em tela, o reclamante recebia pagamentos em montante vultoso, na média de R\$ 21.000,00 mensais, conforme informou nas fls. 04, sendo que qualquer pessoa que receba valores desta monta por quase 10 anos, por mais que possa ser perdedor, mesmo se esforçando, não consegue ficar pobre.

Ademais, resta evidente que o reclamante novamente litiga de má-fé, fazendo afirmação manifestamente falsa em Juízo, pois alega, nas fls. 20, último parágrafo, de maneira categórica, que está DESEMPREGADO, sendo certo que há prova cabal de que o reclamante encontra-se empregado, pois o informante trazido pelo próprio reclamante admitiu, nas fls. 537, que “é sócio da referida empresa e o reclamante presta serviços a ela há dois anos” (referente à empresa Orbi – grifos não contidos no original).

Assim, novamente considero o reclamante litigante de má-fé e o condeno a pagar às reclamadas multa de 1% do valor da causa, nos termos dos artigos 17, II, III, V e VI, e 18 do CPC.

Pelo mesmo motivo, entendo que a conduta do reclamante de fazer afirmação falsa em Juízo no intuito de, dolosamente, induzir ao erro este Magistrado, configura ato atentatório ao exercício da Jurisdição, motivo pelo qual condeno o reclamante a pagar à União multa de 1% do valor da causa, nos termos do artigo 14, I, II, III e IV, e parágrafo único, do CPC.

Pelo mesmo motivo (declaração falsa em Juízo sobre o fato de estar desempregado e falsidade da declaração de pobreza), determino a IMEDIATA expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho, Ministério Público do Estado de São Paulo, à Polícia Judiciária do Estado de São Paulo (Polícia Civil), Ministério Público Federal e Polícia Federal, com cópia da presente Sentença e das fls. 03/24 e 537/539, para que instaurem Inquérito/Processo pelos eventuais crimes de falsidade ideológica (artigo 299, CP) e fraude processual (artigo 347, CP) em face do reclamante.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTES os pedidos do(a) autor(a), **ITAMAR DE OLIVEIRA**, formulados em face das re-

clamadas **AP WINNER INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA e WURTH DO BRASIL PEÇAS DE FIXAÇÃO LTDA**, isentando as reclamadas de qualquer pagamento ao reclamante.

Pelas diversas mentiras do reclamante no presente processo, expostas exaustivamente na fundamentação, condeno o reclamante a pagar às reclamadas multa por litigância de má-fé, no importe de 1% do valor da causa, além de indenização de 10% do valor da causa, por alterar deliberadamente a verdade dos fatos contra provas por ele mesmo produzidas, nos termos dos artigos 17, II e 18, CPC.

Da mesma maneira, entendo que tais atitudes do reclamante caracterizam ato atentatório à dignidade da Jurisdição, motivo pelo qual condeno o reclamante a pagar à União multa de 20% do valor da causa, nos termos do artigo 14, I, II, III e parágrafo único, do CPC.

Pela falsa afirmação de que está desempregado e pela falsidade da declaração de pobreza, condeno o reclamante a pagar às reclamadas multa de 1% do valor da causa, nos termos dos artigos 17, II, III, V e VI, e 18 do CPC.

Pelo mesmo motivo, condeno o reclamante a pagar à União multa de 1% do valor da causa, nos termos do artigo 14, I, II, III e IV, e parágrafo único, do CPC.

Expeçam-se imediatamente os ofícios determinados na fundamentação, bem como cumpra a Secretaria deste Juízo as determinações do início da fundamentação quanto às retificações da autuação.

Honorários periciais no importe de R\$ 2.000,00, pelo reclamante, sucumbente na pretensão objeto da perícia, que deverão ser recolhidos no prazo de 30 dias do trânsito em julgado desta, sob pena de execução.

Custas pelo reclamante, no importe de R\$ 2.000,00, com base no valor da causa (R\$ 100.000,00), que deverão ser recolhidas em caso de eventual Recurso Ordinário ou no prazo de 30 dias do trânsito em julgado, sob pena de execução.

Intimem-se as partes, o INSS e a União (artigo 832, § 5º, CLT).
Cotia, 02 de maio de 2013.

RÉGIS FRANCO E SILVA DE CARVALHO

Juiz do Trabalho

SENTENÇA

Miguel Pereira dos Santos, devidamente qualificado às fls. 3, ajuizou reclamação trabalhista em 11/02/11, em face de Vise Vigilância e Segurança Ltda, também qualificada às fls. 3, dizendo-se admitido em 13/03/03, recebendo a última alta do benefício previdenciário em 06/11/09, data a partir da qual a ré vem impedindo o seu retorno ao emprego. Postula, em razão destes e de outros fatos e fundamentos que expôs, a sua recondução ao trabalho, inclusive com o restabelecimento do seu plano de saúde e salários até o seu efetivo retorno.

Inicial com documentos de fls. 16/111.

Houve o indeferimento da concessão da antecipação dos efeitos da tutela às fls. 112.

Conciliação recusada.

Na assentada de fls. 120, houve a extinção do processo sem resolução de mérito em relação ao pedido de estabilidade com base na doença ocupacional – art. 267, VIII do CPC c/c art. 769 da CLT.

Resistindo à pretensão às fls. 137/165, a reclamada apresentou resposta escrita, sob a forma de contestação, arguindo preliminar, prescrição e impugnando especificadamente o mérito pelas razões de fato e de direito ali contidas.

Contestação com os documentos autuados em volume apartado.

O autor apresentou réplica às fls. 168/179.

Sem mais provas, encerrou-se a instrução processual na assentada de fls. 180.

Razões finais remissivas.

Conciliação novamente recusada.

Designada audiência de julgamento para o dia 30/05/11, às 17:31 horas.

É o relatório, decidido.

Da Preliminar de Litispendência

Não há que se falar em litispendência, uma vez que a ação anteriormente ajuizada na Justiça comum tramita em face do INSS e com pedido diverso. Assim, a presente demanda não reproduz aquela anteriormente ajuizada.

Ademais, não vejo a necessidade de sobrestamento deste feito, uma vez que as ações são totalmente diferentes. **Rejeito.**

Do Mérito

Da Prescrição

O autor busca a sua recondução ao emprego, com o pagamento dos salários a partir de 07/11/09 e o restabelecimento do plano de saúde. Ajuizada a presente reclamação trabalhista em 11/02/11, não há prescrição a ser declarada.

Da recondução ao emprego / dos salários do período/ do restabelecimento do plano de saúde

O reclamante alega que ficou afastado para recebimento de benefício previdenciário até 06/11/09, data a partir da qual a ré vem negando o seu retorno ao trabalho. Afirma, ainda, que houve a suspensão do convênio médico. Declara, também, que não vem recebendo benefício previdenciário desde então. Em razão disso, requer a sua recondução imediata ao trabalho, sendo readaptado a função compatível com a sua condição atual, bem como a condenação da ré ao pagamento de salários desde 07/11/09 até o seu efetivo retorno, além do restabelecimento do plano de saúde fornecido nos termos da norma coletiva aplicável às partes.

A reclamada nega o direito do autor, afirmando que lhe orientou a dar andamento em seu afastamento previdenciário (fls. 142), zelando pela sua saúde, e que não vem impedindo o reclamante de retornar ao trabalho (fls. 141).

Passo à análise.

Verifico que o documento de fls. 51 comprova que o autor desde 06/11/09 recebeu alta do benefício previdenciário, sendo considerado apto pelo INSS a retornar ao trabalho – art. 78, primeira parte, do Decreto nº 3.048/99. Some-se a isso o documento de fls. 52, que comprova que o autor requereu novo benefício previdenciário em 2010, que restou negado pela autarquia mencionada.

Ademais, é importante notar que, em contestação, a ré não nega que vem impedindo o retorno do autor ao trabalho desde 07/11/09. Afirmou, ainda, que “ao orientar o reclamante a conseguir dar andamento em seu afastamento previdenciário, a re-

clamada está zelando pela sua higidez física, tentando fazer que o autor possa ter tempo adequado para se recuperar e retornar as suas funções”.

Ora, sabemos que a alta do benefício previdenciário dada pelo INSS é um ato administrativo, que, como tal, possui as seguintes características: imperatividade/coercibilidade (é cogente, obrigando a todos); presunção de legitimidade (presume-se que estão em conformidade com a lei e editados de boa-fé); e auto-executoriedade (imediata execução, independente de outro ato ou Poder).

Nesse contexto, com a alta do benefício previdenciário desapareceu a causa suspensiva do contrato de trabalho, que voltou a ter todos os seus efeitos incidentes sobre as partes, em especial o retorno do autor ao trabalho com o recebimento do respectivo salário.

Nesse momento, não cabia à ré apenas orientar o autor a “dar andamento em seu afastamento previdenciário”, mas sim reconduzi-lo ao trabalho, com a necessária readaptação de sua função às suas atuais condições de saúde.

Esse dever da ré, como empregadora, encontramos não só após analisarmos as características do ato administrativo do INSS, mas também no disposto no art. 5º, alíneas “g” e “h” da Convenção nº 161 da OIT, ratificada em 18/05/90, e promulgada pelo Decreto nº 127/91.

Se tais fundamentos não são suficientes na visão da reclamada, para justificar a recondução do autor ao trabalho, podemos citar, ainda, sem qualquer esforço, o disposto nos arts. 1º, inciso III, 3º, incisos I e IV, 5º, *caput*, 6º, 170, *caput* e inciso III, 193 e 196, todos da CRFB/88, que preveem, respectivamente: a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; a garantia do direito à vida a todos; os direitos sociais à saúde e ao trabalho; a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica; a função social da propriedade (aqui vista sob o foco do empregador); o primado do trabalho como base da ordem social (levando à conclusão de que o trabalho dignifica o homem); e o direito de todos à saúde.

Frise-se, mais uma vez, em razão da gravidade da matéria em tela, que nesses dispositivos podemos perceber a preocupação da CRFB/88 em assegurar uma vida digna ao trabalhador, com a garantia de uma vida saudável, proporcionada não só pelos Entes da Federação, mas também por meio da participação de toda a sociedade, nela inserida a figura do empregador.

Nota-se, assim, que a ré, ao orientar apenas o autor a “dar andamento ao seu afastamento previdenciário”, descumpra não só o ato administrativo editado pelo INSS e a Convenção nº 161 da OIT, como também os dispositivos constitucionais acima elencados, contribuindo para o agravamento das condições de saúde do autor, já que desde 07/11/09 não recebe benefício previdenciário e está desamparado por seu empregador, que não efetua a sua recondução ao trabalho, não paga os salários respectivos, nem, sequer, restabelece o plano de saúde anteriormente fornecido.

Registre-se que por sorte, milagre ou caridade de familiares e/ou amigos, o reclamante tem conseguido sobreviver nesses longos meses entre a alta do INSS e a presente data.

Hoje, o conforto que a prestação jurisdicional pode lhe dar, após ter passado por longo período de angústia, sofrimento, dificuldade de se manter e, até mesmo, sobreviver, é determinar que, NO PRAZO DE 24 HORAS, a ré efetive o seu imediato retorno às atividades laborais, em função compatível com o seu estado de saúde, cabendo ao médico do trabalho da ré (ou conveniado a esta) avaliar as condições de saúde do reclamante, garantindo-lhe o pagamento mensal do piso salarial previsto na cláusula 9ª da CCT de fls. 103 e o restabelecimento do seu plano de saúde (cláusula 36 da CCT de fls. 106), nos moldes em que era anteriormente custeado, sem qualquer carência, independentemente da oposição de embargos de declaração ou do trânsito em julgado – por aplicação analógica do art. 659, X da CLT e art. 461, § 3º do CPC c/c art. 769 da CLT -, sob pena de pagamento de uma multa diária no valor de R\$1.000,00, a ser revertida em favor do autor – art. 652, “d” da CLT e art. 461, § 4º do CPC c/c art. 769 da CLT.

Acrescento, ainda, que se a ré entende que não deve receber o autor nas suas dependências porque ainda está doente ou incapacitado, deve questionar o ato administrativo no Juízo competente. E, até obter decisão favorável, deve reconduzir o autor ao trabalho, em condições compatíveis e com o pagamento do seu salário mensal.

Caso a decisão no Juízo competente reveja o ato administrativo da autarquia previdenciária, a reclamada será ressarcida pelo INSS em ação própria. Até lá, deve garantir a subsistência do reclamante, com a sua recondução, não só ao trabalho, mas a um patamar digno do ser humano. Com isso, a ré cumpre o seu papel de empregador e, melhor, o seu papel social.

Por todo o exposto, entendo desnecessária a expedição de ofício ao INSS, e condeno, ainda, a ré a pagar os salários do período de 07/11/09 até o efetivo retorno do autor ao trabalho – nos limites do pedido, conforme arts. 128 e 460 do CPC c/c art. 769 da CLT -, observando-se o piso salarial previsto nas normas coletivas juntadas com a exordial para o período.

Da multa do art. 467 da clt

Requer o autor a aplicação do art. 467 da CLT.

Improcede, uma vez que não há verbas rescisórias incontroversas.

Da aplicação do art. 475-J do cpc

Entendo que este não é o momento adequado para ser discutido o tema. A aplicabilidade subsidiária ou não do art. 475-J do CPC será fixada quando do início da fase de cumprimento da sentença. Indefiro.

Da gratuidade de justiça

O reclamante requer a concessão do benefício da gratuidade de Justiça, declarando, para tanto, ser hipossuficiente às fls. 17.

Defiro, nos termos do art. 790, § 3º da CLT, o benefício requerido.

Dos honorários advocatícios

Tratando-se de demanda relativa à relação de emprego, a matéria segue regida pela Lei nº 5.584/70 – art. 5º da IN nº 27/05 do C. TST e Súmulas nº 219 e 329, ambas do C. TST.

Assim, embora concedido o benefício da gratuidade de Justiça, o reclamante não está assistido pelo Sindicato de sua cate-

goria profissional. Logo, não preencheu os requisitos legais para fazer jus ao benefício.

Com relação aos honorários advocatícios constantes dos arts. 389 e 404 do CC/02, entendo ser inaplicável à lide concernente à relação de emprego, diante da previsão específica da Lei nº 5.584/70 e do ius postulandi previsto no art. 791 da CLT, que afastam o cabimento da indenização pleiteada. Indefiro.

Dos juros e da atualização monetária

A matéria é de ordem pública, de observância obrigatória.

Os juros de mora no processo do trabalho são devidos desde a data de ajuizamento da reclamação trabalhista, incidentes sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente, na forma do art. 883 da CLT c/c art. 39, § 1º da Lei nº 8.177/91 e Súmula nº 200 do C. TST, que ora adoto.

Deve ser observado, ainda, o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º, conforme entendimento contido na Súmula nº 381 do C. TST, que ora adoto, à exceção das parcelas indenizatórias, por não estarem submetidas ao art. 459, PU da CLT.

Das contribuições previdenciária e fiscal

Por ser matéria de ordem pública, deve ser observada de forma obrigatória.

A contribuição previdenciária deverá ser recolhida pela reclamada, autorizado o desconto da cota-parte do reclamante sobre o crédito devido de natureza salarial – art. 28, Lei nº 8.212/91, respeitado o limite do salário de contribuição.

O imposto de renda deverá ser deduzido do crédito do reclamante no momento em que se tornar disponível e calculado sobre o valor total da condenação, considerando-se as parcelas tributáveis – art. 46 da Lei nº 8.541/92, art. 12-A da Lei nº 7.713/88, IN RFB nº 1127 de 08/02/11 e Súmula nº 368 do C. TST, à exceção dos juros de mora – OJ nº 400 da SBDI-1 do C. TST.

Ressalte-se, ainda, que a culpa do empregador pelo inadimplemento das parcelas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre a sua cota-parte, conforme entendimento contido na OJ nº 363 da SBDI-1 do C. TST, que ora adoto.

POSTO ISSO, rejeito a preliminar e a prescrição suscitadas, e julgo **PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO** para, assegurar a gratuidade de Justiça ao reclamante, condenar **WISE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA** a pagar a **MIGUEL PEDRO DOS SANTOS**, no prazo legal, como apurar-se em regular liquidação de sentença, observados os parâmetros contidos na fundamentação supra, que este *decisum* integra, as seguintes parcelas:

- salários do período de 07/11/09 até o efetivo retorno do autor ao trabalho.

Juros e atualização monetária na forma da lei, observados os parâmetros contidos na fundamentação.

Deverá, ainda, independentemente da oposição de embargos de declaração ou do trânsito em julgado, a Secretaria desta Vara expedir mandado para que a reclamada reconduza o reclamante ao emprego, no prazo de 24 horas, sob pena de paga-

mento de uma multa diária no valor de R\$1.000,00, a ser revertida em favor do autor, observando-se os parâmetros contidos na fundamentação, dentre eles o pagamento do piso salarial e o restabelecimento do plano de saúde, ambos previstos na norma coletiva.

Em liquidação de sentença, deverá a ré comprovar nos autos os recolhimentos previdenciários e fiscais incidentes sobre as parcelas de natureza salarial acima (salários), na forma da lei e com base nos parâmetros contidos na fundamentação, sob pena de execução direta.

Intime-se a União para os fins dos arts. 832, § 5º e 876, PU da CLT.

Custas de R\$ 400,00, calculadas sobre o valor de R\$ 20.000,00, ora arbitrado à condenação – art. 789, IV e § 2º, CLT -, pela reclamada.

Intimem-se as partes.

LEONARDO GRIZAGORIDIS DA SILVA

Juiz do Trabalho Substituto

SENTENÇA

Gafisa S/A, devidamente qualificada às fls. 3, ajuizou ação anulatória em 07/10/09, em face de União Federal, também qualificada às fls. 3, postulando a anulação dos autos de infração e, por conseguinte, das respectivas multas e débitos fiscais atribuídos à autora, por entender, em síntese, ser impossível o cumprimento do art. 93 da Lei nº 8.213/91, tendo em vista a dificuldade de encontrar trabalhadores especiais qualificados dentro do mercado de trabalho.

Inicial com documentos de fls. 20/55.

Conciliação recusada.

Resistindo à pretensão às fls. 75/86, a ré apresentou resposta escrita, sob a forma de contestação, impugnando especificamente o mérito pelas razões de fato e de direito ali contidas.

Contestação com os documentos de fls. 87/153.

A autora manifestou-se sobre a contestação e documentos às fls. 157/162.

Foi produzida prova documental às fls. 68/74, 167/173 e 176/188, bem como ouvidas duas testemunhas às fls. 164/165. Sem mais provas, encerrou-se a instrução processual na assentada de fls. 165.

Razões finais orais remissivas.

Conciliação novamente recusada.

Designada audiência de julgamento para o dia 23/07/10, às 11:02 horas.

É o relatório, decido.

DA RETIFICAÇÃO DO VALOR DA CAUSA DE OFÍCIO

Confrontando a petição inicial com o valor declarado pela autora às fls. 61, verifico que o valor dado à causa não está adequado à matéria discutida nos autos. Retifico, pois, para R\$ 132.916,84.

Do mérito

Da anulação dos autos de infração

Alega a autora que vem encontrando dificuldades para selecionar e contratar pessoas portadoras de necessidades especiais e, por conseguinte, o atendimento do comando legal

previsto no art. 93 da Lei nº 8.213/91. Em razão disso, busca a anulação dos autos de infração frutos da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, por entender serem desproporcionais e desarrazoados diante da escassez de mão de obra qualificada desses trabalhadores especiais.

A ré, por sua vez, contesta a pretensão da autora, esperando a sua improcedência, tendo em vista o não atendimento ao preceito do art. 93 da Lei nº 8.213/91, norma de ordem pública, tendo observância obrigatória por estar em consonância com os fins protetivos da CRFB/88.

Restou incontroverso nos autos que a autora possui mais de 4.000 empregados. Nesse contexto, a autora tem obrigação de contratar mais de 200 empregados reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas, na forma do art. 93, IV da Lei nº 8.213/91.

Ocorre que os autos de infração de fls. 54/55 e a prova produzida nos autos, em especial os depoimentos das testemunhas de fls. 164/165, denunciam que a autora vem descumprindo quase que por completo o imperativo legal.

Note-se, ainda, que a testemunha Marcio Cassin Chaves, gerente de Recursos Humanos da autora desde julho de 2009, informou que havia cerca de 6 empregados deficientes nos quadros da autora antes da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego e que, hoje, esse número fica em torno de 4 empregados. Tal fato vem a confirmar não só descumprimento da cota prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/91, como também a violação ao § 1º do citado artigo, já que a autora procedeu à dispensa de empregados deficientes ou reabilitados sem a prévia contratação de substituto de condição semelhante.

É importante destacar que a conduta da autora, em não obedecer à cota legal de deficientes, além de dispensar empregados em condições especiais sem a prévia contratação de substituto em condição semelhante, viola não só o art. 93, *caput* e § 1º da Lei nº 8.213/91, mas também a CRFB/88, que, por meio dos arts. 1º, III e IV, 3º, I, III e IV, 5º, *caput*, 7º, XXXI e 170, *caput* e incisos III e VIII, preocupa-se com a inclusão social do portador de necessidades especiais, notadamente no mercado de trabalho, como forma de se garantir uma vida digna.

Podemos ver, assim, que a sociedade como um todo, nos dias atuais, deve estar atenta à garantia de uma existência digna até mesmo aos que, por alguma razão, vieram ao mundo em situação desigual à maioria, isto é, em situação especial. E as grandes empresas, como a autora, estão em posição privilegiada para conduzir o processo de transformação da realidade social, em busca de alcançar uma sociedade justa para todos.

Todavia, na prática, até o presente momento, a autora não vem se empenhando de forma adequada e efetiva, como se espera de grandes empresas como ela, que têm importante papel no cenário social, porquanto não cumpre sequer 1/10 do número de vagas exigidas pelo art. 93 da Lei nº 8.213/91.

A autora não vem cumprindo também o pacto coletivo para inclusão de pessoas com deficiência, firmado em 20 de fevereiro de 2008, conforme documentos de fls. 68/74 e 167/173.

No tocante à divulgação das vagas para contratação de trabalhadores deficientes, a autora fez juntar aos autos os documentos de fls. 185/186, que demonstram a oferta restrita de vagas, que pode ser tida como um dos obstáculos à efetivação das contratações exigidas pela lei.

Ademais, a testemunha Juliana Silva Araújo Saliba, psicóloga e consultora de gente na área de Recursos Humanos da autora – sendo uma das responsáveis pela seleção de currículos –, informou de maneira muito clara que algumas contratações não são concretizadas por falta de experiência dos trabalhadores deficientes, apesar de possuírem qualificação acadêmica.

Ora, dentro da nova visão da sociedade moderna, preocupada em garantir uma existência digna a seus integrantes, dentre eles os portadores de necessidades especiais, não se deve trazer como uma barreira a mais a esses trabalhadores a falta de experiência. Ao contrário, deve-se abrir portas, garantindo o seu acesso à participação social, tal como se faz com todos os seres humanos que, após a sua formação acadêmica, buscam o ingresso no mercado de trabalho, mesmo não tendo experiência prática prévia.

Com certeza, após o labor em empresas de grande porte como a autora, o trabalhador em condições especiais, que antes estava excluído da sociedade, terá a oportunidade de colher os ensinamentos ofertados e disseminar não só a experiência adquirida como também o espírito de solidariedade compartilhado, além, é claro, de contribuir para os progressos social e econômico.

Por fim, não se pode deixar de dizer que a autora nem mesmo procurou soluções alternativas à alegada dificuldade em encontrar trabalhadores deficientes habilitados ou trabalhadores reabilitados devidamente qualificados, dentre elas a destinação de capital de forma a investir na formação desses trabalhadores especiais. Pelo contrário, preferiu ocupar uma posição passiva dentro desse contexto social ou, na melhor das visões, optou em adotar uma conduta inversamente proporcional à sua grandiosidade econômico-social.

Por tudo isso, não há como se anular os autos de infração oriundos da fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, tampouco as multas provenientes de tais autos e respectivos débitos fiscais atribuídos à autora a esse título.

Dos honorários advocatícios

Trata-se de demanda que não está submetida à Lei nº 5.584/70, por não ser decorrente da relação de emprego.

Dessarte, são devidos pela autora os honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da causa, no total de R\$ 13.291,68, na forma do art. 20, § 4º do CPC – IN nº 27/05 do C. TST –, a serem revertidos em favor da União Federal.

POSTO ISSO, julgo **IMPROCEDENTE O PEDIDO** formulado por **GAFISA S/A** em face de **UNIÃO FEDERAL**, na forma da fundamentação supra, que este decisum integra.

Honorários advocatícios devidos no valor de R\$ 13.291,68, pela autora, na forma da fundamentação supra.

Oficiem-se o MTE e o MPT, com cópia desta decisão, independente do trânsito em julgado, para adoção das providências cabíveis.

Custas de R\$ 2.658,34, calculadas sobre o valor de R\$ 132.916,84 – art. 789, II, CLT, pela autora.

Intimem-se as partes.

LEONARDO GRIZAGORIDIS DA SILVA

Juiz do Trabalho Substituto