

# REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS

DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO

ANO 3 • Nº 6

ISSN 2358-0038

2° SEMESTRE • 2015



#### **ESPECIAL:**

#### **HOMENAGEM A HAMLTON ERNESTO A. R. PROTO**

Coordenação: Diretor Cultural da AMATRA-2, Desembargador Aposentado Carlos Francisco Berardo

Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Marcelo Azevedo Chamone

Diretor Cultural Adjunto da AMATRA-2, Juiz Fábio Moterani

Colaboração: Vice-Presidente da AMATRA-2, Juiz Fábio Ribeiro da Rocha

Desembargadora Maria Cristina Fisch

Juiz Hélcio Luiz Adorno Júnior





Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região/ Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região). – Ano 3, -- n.6 – (2. sem. 2015) – . -- São Paulo, 2015-.

v.: 26cm

Semestral

ISSN: 2358-0038

1. Direito do Trabalho - Periódico 2. Direito Processual Do Trabalho. 3. Direitos Humanos. I. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região)

CDU 34:331(05)





#### CARO ASSOCIADO,

Om muita satisfação, a AMATRA-2 lança e entrega para cada um dos Associados da Entidade, a 6ª (sexta) edição da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região.

Destacamos a merecida homenagem ao nosso querido Hamilton Ernesto A. R. Proto que sempre exerceu a Magistratura visando à construção de uma sociedade justa e democrática.

Continuamos a cumprir o nosso importante papel de estimular à busca do aperfeiçoamento e atualização jurídica, funções institucionais de suma relevância de nossa Associação, engajada e protagonista na construção de um futuro em que todo cidadão tenha vida e trabalho digno.

Os excelentes artigos abordam com profundidade temas atuais e relevantes, que em muito contribuirão para uma melhor prestação jurisdicional. Esperamos que a leitura desta edição inspire uma participação ainda maior dos colegas para os próximos números.

Agradeço a colaboração dos participantes desta revista, especialmente, aos Associados Carlos Francisco Berardo, Marcelo Chamone, Fábio Moterani, Maria Cristina Fisch e Hélcio Luiz Adorno, que tanto contribuíram para o lançamento dessa edição.

Desejamos uma boa leitura a todos.

FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA

Vice-Presidente da AMATRA-2









#### AMATRA-2

Associação dos Magistrados

da Justiça do Trabalho da Segunda Região

#### Conselho Editorial:

Patricia Almeida Ramos Presidente

**Fábio Ribeiro da Rocha** Vice-Presidente Diretoria Cultural

Carlos Francisco Berardo

Marcelo Azevedo Chamone

Fábio Moterani

Maria Cristina Fisch Hélcio Luiz Adorno Júnior

#### **Diretoria Executiva:**

Presidente

Patricia Almeida Ramos

Vice-Presidente

Fábio Ribeiro da Rocha

Diretora Secretária

Isabel Cristina Quadros Romeo

Diretor Financeiro e de Patrimônio

Farley R. de C. Ferreira

Diretoria Cultural

Carlos Francisco Berardo

Marcelo Azevedo Chamone

Fábio Moterani

Diretoria Social

Fernanda Zanon Marchetti

Raquel Gabbai de Oliveira

Diretoria de Benefícios

Valéria Nicolau Sanchez

Tatiana A. J. E. H. B. Maranesi

Diretoria de Esportes e Lazer

Jefferson Amaral Genta

Hermano de Oliveira Dantas

Gustavo Kiyoshi Fujinohara

Diretoria de Direitos Humanos

Rodrigo Garcia Schwarz

**Marcio Mendes Graconato** 

Diretoria de Aposentados

Amador Paes de Almeida, Maria Alexandra

Kowalski Motta e Maria Luiza Freitas

Diretor de Assuntos Legislativos

Richard W. Jamberg

Diretoria de Assuntos Institucionais

Mauricio Marchetti

Leonardo Grizagoridis da Silva

Comissão de Prerrogativas

Rosana de Almeida Buono, Maria Fernanda de

Queiroz da Silveira, Ivete Ribeiro e Rodrigo Acuio

Conselho Fiscal

Cristina Ottoni Valero, Magda Cristina Muniz,

Lávia Lacerda Menendez, Renata Bonfiglio e

André Eduardo Dorster Araújo

Comissão de Juízes Titulares

Adriana Prado Lima, Maurilio de Paiva Dias,

Aparecida Maria de Santana e Rogéria do Amaral

Comissão de Juízes Substitutos

Fernanda Miyata Castello Branco,

Juliana Dejavite dos Santos, Katiussia Maria

Paiva Machado e Juliana Eymi Nagase

Diretoria da Circunscrição de Guarulhos

Anneth Konesuke

Renata Simões Loureiro Ferreira

Diretoria da Circunscrição de Osasco

Maurílio de Paiva Dias

Juliana Jamtchek Grosso

Diretoria da Circunscrição de São Bernardo do Campo

Elisa Maria de Barros Pena

Diana Marcondes Cesar Kambourakis

Diretoria da Circunscrição da Baixada Santista

Adalgisa Lins Dornellas Glerian

Igor Cardoso Garcia

#### **AMATRA-2**

Av. Marquês de São Vicente, 235 – Bl. B- 10º Andar – Barra Funda - São Paulo - SP CEP 01139-001 – Telefone: (11) 3392 4996, (11) 3392 4997 – Fax: (11)3392 4727

#### Arte:

Ariana Assumpção ariana.assump@gmail.com





### SUMÁRIO

HOMENAGEM	A HAMITON F	ERNESTO A	ΔR	PROTO
HOWENAGEW	A HAIVILI ON I		н. п.	PROTO

	HOMENAGEM A HAMLTON ERNESTO A. R. PROTO – Patricia Almeida Ramos	6
DC	DUTRINA DIREITO DO TRABALHO	7
	A ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS: REFLEXÕES SOBRE A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 277 DO TST - Davi Furtado Meirelles	7
	ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E ARMAZENAMENTO DE INFLAMÁVEIS (ÓLEO DIESEL) PARA GERADORES. POR UMA NECESSÁRIA RELEITURA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N.º 385 DA SDI-I DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – Walter Rosati Vegas Junior	17
	PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO E ADEQUADO - Fábio Ribeiro da Rocha	. 24
	O DIREITO TUTELAR DO TRABALHO E A SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR – Helcio Luiz Adorno Júnior e Christiane Mangilli Ayello do Nascimento.	. 33
	O FIM DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL – Rodrigo Acuio	. 40
DC	DUTRINA DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO	. 41
	DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE LIMITADA NO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO – Americo Carnevalle	41
	A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ COMO MEIO DE MORALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PROCESSUAIS. UMA ANÁLISE À LUZ DAS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – João Forte JR	47
	VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO DA PARTE – Marcelo Azevedo Chamone	. 52
	DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM MATÉRIA TRABALHISTA – Francisco Pedro Jucá	. 55
	O ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS LIMITES DA AUTONOMIA DO PROCESSO DO TRABALHO – Salvador Franco de Lima Laurino	. 60
JU	RISPRUDÊNCIA	. 72
	SENTENÇA	. 72
	ΛΟΌΡΡΙΛΟ	0-





#### PATRICIA ALMEIDA RAMOS

Juíza Titular da 69ª Vara do Trabalho de São Paulo Presidente da AMATRA-2 nos biênios 2012-2014 e 2014-2016 Mestre em Ciências Jurídico-Laborais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

# HOMENAGEM A HAMLTON ERNESTO A. R. PROTO

Neste sexto número da Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região temos o orgulho de homenagear o querido colega Hamilton Ernesto Antonino Reynaldo Proto.

Empatia simplesmente acontece. Não há explicação. Esse é o sentimento que sempre marcou minha relação com o Dr. Proto e sua família. E é por isso que a tarefa de escrever o texto de abertura deste periódico me é, além de prazerosa, uma honra.

Formado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP – integra a turma de 1955 das Arcadas. Cursou Especialização em Direito do Trabalho e Economia Política em 1965.

Sua maior alegria, além da família, foi o exercício da Magistratura, para ele, um autêntico sacerdócio, em razão da abnegação, trabalho, senso de justiça e imparcialidade.

Ingressou na carreira em 07.12.1962, após ter sido aprovado no 3º. Concurso de Provas e Títulos, juntamente com brilhantes nomes que, como ele, contribuíram para a História da Justiça do Trabalho: Valentin Carrion, Floriano Vaz Correa, José Luiz Vasconcelos, Pedro Vidal Neto, Amaury Mascaro Nascimento, Clovis Canelas Salgado, Walter Cotrofe, José Amorim.

O Dr. Hamilton Proto atuou como Juiz Substituto em quase todas as 24 Juntas de Conciliação e Julgamento da Capital, bem como em Santo André, São Bernardo do Campo, Mogi das Cruzes, São José dos Campos, São Carlos, Campinas, Barretos, estas no Estado de São Paulo, bem como em Curitiba e Londrina (PR) e Corumbá (Mato Grosso Do Sul).

Lembra o colega a escassez do número de Magistrados, à época, o que não difere dos dias de hoje.

Foi promovido em 26 de maio de 1971, por merecimento, para a Junta de Conciliação e Julgamento de Piracicaba, onde permaneceu até fevereiro de 1972. Posteriormente, removeu-se para a Junta de Conciliação e Julgamento de Jundiaí e, em janeiro de 1976, para a 25ª. Junta de Conciliação e Julgamento da Capital até junho de 1976, quando deixou precocemente a carreira, em virtude de aposentadoria.

Passou a advogar na área trabalhista em 1978.

Além de exercer com maestria a Magistratura e, após, a Advocacia, lecionou na Faculdade de Direito Padre Anchieta em Jundiaí, Faculdade de Administração Luzwell-Eduardo Prado e Escola de Administração em Empresas da Fundação Getúlio Vargas.

O Dr. Proto contagia a todos com sua alegria e entusiasmo pela vida e pelo Direito.

Chefe de uma família linda, ele, ao lado da sempre presente Dona Neusa Arruda Proto, criou 4 filhos. Hoje comungam a alegria de mimar os seus 11 netos.

Este ser humano tão especial é uma inspiração para todos nós, motivo pelo qual a AMATRA-2 rende as mais sinceras homenagens ao competente profissional, querido amigo, amoroso marido, atencioso pai e carinhoso avô, desejando-lhe bênçãos e proteção divina AGORA e SEMPRE!









Desembargador Federal do Trabalho do TRT-2
Advogado e Coordenador do Departamento Jurídico do Sindicato dos Metalúrgicos do ABC
Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
Professor da Escola Paulista de Direito (EPD)
Mestre e Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC-SP

# A ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS: REFLEXÕES SOBRE A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 277 DO TST

#### BREVE HISTÓRICO DA SÚMULA EM QUESTÃO

Como é possível um verbete jurisprudencial sofrer uma modificação radical da noite para o dia, sem que houvesse um sólido e cristalino novo posicionamento do sodalício competente no mesmo sentido? Foi o que aconteceu com a Súmula  $n^2$  277 do Tribunal Superior do Trabalho, objeto de análise deste estudo.

Na sessão do seu Tribunal Pleno, realizada no dia 14 de setembro de 2012, o TST aprovou diversas alterações jurisprudenciais, tanto em suas súmulas quanto em suas orientações jurisprudenciais, conforme consta de sua Resolução nº 185/2012¹.

E, dentre essas várias alterações, a que causou maior celeuma foi a da Súmula nº 277. Tanto que, passados quase três anos daquela modificação, ainda hoje não se chegou a um consenso sobre o porquê dela, ou sobre a sua real necessidade e o que teria levado o TST a fazer tão profunda mudança de rumo, como ressaltado, sem um acúmulo mínimo decisório neste novo sentido.

Para tentar explicar, ou entender, o que aconteceu, precisamos revisitar a origem da referida Súmula.

A Súmula  $n^{\varrho}$  277 nasceu com a Resolução  $n^{\varrho}$  10/1988², versada nos seguintes termos:

SENTENÇA NORMATIVA. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.

Registre-se, em primeiro lugar, que a indigitada Súmula tinha por objetivo tratar das condições de trabalho regulamentadas nos chamados dissídios coletivos econômicos. Não estão presentes, na redação original, as condições de trabalho negociadas diretamente pelas partes, quer entre os entes sindicais (convenções coletivas de trabalho), quer entre empresas e sindicatos profissionais (acordos coletivos de trabalho).

Portanto, a Súmula nº 277 do TST não nasceu para acordos e convenções coletivas. A origem dela, na década de 80, estava na sentença normativa. Até porque, mesmo naquela época, a maior parte das categorias de trabalhadores tinha uma prática muito insipiente de negociação coletiva. Havia uma

1. Publicada no DEJT de 25, 26 e 27/09/2012.

2. Publicada no DJ de 01, 02 e 03/03/1988.

dependência muito grande do poder normativo da Justiça do Trabalho. A legislação brasileira, desde a Era Vargas, era extremamente intervencionista. O Ministério do Trabalho interferia em tudo que estivesse relacionado com a vida dos sindicatos. Até mesmo no processo negocial.

Ao se aproximar o período da data-base, o sindicato dos trabalhadores aprovava uma pauta de reivindicações e a encaminhava para o sindicato patronal, porém, uma cópia era obrigatoriamente enviada para o Ministério do Trabalho. Este, por sua vez, consultava o Ministério da Fazenda sobre qual o índice de reajuste salarial a ser aplicado, além de quais seriam os benefícios a serem concedidos. Em seguida, o Ministério do Trabalho já chegava com o acordo pronto. As partes assinavam e iam embora satisfeitas. Ninguém contestava. Não podemos chamar isso de negociação coletiva, mas era (quase sempre) assim que se procedia.

Essa lógica intervencionista começou a ser quebrada com o movimento grevista dos metalúrgicos do ABC paulista, no final de década de 70 e início da de 80³, no que se convencionou chamar de "novo sindicalismo", que ousou romper com a legalidade repressiva⁵ até então existente.

Em 1988 mal tínhamos saído do período militar, ainda havia uma grande desconfiança entre empresariado e trabalhadores. Com isso, as negociações coletivas ainda engatinhavam no Brasil. Apenas em algumas poucas categorias mais organizadas o processo negocial avançava. Com isso, os Tribunais Regionais do Trabalho ficavam abarrotados de dissídios coletivos de natureza econômica, em processos, na maioria das vezes, iniciados pelos sindicatos das categorias profissionais, que buscavam a normatização das relações de trabalho para um determinado período.



<sup>3.</sup> Em 1979, os metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema patrocinaram a primeira grande greve de uma categoria durante o regime militar. Em 1980, a greve dos metalúrgicos do ABC ganhou dimensão ainda maior, chegando a durar mais de 40 dias, mesmo após a intervenção promovida pelo Ministério do Trabalho nos sindicatos e a prisão dos principais líderes grevistas, os quais foram enquadrados na Lei de Segurança Nacional.

<sup>4.</sup> Para melhor entender esse momento histórico, aconselhamos consultar a obra de nossa autoria, "Negociação coletiva no local de trabalho: a experiência dos metalúrgicos do ABC", editora LTr, 2008.

<sup>5.</sup> C.f. José Francisco Siqueira Neto, "Contrato Coletivo de Trabalho - Perspectiva de rompimento com a legalidade repressiva", editora LTr, 1991.

Daí que a Súmula nº 277 do TST, no seu nascedouro, veio se preocupar com a sentença normativa, proferida em dissídio coletivo econômico, deixando de dar a devida atenção aos instrumentos normativos oriundos da autonomia privada coletiva que as partes têm no processo negocial (os acordos coletivos e as convenções coletivas).

Por mais de vinte anos permaneceu inalterada a redação original da Súmula em discussão, até que em 2009, por meio da Resolução nº 161, os acordos e convenções coletivas vieram fazer companhia às sentenças normativas, além de resguardar a ultratividade no período em que vigorou a Lei nº 8.542/1992, que tratou de política salarial. Assim ficou a nova redação:

"SENTENÇA NORMATIVA. CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO.

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23 de dezembro de 1992 e 28 de julho de 1995, em que vigorou a Lei  $n^{\rm o}$  8.542, revogada pela Medida Provisória  $n^{\rm o}$  1.709, convertida na Lei  $n^{\rm o}$  10.192, de 14 de fevereiro de 2001."

O item II da então nova Súmula foi necessário para resguardar o período em que a ultratividade esteve legalmente regulada nas normas oriundas da autonomia privada coletiva. É que o § 1º do art. 1º daquela Lei nº 8.542/1992, textualmente, previa a ultratividade dos instrumentos normativos negociados, ao estabelecer que: "As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contato coletivo de trabalho."

A alteração promovida no item I contemplou uma situação que já vinha sendo observada há muito tempo nos julgados trabalhistas. Por analogia, a regra estabelecida na antiga Súmula nº 277 vinha sendo estendida para os acordos coletivos e convenções coletivas, uma vez que esses instrumentos negociados tinham por finalidade regular condições de trabalho, tal qual a sentença normativa. A diferença estava apenas na origem normativa, já que esta era fruto do poder normativo da Justiça do Trabalho, enquanto aqueles eram concebidos pela autonomia da vontade coletiva.

Essa, digamos, segunda etapa na vida da Súmula nº 277 do TST durou menos de três anos. Como se disse no início, a mudança ocorrida em setembro de 2012 transformou totalmente o sentido jurídico-legal do verbete jurisprudencial em comento. Eis sua nova redação:

"CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções

coletivas integram de forma definitiva os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho."

Ou seja, da noite para o dia tudo mudou. O que antes vigorava dentro de um prazo determinado, não gerando direito adquirido ou coisa parecida, agora não mais será retirado com o decurso do prazo de vigência do instrumento normativo. Se ultrapassado for o prazo, ainda continuará o direito a vigorar e gerar efeitos, dada a sua ultratividade. Somente um novo processo negocial poderá redundar em alteração das cláusulas anteriormente convencionadas.

Mas, o que seria ultratividade? Para Lilian Gonçalves, "... é a eficácia das cláusulas coletivas de conteúdo normativo sobre os contratos individuais de trabalho por período superior à sua vigência, ou seja, é a aderência definitiva das cláusulas normativas aos contratos individuais de trabalho, independentemente da supressão do benefício ou da extinção da norma convencional instituidora..."6

Interessante notar que a sentença normativa foi retirada da nova composição da referida Súmula. Explica-se pelo fato de que um ano antes, em 2011, a sentença normativa ganhou regulação própria no seu período de vigência por intermédio do Precedente Normativo nº 120 do TST7, enunciado nos seguintes termos:

"SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADE E LIMITES. A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitando, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência."

Àquela altura, o TST já sinalizava uma tendência de permitir a ultratividade de normas reguladoras de condições de trabalho. O seu PN nº 120 já permitia a eficácia da norma mesmo após o seu prazo de vigência. Apenas respeitou o limite legal previsto no parágrafo único do art. 868 da CLT<sup>8</sup>.

Todavia, não podemos deixar de registrar que a Súmula nº 277 do TST, que tanta polêmica tem suscitado nos dias atuais, ante a sua nova diretriz, teve sua origem na aplicação em sentenças normativas proferidas em dissídios coletivos econômicos, e agora não mais a elas se dirige, fixando seu foco de regulação, apenas, nos instrumentos coletivos oriundos do processo de negociação coletiva, ignorados em 1988.

Essa é a regra atual, que tem gerado inúmeras controvérsias no mundo jurídico. É com ela que iremos trabalhar, tentando descobrir o motivo da sua radical alteração.



<sup>6. &</sup>quot;Ultratividade das Cláusulas Normativas", editora LTr, 2008, pág. 101.

<sup>7.</sup> Resolução nº 176/2011, DEJT de 27, 30 e 31/05/2011.

<sup>8.</sup> O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.



Vozes dissonantes emergiram tão logo a nova redação foi divulgada. Algumas a receberam bem, como sinal de estímulo à negociação coletiva e de proteção aos direitos conquistados ao longo de anos de luta. Outras levantaram críticas no sentido de que se tratava de um intervencionismo desnecessário nas relações de trabalho e que o processo negocial estaria engessado a partir de agora.

Todavia, num ponto parece que o consenso foi construído. A mudança de entendimento do TST foi radical e surpreendente. Maurício de Figueiredo Corrêa da Veiga<sup>9</sup> saiu na frente:

De uma hora para outra o entendimento jurisprudencial sofreu uma guinada de 180 graus, sem que tivesse havido qualquer sinalização indicativa de radical mudança. Em suma, até hoje, as decisões eram tomadas em um sentido e a partir da publicação da nova redação do verbete sumular o entendimento será em sentido diametralmente oposto.

Em palestra proferida no 3º Congresso Internacional de Direito do Trabalho, promovido pela Academia Nacional de Direito do Trabalho, em São Paulo, no dia 05 de setembro de 2013, posteriormente transformada em artigo, ao analisar as mudanças advindas com a nova roupagem da Súmula nº 277 do TST, João de Lima Teixeira Filho¹º foi ainda mais minucioso e crítico:

No seio do Tribunal Superior do Trabalho nada prenunciava a abrupta mudança de posição de um 'standard' pretoriano para o seu exato oposto sem que uma única decisão pretérita da própria Corte confrontasse o teor então vigente da Súmula n. 277. Nada de novo no horizonte jurisprudencial para ativar a nobre missão pacificadora do dissenso, que se decanta nos debates e reflexões jurisdicionais até erigir-se em súmula. (....) A própria Resolução n. 185, de 14.9.2012, que dá a conhecer as novas súmulas, não explicita um único precedente ao publicar o novo conteúdo da Súmula n. 277. Basta ler a Resolução citada. Fala só por si. E contrasta com o procedimento diametralmente oposto ao adotado, na mesma Resolução, para as demais súmulas, aprovadas ou revistas no mesmo ensejo, repletas de 'precedentes'".

Em sentido inverso, Cláudio Armando Couce de Menezes<sup>11</sup> atesta que a primitiva redação da Súmula nº 277 do TST, que

consagrava a limitação temporal de eficácia das sentenças normativas, é que não guardava co-relação com a jurisprudência da época. Citando e transcrevendo Délio Maranhão, o magistrado do TRT da 17ª Região ressalta que "... a Súmula n. 277 foi artificialmente decretada, pois não havia julgados anteriores que pudessem servir de referência ao seu enunciado, não retratando, desta maneira, um posicionamento jurisprudencial repetido e constante<sup>12</sup>..."

Mais ou menos na mesma linha de raciocínio, Francisco Rossal de Araújo, Carolina Grieco Rodrigues Dias, Paula Steil Machado e Everton Luiz Kircher de Moraes<sup>13</sup> assim se manifestaram:

Não prosperam as críticas à alteração da redação da Súmula n. 277 quanto ao seu aspecto formal (ausência de precedentes), uma vez que: a) a matéria há muito suscita controvérsia doutrinária e jurisprudencial, sendo suficientemente conhecida e amadurecida por parte dos Ministros do TST; b) a jurisprudência não é estática, sendo inegável a necessidade de revisão da posição do tribunal quando a maioria de seus membros não mais compartilha do entendimento até então consagrado na redação da súmula que trata a matéria; e c) foi prestigiada a segurança jurídica.

A palavra quase oficial do TST veio por intermédio de um artigo jurídico escrito a três mãos. Os Ministros daquela Corte Superior, Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Maurício José Godinho Delgado<sup>14</sup> justificaram a mudança com um argumento constitucional: "A ultra-atividade da norma coletiva, agora retratada na Súmula nº 277 do TST, concilia a jurisprudência com os princípios regentes do Direito do Trabalho, com o pressuposto legal da continuidade normativa e em especial com a regra textualmente consagrada no art. 114, § 2º, da Constituição".

É que a redação do § 2º do art. 114 da CF15, mesmo após a

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção



<sup>9. &</sup>quot;A morte da negociação coletiva provocada pela nova redação da Súmula n. 277 do TST", Revista LTr, Vol. 76,  $n^{\rm Q}$  10, Outubro de 2012, págs. 1172/1176.

<sup>10. &</sup>quot;Considerações sobre a ultra-eficácia de condições coletivas de trabalho e a alteração da Súmula n. 277 do TST", Revista LTr, Vol. 77,  $n^2$  12, Dezembro de 2013, págs. 1422/1428.

<sup>11. &</sup>quot;A Súmula n. 277 do C. TST e a 'ultratividade' das cláusulas coletivas de trabalho (desvendando mentalidades)", Revista LTr, Vol. 78,  $n^2$  04, Abril de 2014, págs. 432/438.

<sup>12.</sup> Revista LTr 52-7/775.

<sup>13. &</sup>quot;Nova redação da Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho - a ultraeficácia das cláusulas normativas: críticas, questionamentos e desafios", Revista LTr, Vol. 78,  $n^{\circ}$  03, Março de 2014, págs. 263/280.

<sup>14. &</sup>quot;A Súmula n. 277 e a defesa da Constituição", disponível em: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28036/2012\_sumula\_277\_aclc\_kma\_mgd.pdf?sequence=1. Acesso em 10/03/2015.

<sup>15.</sup> Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho (§ 2º do art. 114 da CF, com a redação anterior à EC nº 45/2004).

alteração promovida pela Emenda Constitucional  $n^{o}$  45/2004, estipula que o poder normativo exercido pela Justiça do Trabalho tem como limitador o respeito às normas legais de proteção do trabalho e as anteriormente convencionadas.

Portanto, a regra da ultratividade estaria implícita na determinação de se observar aquilo que foi pactuado no passado pelas partes (convencionado anteriormente) no momento da criação de novas condições de trabalho, via poder normativo da Justiça do Trabalho. Tem sentido a explicação, mas ainda voltaremos ao tema mais à frente.

O principal argumento dos que militaram favoravelmente à mudança de orientação vai no sentido de aplicação daquele que é o mais importante princípio do Direito do Trabalho, aquele que dá norte a esse ramo do Direito, ou seja, a proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente da relação de trabalho. A ultratividade das normas coletivas viria socorrer o trabalhador, promovendo-lhe segurança na hora de se iniciar um novo processo de negociação coletiva, ao estimular que o lado empresarial tome a iniciativa do diálogo.

Foi assim que enxergou o Procurador Regional do Trabalho, Ricardo José Macedo de Brito Pereira<sup>16</sup>, que chega a afirmar que o novo entendimento da súmula em análise pode promover a liberdade sindical e fortalecer a negociação coletiva:

A cessação imediata das condições de trabalho, com a expiração do prazo de vigência das convenções e acordos coletivos de trabalho, colocava os empregadores em posição de certo modo vantajosa, transferindo a responsabilidade pela busca da negociação aos representantes dos trabalhadores, premidos pela ameaça imediata de cessação das condições de trabalho anteriormente convencionadas. Agora, inverte-se a situação, cabendo aos empregadores envidar esforços para o início e a conclusão do processo de negociação.

E o autor ainda vai além, rebatendo quaisquer argumentos no sentido contrário:

O argumento sempre utilizado de que empregadores ficarão inibidos de conceder vantagens pelo receio de que sejam incorporadas aos contratos de trabalho espelha bem o realce que se dá à concepção de negociação coletiva com fins de precarização. Essa concepção não corresponde às exigências de diálogo permanente e de boa-fé entre empregadores e trabalhadores, indispensável à dinâmica das relações de trabalho.

Já aqueles que comungam da tese de que a nova diretriz representou um retrocesso nas relações coletivas de trabalho, assim o fazem atacando a excessiva interferência do Judiciário

ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente (§ 2º do art. 114 da CF, com a redação posterior à EC nº 45/2004).

16. "A nova Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho - reflexos na negociação coletiva e no poder normativo da Justiça do Trabalho", Revista LTr, Vol. 77, nº 04, Abril de 2013, págs. 395/401.

numa seara que deveria estar restrita à autonomia privada das partes. Vejamos os sólidos e contundentes argumentos de Antônio Carlos Aguiar<sup>17</sup>:

O TST interpretou os acordos sindicais como se fosse lei. Mandou integrar as condições negociadas (que tinham prazo de validade!) de modo definitivo no contrato individual de trabalho, numa espécie de reconhecimento de direito adquirido (situação usual e adequada para condições previstas em lei e não em convenção ou acordo coletivo de trabalho!) (......) Com todo o respeito, quando se interpretou um contrato coletivo como se fosse lei, na verdade o que fez foi o TST criar um 'quiprocó jurídico' que espanca a segurança jurídica, desrespeita as instituições e sua autonomia coletiva privada; impacta custos para as empresas; além de tratar os representantes sindicais como cidadãos de segunda classe, que não têm autonomia para defender os interesses de seus representados.

Não pretendemos, aqui, dizer quem está com a razão, e o porquê. Reconhecemos que os dois lados levantam fundamentos relevantes e merecem atenção. De uma coisa podemos ter certeza. A modificação na Súmula nº 277 do TST teve um objetivo direto, qual seja, o de incentivar a busca da negociação coletiva diretamente pelas partes para a solução dos seus conflitos coletivos e para a regulamentação das suas condicões de trabalho.

Porém, para finalizar essa parte, uma coisa nos chamou a atenção. Enquanto o prazo de vigência deveria ser observado para as condições de trabalho, nas antigas redações, a ultratividade vai ser aplicada às cláusulas normativas, conforme está na nova redação.

É certo que os contratos coletivos (acordos e convenções coletivas), assim como as sentenças normativas, são compostos de cláusulas normativas e obrigacionais. Enquanto estas últimas obrigam as partes contratantes (acordantes ou convenentes), criando direitos e deveres a quem contatou, sem qualquer interferência direta nos contratos individuais de trabalho das partes ali representadas, aquelas normatizam as relações de trabalho, trazendo regras aplicadas diretamente naqueles pactos laborais aos quais os instrumentos coletivos são destinados.

Ou, para ser claro e direto, "... As cláusulas normativas são destinadas aos contratos individuais de trabalho, que as recepcionam, enquanto as cláusulas obrigacionais vinculam as partes contratantes..."<sup>18</sup>

Por exemplo, enquanto a cláusula de vigência diz respeito a uma obrigação das partes (elas se comprometem a cumprir



<sup>17. &</sup>quot;A negociação coletiva de trabalho (uma crítica à Súmula n. 277, do TST)", Revista LTr, Vol. 77,  $\rm n^o$  09, Setembro de 2013, págs. 1098/1103.

<sup>18.</sup> Renato Rua de Almeida, "Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho", Revista LTr, Vol. 60, nº 12, Dezembro de 1996, págs. 1602/1605

o avençado no prazo ali estipulado), uma cláusula obrigacional, portanto; a cláusula que prevê um adicional de horas extras superior ao mínimo legal se refere a uma norma a ser cumprida pelas mesmas partes, regulamentando o contrato individual de trabalho de quem dela se beneficia, ou seja, uma cláusula normativa.

As cláusulas obrigacionais não são integrativas dos contratos individuais de trabalho, pois não se relacionam diretamente com eles. Já as cláusulas normativas vão incorporar de forma definitiva esses contratos individuais de trabalho, enquanto não houver nova negociação coletiva para substituir aquele instrumento normativo. Aqui está a ultratividade.

Nas redações anteriores, todas as condições de trabalho vigoravam no prazo de vigência do instrumento coletivo, em que pese, como exceção, algumas cláusulas normativas acabavam por integrar aos contratos individuais de trabalho, por força da sua redação, quando projetada para o futuro.

Era o caso, por exemplo, das cláusulas que garantiam emprego e salários a quem se acidentava no trabalho, ou adquiria uma moléstia profissional. Geralmente, essas cláusulas garantidoras traziam expressa a estabilidade, desde o evento acidente ou doença do trabalho, até a aposentadoria do beneficiário dela. Ou seja, a natureza da cláusula já era integrativa do contrato individual de trabalho.

O mesmo acontecia com a estabilidade de quem estava próximo de se aposentar. Se os requisitos estavam preenchidos, ainda que o direito não viesse a ser renegociado ou garantido no instrumento normativo posterior, não poderia mais ser retirado, posto que incorporado ao patrimônio jurídico de quem dele se beneficiou.

Agora parece não haver dúvidas: independente da sua natureza ou da sua redação, toda e qualquer cláusula normativa, tanto dos acordos coletivos quanto das convenções coletivas, são ultrativas, se projetam para o futuro, incorporam os contratos individuais de trabalho, e somente podem ser modificadas ou suprimidas, mediante nova negociação coletiva.

Antes de avançar no tema, entendemos ser o momento de registrar um efeito que a nova Súmula poderá trazer: a data -base perderá importância de agora em diante. Se ultrapas-sado for o período de renovação das condições de trabalho, os instrumentos normativos anteriores continuarão vigendo, o que revoga o § 3º do art. 614¹º e, para os dissídios coletivos, torna praticamente inócua a regra do § 3º do art. 616²º, ambos da CLT. As partes poderão retomar as tratativas a qualquer tempo, não necessariamente no período da data-base, já que somente uma nova negociação coletiva poderá levar à substituição do convênio coletivo até então em vigor.

Frise-se, no entanto, que por uma questão puramente cultural, é bem provável que as partes continuem buscando o

período da data-base como o momento ideal para iniciar um novo processo negocial, mas a imposição legal dos dispositivos consolidados acima referidos, ao que nos parece, deixou de existir.

A relação do Judiciário Trabalhista com as normas oriundas da contratação coletiva de trabalho

O legislador constitucional teve a sensibilidade de entender que, no campo das relações coletivas de trabalho, o processo negocial deveria ser prestigiado, com o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho (inciso XXVI do art. 7º da CF de 1988).

Porém, apesar desse destaque constitucional, o Judiciário Trabalhista tem relutado em aceitar contratos coletivos<sup>21</sup> firmados de forma diversa ao direito legalmente posto. Em nome do princípio protetivo ao trabalhador, que vem moldar o Direito do Trabalho como um todo no nosso sistema, a negociação coletiva de trabalho, ainda que consubstanciada no princípio da autonomia privada coletiva, ou seja, na liberdade que as partes do processo negocial têm de regulamentar toda e qualquer matéria relacionada ao Direito do Trabalho, deve observar alguns limites que a nossa sistemática legislativa impõe. Esses limites são os chamados direitos indisponíveis (que não podem ser renunciados) e as normas de ordem pública (que dizem respeito à saúde e segurança do trabalhador no meio ambiente de trabalho).

O que não devemos é interpretar essa limitação como se fosse a inegociabilidade desses direitos. Do contrário, jamais poderíamos negociar para melhorar aquele mínimo que a legislação nos garantiu, e não há dúvidas de que esse tipo de negociação pode, e deve, ocorrer sempre.

O limitador ao processo de negociação coletiva existe para evitar prejuízos ao trabalhador, parte mais fraca na relação trabalhista, e que, por isso mesmo, mereceu aquela proteção acima referida. E a dificuldade em conciliar o princípio protetivo com a dinâmica da negociação coletiva aparece quando esta última não visa melhorar ou piorar o que está previsto em lei, mas manter o mesmo patamar de direitos, todavia, aplicando-os de forma diferenciada ao que a legislação prevê. É o que chamamos de flexibilização de direitos.

Ocorre que a palavra "flexibilização" encontra-se um tanto quanto desgastada, o que leva a um certo preconceito quando da sua aplicação. Foi muito combatida no passado por representar o sinônimo de precarização. Alguns dogmas precisam ser desmistificados nesse campo.

Há muito tempo se ouve falar que as relações de trabalho somente vão avançar no dia em que houver livre negociação. Esse é o pensamento liberal. Os empresários pregam a não intervenção do Estado, a liberdade negocial. Desde que os trabalhadores tenham um patamar mínimo de direitos, que não possam ser desregulamentados ou precarizados, a negociação coletiva poderia se desenvolver livremente, de acordo com as necessidades de quem negocia.



<sup>19. &</sup>quot;Não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos".

<sup>20. &</sup>quot;Havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, o dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro dos 60 (sessenta) dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo".

<sup>21.</sup> Aqui empregamos o termo "contrato coletivo de trabalho" como o gênero das espécies acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho.

Esse patamar mínimo de proteção não tem garantido a livre negociação no Brasil. Por um lado, como a maioria dos sindicatos não possui uma prática histórica de negociação, levando a regulamentação das condições de trabalho ao Judiciário Trabalhista, via poder normativo deste, por outro lado, a própria Justiça do Trabalho vê com certa desconfiança a contratação coletiva de trabalho que por aqui é praticada, interpretando de forma diversa o que foi a vontade das partes. Adiante explicaremos melhor esse diagnóstico.

O caput do art. 7º da Constituição Federal traz um dos princípios mais importantes para o Direito do Trabalho: a melhoria da condição social do trabalhador, ou a vedação do retrocesso social. Tal significa que, quando o legislador constitucional expressou que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais", quis o mesmo elencar não apenas aqueles que estão previstos nos incisos do mesmo art. 7º, mas também outros que puderem contribuir para "a melhoria de sua condição social".

E muitos desses direitos poderão surgir por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho, inseridos também no contexto dos direitos sociais (inciso XXVI do art. 7º). Resumindo, a autonomia privada coletiva permite que a negociação coletiva tenha por objetivo a adequação setorial, desde que visando, sempre, a melhoria da condição social do trabalhador²².

Nesse sentido, exemplos é que não faltam de negociação coletiva que, objetivando adequar condições de trabalho num dado momento, e numa determinada empresa, acabou por permitir a flexibilização, ainda que temporária, de direitos, para evitar o pior, a demissão, o fechamento de postos de trabalho, visando, em última análise, a melhoria da condição social dos trabalhadores ali envolvidos.

Foi o que aconteceu com o acordo coletivo de trabalho firmado entre o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e a empresa Volkswagen do Brasil Ltda., que dividiu o valor monetário da participação nos lucros e resultados nos anos de 1999 e 2000 em doze parcelas mensais. Ou, ainda, com os acordos coletivos de redução do intervalo intrajornada, que permitem aos trabalhadores maior tempo de lazer com sua família, ao mesmo tempo que trazem a diminuição nos custos do trabalho para as empresas<sup>23</sup>.

O primeiro deles, após interpretações controversas, tanto na 1ª quanto na 2ª instância, foi reconhecido como válido pelo TST, já que demonstrou ao longo do tempo ser a forma ideal encontrada pelas partes negociantes para preservar postos de trabalho, ajustando condições de trabalho dentro de um lapso temporal. Tão reconhecido foi por aquela Corte Superior, que a este ajuste dedicou a sua Orientação Jurisprudencial Transitória nº 73, hoje Súmula nº 14 do Tribunal Regional

22. C.f. Maurício Godinho Delgado, "Direito Coletivo do Trabalho", LTr,  $4^a$  edição, 2011, págs. 57 e segs.

do Trabalho da 2ª Região (TRT/SP)<sup>24</sup>.

Já o segundo não tem merecido compreensão por parte do Judiciário Trabalhista, que insiste em não permitir acordos coletivos que reduzam o intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso, ainda que o art. 71 da CLT, em seu § 3º, autorize a redução desse período de intervalo, desde que haja autorização por parte do Ministério do Trabalho e Emprego e que os trabalhadores não estejam submetidos à jornada extraordinária.

O fundamento para a invalidade desses acordos coletivos está no fato de que a exigência de um intervalo mínimo de uma hora para refeição e descanso representa uma norma de ordem pública, por relacionar-se à saúde do trabalhador e à sua segurança no trabalho, que ao lado dos direitos indisponíveis, representa um limitador na autonomia privada negocial, conforme já mencionado anteriormente.

Com todo o respeito, mas o TST não logrou diferenciar os casos de prejuízos no abuso do processo negocial com os de benefícios em relação ao sistema legal vigente. Ao sumular<sup>25</sup> que torna-se inválida qualquer cláusula contratual que venha

25. SÚMULA Nº 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) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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,  $\S$   $4^\circ$ , da CLT, com redação introduzida pela Lei  $n^\circ$  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 §  $4^{\rm o}$  da CLT.



<sup>23.</sup> Para entender melhor esses acordos, recomendamos outro artigo de nossa autoria, "Em defesa do acordo coletivo com propósito específico", publicado na Revista de Direito do Trabalho da  $2^a$  Região, ano 39,  $n^o$  150, março/abril de 2013, Revista dos Tribunais, págs. 129 a 147, e na Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo,  $n^o$  19, 2013, págs. 61 a 74.

<sup>24. &</sup>quot;Volkswagen do Brasil Ltda. Participação nos lucros e resultados. Pagamento mensal em decorrência de norma coletiva. Natureza indenizatória. A despeito da vedação de pagamento periodicidade inferior a um semestre civil ou mais de duas vezes no ano cível, disposta no art. 3º,§ 2º, da Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, o parcelamento em prestações mensais da participação nos lucros e resultados de janeiro de 1999 a abril de 2000, fixado no acordo coletivo celebrado entre o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e a Volkswagen do Brasil Ltda., não retira a natureza indenizatória da referida verba (art. 7º, XI, da CF), devendo prevalecer a diretriz constitucional que prestigia a autonomia privada coletiva (art. 7º, XXVI, da CF)."

reduzir a menos de uma hora o intervalo intrajornada, o TST colocou na vala comum os maus sindicatos (que firmam acordos coletivos sob imposição empresarial, muitas vezes em troca de interesses pessoais) e os bons sindicatos (que se utilizam dos acordos coletivos para trazer benefícios diretos ou indiretos aos seus representados).

A excessiva interferência do Judiciário Trabalhista nas relações coletivas de trabalho, deixando de reconhecer acordos coletivos firmados por sindicatos representativos, que visam ajustar situações reais desfavoráveis para evitar um mal maior, traduzido na perda de vários postos de trabalho, ou ainda, que lhes dê interpretações diversas daquelas buscadas por quem negociou, tem levado ao desestímulo de um processo mais intenso de pactuação. A nova Súmula nº 277 do TST vai entrar justamente, aqui, pela ausência de negociação coletiva.

Mas não é só. A interpretação emprestada pelo TST ao termo "comum acordo", presente no  $\S$  2º do art. 114 da Lei Fundamental, mudança essa perpetrada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, nos parece ter muito a ver com a nova redação da Súmula nº 277 daquele mesmo Tribunal.

#### Diálogo entre o "comum acordo" e a Súmula nº 277 do TST

Quando o legislador da Reforma do Judiciário acrescentou a necessidade de "comum acordo" entre as partes para invocar o poder normativo da Justiça do Trabalho nos dissídios coletivos de natureza econômica, a certeza que se tinha era que, uma vez mais, as partes estavam sendo estimuladas a buscar a negociação coletiva para solucionar seus conflitos.

A preocupação do legislador constitucional com a valorização da negociação coletiva como meio de solução de conflitos coletivos nunca foi por acaso. A lei infra-constitucional, antes mesmo de 1988 (portanto, quando nem se pensava na Reforma do Judiciário de 2004), já previa o direito à negociação coletiva, condenando sua recusa injustificada no *caput* do art.  $616^{26}$  da CLT, e exigindo sua concretização como condição prévia para a instauração de dissídio coletivo econômico no  $\S 4^{927}$  do mesmo dispositivo consolidado.

Com a Emenda Constitucional nº 45/2004, parece não restar dúvidas quanto à preferência da negociação coletiva em detrimento da solução jurisdicional via dissídio coletivo econômico, como forma de criação de normas jurídicas coletivas, independentemente da outra, não menos importante, função que ambas têm: a solução do conflito coletivo de trabalho.

Tanto é verdade que o legislador constitucional indicou como alternativa primeira à negociação coletiva a arbitragem<sup>28</sup>, o que nos parece claro tanto no § 1º (*"Frustrada a ne-*

gociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros") quanto na parte inicial do § 2º ("Recusando qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem ..."), do seu art. 114, antes de oferecer às partes a solução jurisdicional, via poder normativo, na sequência do mesmo § 2º2º.

Ou seja, a exigência de "comum acordo" serviu como um alerta às partes de que a solução pela via judicial é uma exceção, a ser exercida em último caso, mas sempre por vontade delas.

Porém, ao contrário do que se pode imaginar, o fim do poder normativo da Justiça do Trabalho não foi decretado. A Emenda Constitucional nº 45/2004 ainda manteve o dissídio coletivo de natureza econômica, o que significa que poderá ser exercido, por enquanto, o poder normativo. O que podemos afirmar é que o seu uso foi restringido.

Mas, o que é o poder normativo? Quando ele está presente? Há uma enorme confusão na interpretação do que representa e significa a função de legislar, atribuída excepcionalmente ao Judiciário Trabalhista. Não é em todo dissídio coletivo que iremos encontrar a presenca da normatividade.

O dissídio coletivo pode ser classificado em duas modalidades: o dissídio coletivo econômico e o dissídio coletivo jurídico. O primeiro deles é mais comum e representa o percentual mais elevado das ações dessa natureza. Comecemos por analisar o segundo, porém.

O poder normativo não está presente no caso do dissídio coletivo meramente jurídico, ou mesmo declaratório, como alguns o denominam. Trata-se, nesse caso, de interpretação de normas coletivas já existentes, seja em acordo ou convenção coletiva de trabalho, ou em sentença normativa anterior. Ora, essa é a função própria do Judiciário: interpretar e decidir sobre a aplicabilidade de normas em casos concretos.

A polêmica está presente no caso do dissídio coletivo de natureza econômica. Nele, a Justiça do Trabalho exerce o seu poder normativo quando decide sobre reajustamento salarial e quando aplica novas condições de trabalho, inseridas em novas cláusulas sociais, ou mesmo com a alteração ou extinção de cláusulas pré-existentes.

Ou seja, a sentença normativa (fruto do poder normativo que a Justiça do Trabalho possui ao julgar um dissídio coletivo econômico) tem natureza constitutiva, criando, modificando, ou extinguindo, normas que regulem as condições de trabalho que serão aplicadas aos contratos individuais de trabalho de uma determinada categoria.

de conflitos coletivos de trabalho. O que temos assistido ultimamente, e até de forma bastante preocupante, é o instituto da arbitragem ser utilizado para quitação de direitos individuais, através de câmaras ou tribunais arbitrais, muitos deles de natureza indisponíveis, numa verdadeira fraude contra os direitos trabalhistas mais elementares.

29. Não devemos esquecer que a lógica jurídica na interpretação de um dispositivo qualquer, seja ele constitucional ou infraconstitucional, indica que a imperatividade da norma deve partir do seu caput, estando ali presente a sua finalidade, a sua importância maior, aquilo que o legislador quis regular. Os parágrafos servem para excepcionar ou detalhar a regra geral disposta no caput. Da mesma forma, os incisos e alíneas, quase sempre, são utilizados para taxar ou exemplificar situações oriundas do caput.



<sup>26. &</sup>quot;Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva".

<sup>27. &</sup>quot;Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente".

<sup>28.</sup> Durante quase vinte anos como advogado militante na área sindical, jamais me deparei com a arbitragem enquanto forma de solução

E aqui, podemos afirmar com certeza, o poder normativo sofreu grande limitação. No caso do dissídio coletivo econômico para a criação de novas cláusulas, para alteração ou extinção de cláusulas sociais já presentes, além, óbvio, para a aplicação de novas condições salariais, o poder normativo não pode mais ser invocado de forma unilateral.

A redação do § 2º do art. 114 da CF não comporta outra interpretação senão a de que o dissídio coletivo econômico, para os casos mencionados, depende da anuência dos dois lados do conflito coletivo. O termo "comum acordo" não foi inserido ali por acaso. Aliás, quanto a esse propósito, cabe lembrar que a lei, e com muito mais razão a Constituição, não contém palavras, ou expressões, inúteis.

Passa a ser requisito da ação, ou mesmo um pressuposto processual dela (como a obrigatoriedade de prévia negociação coletiva)<sup>30</sup>. O poder normativo somente pode ser exercido pela Justiça do Trabalho se as partes assim desejarem.

A forma de ajuizamento poderá ser por petição em conjunto, ou por instauração de uma delas com declaração de concordância da outra parte. Se suscitado o dissídio coletivo unilateralmente, sem o aceite do outro lado, em audiência de conciliação (arts. 860 e segs. da CLT) deverá o magistrado instrutor tomar o cuidado de verificar se essa alternativa conta com o consentimento das partes.

Entendemos que o fato de a parte contrária não apresentar contestação ao pedido de julgamento do dissídio coletivo econômico, fazendo apenas a sua defesa normal contra os pedidos da inicial, não parece suficiente para interpretar como concordância tácita ao exercício do poder normativo. Se a nova regra constitucional impõe a condição de concordância mútua, compete ao instrutor do feito verificar o preenchimento dessa condição.

E, ao verificar que o dissídio coletivo não obteve o aceite da parte suscitada, o que deverá ser feito fundamentada e justificadamente, de acordo com o princípio da boa-fé, a função da Justiça do Trabalho passará a ser de intermediação do conflito, via negociação entre as partes, retomando o estágio anterior, porém, desta feita com a colaboração e a experiência do Judiciário Trabalhista<sup>31</sup>.

Em caso de recusa à negociação coletiva e não concordância com o uso do poder normativo, ambas as atitudes sem qualquer justificativa fundamentada, a parte estará agindo com má-fé, o que autoriza o julgamento do dissídio

 $30.\,\mathrm{Neste}$  sentido logo decidiu o TST, conforme RODC nº 546/2004-000-06-00.0 - Ministro Relator João Oreste Dalazen (DJU de 26/10/2007), RODC nº 287/2005-000-11-00.0 - Ministro Relator João Oreste Dalazen (DJU de 10/08/2007), e RODC nº 220/2007-000-03-00.0 Ministro Relator Barros Levenhagen (DJU de 30/11/2007).

31. O TRT da 2ª Região (São Paulo) tem uma longa e proveitosa experiência nessa área, retomando (ou mesmo dando início) o processo negocial quando essa possibilidade demonstra ser mais indicada do que a solução do conflito via poder normativo. Esse processo de negociação coletiva ocorria sob a forma de monitoramento do próprio Tribunal, que acompanhava as partes até que o conflito instalado fosse totalmente resolvido. Nos dias atuais, o seu Núcleo de Conciliação Coletiva tem feito bem esse papel.

coletivo econômico pelo Tribunal competente, uma vez que o conflito coletivo precisa ser solucionado, em nome da paz social reclamada pela sociedade, que não pode conviver com conflitos em evidência, ainda que não haja interesse público diretamente envolvido no caso.

Até mesmo porque, independentemente de concordância mútua para o uso do poder normativo, é função estatal da Justiça do Trabalho decidir o conflito coletivo instaurado, conforme o mesmo § 2º do art. 114 constitucional prevê no termo "... podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, ..." . Nessa hipótese, não há, necessariamente, poder normativo, pois a solução do conflito coletivo não passa, de forma obrigatória, pela constituição, modificação ou extinção de um direito já existente em norma coletiva anterior.

E, como requisito essencial para o dissídio coletivo econômico, o acordo prévio não pode ser interpretado como ofensa ao art. 5º, inciso XXXV, da CF, na medida em que essa ação de natureza coletiva não se insere no âmbito de garantia individual que o legislador constituinte quis proteger.

A limitação ao uso do poder normativo restou evidente, também, ao dispor a parte final do dispositivo constitucional em apreço que "... respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente." Significa dizer que, mesmo quando invocado pelas partes, o poder normativo sofreu restrições, ao ter que observar a regra legal transcrita.

Ao proferir uma sentença normativa num dissídio coletivo econômico, o Tribunal prolator (TRT ou TST, conforme o caso) deverá levar em conta a proteção mínima que a legislação pátria garante e as cláusulas preexistentes acordadas entre as partes litigantes, o que inclui aquelas deferidas em sentença normativa anterior.

Nota-se, aqui, uma preocupação do legislador constitucional em garantir as conquistas trabalhistas já sacramentadas em instrumentos coletivos anteriormente ajustados, evitando que a sentença normativa (e porque não, o acordo coletivo e a convenção coletiva posterior, em caso de negociação) seja aplicada para retirar esses direitos conquistados. Já seria uma ultratividade disfarcada?

A outra hipótese de uso do poder normativo pode estar presente no § 3º do art. 114 da CF. Isso porque, no caso de greve em serviço ou atividade essencial, com possibilidade de haver lesão ao interesse público, está o Ministério Público do Trabalho autorizado a ingressar com o dissídio coletivo. A decisão daí proferida poderá vir do poder normativo, desde que presente a sua natureza constitutiva de direito, criando, extinguindo ou modificando norma coletiva anterior.

Também aqui, da mesma forma, se a função do Judiciário ficar restrito à mera solução do conflito que originou o movimento de parede, sem nenhuma criação de norma jurídica, não podemos afirmar que o poder normativo esteve presente.

A rigor, pois, duas são as hipóteses de manutenção do poder normativo: quando as partes de "comum acordo" desejarem o seu exercício e quando o Ministério Público do Trabalho vislumbrar a possibilidade de lesão a interesse público numa greve ocorrida em atividade essencial. Ainda assim, com as



restrições acima verificadas. Nos demais casos, não há que se falar em poder normativo.

Essa análise já havíamos feito anteriormente<sup>32</sup> e não nos parece ter sofrido alterações nesses últimos anos. Assim como alguns ainda insistem em interpretar que, no caso de greve, o poder normativo pode ser acionado por quaisquer das partes, face ao que diz o inciso II do art. 114 da Lei Fundamental.

Com todo o respeito, não entendemos bem assim. O que o legislador constitucional quis dizer com o inciso II do art. 114 é que todos os atos decorrentes do movimento grevista poderão ser objeto de apreciação do Judiciário Trabalhista. Atos como depredações do patrimônio empresarial, constrição ao direito de ir e vir (os interditos proibitórios), ameaças e agressões físicas ou verbais, dispensas por justa causa, práticas anti-sindicais, etc.

Não significa, porém, autorização para que, no julgamento do mérito da greve, haja uma abertura para o deferimento ou não das reivindicações por meio dela pretendidas, via poder normativo. Sem a concordância da outra parte tal não será possível também. Frisamos novamente, solucionar o conflito coletivo é função do Judiciário, mas o seu poder de normatizar depende da vontade conjunta das partes.

Do contrário, não haveria necessidade de acrescentar o § 3º ao art. 114 da CF. Não precisaria estar expresso que o Ministério Público do Trabalho está autorizado a suscitar dissídio coletivo nos casos de greve em atividade essencial, se houver lesão ao interesse público, pois qualquer das partes poderia assim proceder.

Ora, se houve necessidade de prever essa hipótese é porque o inciso II do dispositivo constitucional em comento não autoriza todo e qualquer dissídio coletivo de greve. Novamente vale a máxima de que a Constituição não contém palavras inúteis.

A interpretação que muitos Tribunais Regionais do Trabalho deram ao tal "comum acordo" acabou por afrontar a posição adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Enquanto aqueles praticamente ignoravam a exigência do "comum acordo", sob o argumento de que este requisito representaria uma faculdade das partes, ou mesmo que a regra estaria ferindo o direito de acesso ao Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CF), como já dito acima, ultrapassando essa preliminar e adentrando ao mérito dos dissídios coletivos, aquele passou a exigir o "comum acordo" como pressuposto processual da ação de dissídio coletivo econômico, sob pena de extinção do feito sem julgamento do mérito.

Com todo o respeito, entendemos que os dois lados erraram na interpretação. Primeiro, não podemos considerar como faculdade uma obrigação que está expressa na Constituição Federal. Segundo, não devemos exigir um entrave burocrático para extinguir sem julgamento do mérito, quando o dissídio coletivo representa uma forma de solucionar conflitos coletivos, sem exigências extremamente formais, em que, por vezes, os fins justificam os meios.

Se houve manifestação contrária ao uso do poder normativo para solucionar um conflito coletivo, o Judiciário Trabalhista deveria insistir na retomada da etapa anterior, a negociação coletiva, desta feita com a mediação do próprio Tribunal. Isso porque, conforme já analisado anteriormente, o conflito não pode ficar sem solução, em nome da paz social. Extinguir o dissídio coletivo sem a solução do conflito, pedimos vênia, significa "lavar as mãos". É o mesmo que negar a jurisdição às partes, jurisdição essa que a Constituição somente concedeu à Justiça do Trabalho.

Aceitamos o argumento de que a posição adotada pelo TST visou incentivar as partes a buscarem na negociação coletiva direta entre elas a melhor forma solucionar seus conflitos coletivos. Mas não foi o que ocorreu. A exigência de "comum acordo", sob pena de extinção dos dissídios coletivos econômicos levou a um vazio legislativo em muitas categorias.

Aqueles sindicatos mais representativos, que praticam a negociação coletiva constantemente, não sofreram esses efeitos e não tiveram seus direitos diminuídos ou suprimidos. São sindicatos representativos de categorias que passam longe dos Tribunais do Trabalho.

Mas, aqueles sindicatos sem poder de fogo, que não conseguem mobilizar a categoria, que não se utilizam do instrumento legal da greve, sobretudo os que representam categorias diferenciadas, esses sim, sofreram (e ainda sofrem) os resultados de uma decisão extinguindo o dissídio coletivo por ausência de concordância das partes.

Quem mais se beneficiou dessa posição do TST foram os sindicatos representativos das categorias econômicas. Na prática, quase sempre quem ingressa com o dissídio coletivo é o sindicato profissional. Em defesa, o sindicato patronal argüia como preliminar a necessidade de "comum acordo" para o processamento do dissídio coletivo, e conseqüente uso do poder normativo, negando tal direito. Com isso, o vazio legislativo era inevitável, já que os instrumentos coletivos anteriores (sentença normativa, acordo coletivo ou convenção coletiva) chegavam ao seu prazo final de vigência sem qualquer renovação.

O TST percebeu que a dose do remédio por ele ministrada foi muito amarga. Diante desse quadro, não temos dúvida em afirmar, o TST houve por bem modificar sua Súmula nº 277, adotando a ultratividade das cláusulas normativas como regra. Somente esse diagnóstico explicaria tão radical alteração no sentido de um verbete jurisprudencial, sem acúmulo de precedentes judiciais autorizando essa nova posição.

É a leitura que fazemos do que ocorreu.



<sup>32.</sup> Ver artigos de nossa autoria, "Poder Normativo: momento de transição", publicado na Revista LTr nº 06, de junho de 2005, págs. 694 a 698, e na Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, ano 10, nº 12, 2006, págs. 125 a 134; e "O poder normativo da Justiça do Trabalho após cinco anos da nova regra", publicado no livro "Direito Coletivo do Trabalho", organizado por Candy Florêncio Thomé e Rodrigo Garcia Schwarz, Editora Elsevier, abril de 2010, págs. 309 a 316, bem como no livro "Leituras Complementares de Direito e Processo do Trabalho", organizado por Bruno Freire e Silva, Editora JusPODIVM, novembro de 2010, págs. 47 a 56.

#### **AUTORES CONSULTADOS:**

- AGUIAR, Antônio Carlos, "A negociação coletiva de trabalho (uma crítica à Súmula n. 277, do TST)", Revista LTr Legislação do Trabalho, São Paulo: Volume 77, nº 09, Setembro de 2013.
- ALMEIDA, Renato Rua, "Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho", Revista LTr Legislação do Trabalho, São Paulo: LTr, Volume 60, nº 12, Dezembro de 1996.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de, DIAS, Carolina Grieco Rodrigues, MACHADO, Paula Steil, e MORAES, Everton Luiz Kircher de, "Nova redação da Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho a ultraeficácia das cláusulas normativas: críticas, questionamentos e desafios", Revista LTr Legislação do Trabalho, São Paulo: LTr, Volume 78, nº 03, Março de 2014.
- CARVALHO, Augusto César Leite de, ARRUDA, Kátia Magalhães, e DELGADO, Maurício José Godinho, "A Súmula n. 277 e a defesa da Constituição", site do TST acessado em 10/03/2015: <a href="http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28036/2012\_sumula\_277\_aclc\_kma\_mgd.pdf?sequence=1">http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/28036/2012\_sumula\_277\_aclc\_kma\_mgd.pdf?sequence=1</a>.
- DELGADO, Maurício Godinho, Direito Coletivo do Trabalho, São Paulo: LTr, 4ª edição, 2011.
- GONÇALVES, Lilian, Ultratividade das Cláusulas Normativas, São Paulo: LTr, 2008.
- MEIRELLES, Davi Furtado, Negociação Coletiva no Local de Trabalho: A experiência dos metalúrgicos do ABC, São Paulo: LTr, 2008.
- "Em defesa do acordo coletivo com propósito específico", Revista de Direito do Trabalho da 2ª Região, ano 39, nº 150, março/abril de 2013, e Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, nº 19, 2013.
- "Poder Normativo: momento de transição", Revista LTr Legislação do Trabalho, São Paulo: LTr nº 06, Junho de 2005, e Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, ano 10, nº 12, 2006.
- "O poder normativo da
  Justiça do Trabalho após cinco anos da nova regra", Direito Coletivo do Trabalho, organizado por Candy Florêncio
  Thomé e Rodrigo Garcia Schwarz, Editora Elsevier, abril de
  2010, e Leituras Complementares de Direito e Processo do
  Trabalho, organizado por Bruno Freire e Silva, Editora JusPODIVM, novembro de 2010.

- MENEZES, Cláudio Armando Couce de, "A Súmula n. 277 do C. TST e a 'ultratividade' das cláusulas coletivas de trabalho (desvendando mentalidades)", Revista LTr Legislação do Trabalho, São Paulo: LTr, Volume 78, nº 04, Abril de 2014.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Compêndio de Direito Sindical, 7ª edição, São Paulo: LTr, 2012.
- PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito, "A nova Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho reflexos na negociação coletiva e no poder normativo da Justiça do Trabalho", Revista LTr Legislação do Trabalho, São Paulo: LTr, Volume 77, nº 04, Abril de 2013.
- SIQUEIRA NETO, José Francisco, Contrato Coletivo de Trabalho - Perspectiva de rompimento com a legalidade repressiva, São Paulo: LTr, 1991.
- VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da, "A morte da negociação coletiva provocada pela nova redação da Súmula n. 277 do TST", Revista LTr Legislação do Trabalho, São Paulo: LTr, Volume 76, nº 10, Outubro de 2012.





Mestrando e Especialista em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da USP Juiz do Trabalho Substituto do TRT-2 ex-Procurador da Fazenda Nacional

# ADICIONAL DE PERICULOSIDADE E ARMAZENAMENTO DE INFLAMÁVEIS (ÓLEO DIESEL) PARA GERADORES. POR UMA NECESSÁRIA RELEITURA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N.º 385 DA SDI-I DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Palavras-chaves. Adicional de Periculosidade, Inflamáveis, Construção Vertical, Bacia de Segurança e Orientação Jurisprudencial n.º 385.

#### <u>Introdução</u>

No presente artigo pretendemos abordar a polêmica questão do reconhecimento do direito ao adicional de periculosidade aos trabalhadores que se ativam em edificações verticais nas quais exista o armazenamento de inflamáveis para o abastecimento de geradores, apresentando a natureza e origem do adicional de periculosidade, com especial destaque para o histórico da regulamentação técnica, da jurisprudência e, ao final, apresentando o atual panorama normativo com uma análise crítica do tema e da atual redação da Orientação Jurisprudencial n.º 385 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho.

#### Adicional De Periculosidade. Natureza. Origem. Atuais Perspectivas

A onerosidade característica das relações de emprego enseja o direito ao obreiro ao recebimento de uma contraprestação remuneratória pelas atividades pactuadas como objeto de um contrato de trabalho.

Além do salário, que se constitui na contraprestação principal e habitual de um contrato de trabalho, podem existir por força de lei, norma coletiva, ou do próprio contrato, parcelas que, embora também possuam natureza remuneratória, estão dotadas de características peculiares que as afastam tecnicamente do conceito de salário.

Para o objeto central do presente estudo, ganha relevo o estudo dos assim denominados adicionais, ou seja, parcelas contraprestativas devidas ao empregado e, normalmente, relacionadas ao exercício do trabalho em condições mais gravosas<sup>33</sup>.

O adicional de periculosidade como espécie desta categoria encontra-se atualmente regulamentado no artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>34</sup>, sendo que sua

33. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 766.

34. Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do traba-

positivação no ordenamento pátrio remonta ao advento da lei ordinária n.º 2.573/1955 e do Decreto n.º 40.119/1956 que a regulamentou.

Na origem, o referido adicional foi instituído em benefício de todos os trabalhadores que exerciam suas atividades em contato permanente com inflamáveis em condições de periculosidade, assim entendidos os riscos decorrentes do transporte, da carga e descarga de inflamáveis, do reabastecimento de aviões de caminhões-tanques e de postos de serviço, enchimento de latas e tambores, dos serviços de manutenção e operação em que o trabalhador se encontre sempre em contato com inflamáveis e, ainda, aqueles em recintos onde estes eram armazenados e manipulados (artigo 2º da lei 2.573/1955).

O Decreto n.º 40.119/1956, ao regulamentar o instituto, também estabeleceu que os empregadores delimitariam, ad referendum da Divisão de Higiene e Segurança do Trabalho, do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, as áreas dos locais de trabalho considerados perigosos para fins de percepção do adicional (artigo 6º).

Em 1965, o então Ministério do Trabalho e Previdência Social - MTPS editou a Portaria n.º 608 estabelecendo novos parâmetros acerca de atividades em contato permanente com inflamáveis, sendo que tal ato normativo especificou as áreas nas quais se considerava que o trabalho era exercido em condições aptas à percepção do adicional de periculosidade.

Com o advento da lei ordinária n.º 6.514/77 efetivou-se alteração em todo o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT que tratava da segurança e medicina do trabalho, sendo, a partir de tal data, expandido o direito à percepção do adicional de periculosidade também ao empregado que exercia atividade em contato permanente com explosivos e em condições de risco acentuado.

Em face de tal alteração promovida no bojo da própria CLT e após substancial trabalho desenvolvido por especialistas da Fundacentro em curto período de tempo 35, o Ministério do

lhador a: (Redação dada pela Lei  $n^2$  12.740, de 2012) I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; (Incluído pela Lei  $n^2$  12.740, de 2012) II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei  $n^2$  12.740, de 2012)

35. Em fevereiro e março, se reúne grupo de trabalho com a participação de 19 profissionais das áreas técnicas da Fundacentro, sob co-



Trabalho e do Emprego - MTE editou a Portaria n.º 3.214/1978 com o objetivo de regulamentar em 28 (vinte e oito) normas específicas diversas questões relativas à segurança e medicina do trabalho.

A referida Portaria do MTE, especificamente em sua Norma Regulamentadora n.º 16 (NR-16), passou desde 1978 a tratar especificamente de todas as atividades e operações perigosas e, ainda, se constituiu no principal marco normativo técnico da matéria, tendo em vista que fixa taxativamente quais são as áreas de risco em que a execução das atividades enseja a percepção do adicional de periculosidade pelo trabalhador 36.

Além das sucessivas alterações em tal marco normativo técnico, oportuno destacar que, nos últimos anos, verificouse também uma clara expansão das condições, até então taxativas, para a percepção do adicional de periculosidade, porém, em claro desacordo com a origem histórica do instituto e por evidente opção política dos Poderes Legislativo e Executivo, como se verifica, por exemplo, da atual redação do artigo 193 II da CLT, que alberga a concessão do benefício aos empregados que se expõem a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial <sup>37</sup>.

Tal opção política, embora tenha justificativa em legítimas demandas de determinadas categorias profissionais pela ma-

ordenação de Clóvis Toiti Seki e com a colaboração de José Manuel O. Gana Soto, Clóvis Eduardo Meirelles e Geraldo Bueno Martha, para a elaboração das Normas Regulamentadoras (NRs) da Lei no 6.514 de 22 de dezembro de 1977. As NRs são aprovadas pela Portaria no 3.214 do ministro do Trabalho Arnaldo da Costa Prieto em 08 de junho (DOU de 06/07/78 - suplemento), condensando em único instrumento legal todas as normas disciplinadoras da segurança e medicina do trabalho de forma inteiramente distinta da usada no passado (Disponível em http://www.fundacentro.gov.br/arquivos/projetos/grh/1978%20 18.06.pdf. Acesso em 13.10.2014).

36. É importante ressaltar que a Portaria n.º 518/2003 do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE também se constitui atualmente em outro marco normativo técnico fixando as condições para percepção do adicional de periculosidade em caso de exposição à radiação ionizante. Embora ainda exista intensa controvérsia acerca da ilegalidade da Portaria ante os exatos limites do artigo 193 da CTL, o Tribunal Superior do Trabalho fixou entendimento pela legalidade do ato normativo do MTE, consoante se depreende do entendimento consagrado na OJ n. 345 da SDI-I (ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÃO IONIZANTE OU SUBSTÂNCIA RADIOATIVA. DEVIDO (DJ 22.06.2005) A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho n.º s 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 07.04.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, "caput", e inciso VI, da CLT. No período de 12.12.2002 a 06.04.2003, enquanto vigeu a Portaria nº 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade).

37. A lei ordinária n.º 12.997/2014 acrescentou  $\S$  4º ao art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT para considerar perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta.

joração de suas remunerações, acaba por concretizar aspecto negativo dos institutos do adicional de insalubridade e periculosidade que há muito tempo já era apontado por ilustres juslaboralistas, qual seja, o fato de que, ao se atribuir um caráter de majoração salarial ao instituto, ele acabe por monetizar o risco e ser, muitas vezes, desejado pelos empregados, razão pela qual tais condições de trabalho deixariam de ser necessariamente repelidas e modificadas pelos empregadores.

Nesse sentido, são de grande valia os ensinamentos do mestre A.F. Cesarino Júnior, quando destacava em relação ao adicional de insalubridade que:

Parece-nos muito importante ressaltar esse caráter penal do adicional de insalubridade. Com efeito, se o interpretamos como remuneração, a consequência lógica – e que a prática também tem evidenciado – é a de que o empregador, havendo pago tal remuneração suplementar pelo risco corrido pelo empregado, se desinteressa em promover, de forma espontânea as necessárias medidas de higiene e segurança, somente o fazendo compulsoriamente. E o empregado, por sua vez, ávido de receber a majoração salarial, igualmente não se preocupa em exigir a efetivação daquelas medidas. <sup>38</sup>

Some-se a esse aspecto crítico a persistente prevalência individual da tutela processual dos direitos trabalhistas e o problemático sistema das perícias no âmbito do processo e da Justiça do Trabalho, que acabam muitas vezes contribuindo para uma indevida monetização do tema, conforme já tivemos oportunidade de destacar em outro estudo <sup>39</sup>.

Ultrapassadas essas questões, passaremos agora a tratar da problemática acerca da regulamentação técnica do adicional de periculosidade por contato permanente com inflamáveis e em razão do armazenamento em tanques, que se constitui em objeto central do presente estudo.

#### Nr-16 e Nr-20. Adicional de Periculosidade. Armazenamento de Inflamáveis em Tanques

Inicialmente quanto a este tópico cumpre ressaltar que, na atualidade, a fonte normativa primária que assegura o direito ao adicional de periculosidade é o artigo 193 da CLT, o qual estabelece a exigência de risco acentuado pela exposição permanente do trabalhador a inflamáveis e fixa que tal atividade será regulamentada pelo Ministério do Trabalho.

A fonte normativa secundária é especificamente a NR-16 da Portaria n.º 3.214/1978, a qual é a norma técnica por excelência e em seus itens 16.1 e 16.2 fixa que em tal capítulo é que se tratará das atividades e operações perigosas que asseguram ao trabalhador a percepção de adicional de 30% incidente sobre salário, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participação nos lucros da empresa.



<sup>38.</sup> JUNIOR, A.F. Cesarino. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980. p. 265.

<sup>39.</sup> VEGAS JÚNIOR, Walter Rosati. Aspectos práticos da prova pericial no âmbito do processo do trabalho. LTr - Suplemento Trabalhista. São Paulo, a. 47, n. 73, 2011. p. 378.

Desse modo, evidente que é na supracitada NR-16 e em seus anexos que estarão fixados os parâmetros exatos em que o trabalho será considerado de risco acentuado, seja pela atividade em si ou mesmo pela forma e local em que a operação daquela é realizada, não cabendo ao intérprete fazer ilações de risco acentuado fora das hipóteses fixadas naquele.

No caso da atividade de transporte de explosivos, por exemplo, a NR-16 estabelece claramente que todos os trabalhadores nesta atividade têm direito ao adicional de periculosidade, independentemente da localização da cabine do veículo ou mesmo do volume transportado.

É importante, ainda, que se fixe a premissa que em nenhum momento a NR-20, que se constitui em outro capítulo da Portaria n.º 3.214/1978 e trata de segurança e saúde no trabalho com inflamáveis e combustíveis, pode ser considerada como a fonte primária ou mesmo secundária do adicional de periculosidade em si, mas sim como mera referência técnica para o adequado tratamento das duas questões acima citadas (segurança e saúde).

No que concerne especificamente ao objeto central do presente estudo, necessário se faz relembrar que, já no artigo 4º da Portaria n.º 608/1965, a qual foi a precursora da atual NR-16, restou expressamente fixado que, para os tanques de inflamáveis líquidos, seria considerada apenas a bacia de segurança como área de trabalho em condições de periculosidade, sendo que, para os tanques elevados, foi estabelecida a área de 3 (três) metros de raio com centro nos pontos de vazamento eventual.

O anexo 2 da atual redação da NR-16 contem regra praticamente idêntica à da norma administrativa que lhe antecedeu, pois também estabelece que se entendem como em condições de risco acentuado quaisquer atividades executadas dentro da bacia de segurança dos tanques, quando se tratar de local com armazenagem de inflamáveis líquido, em tanques ou vasilhames.

A ainda atual polêmica acerca do armazenamento de inflamáveis para geradores surge basicamente dos conceitos técnicos fixados para tanques e vasilhames, bem como dos limites de armazenamento daqueles em cada um destes objetos.

Como a NR-16 não trata especificamente em seu glossário do conceito técnico de líquidos inflamáveis, de tanques e mesmo de vasilhames, fazendo inclusive menção expressa que, para os efeitos do adicional de periculosidade, aqueles conceitos estão definidos na NR-20, esta última passou a ser a norma utilizada como parâmetro para a devida conceituação técnica daqueles termos.

A NR-20 define que "líquido inflamável" é o que possui ponto de fulgor inferior a 60º C (sessenta graus centígrados) e que "líquido combustível" é aquele que possua ponto de fulgor igual ou superior a 70ºC (setenta graus centígrados) e inferior a 93,3ºC (noventa e três graus e três décimos de graus centígrados) (itens 20.3.1 e 20.3.3).

Tuffi Messias Saliba e Márcia Angelim Chaves Corrêa asseveram, em interessante obra sobre aspectos técnicos e práticos da insalubridade e periculosidade, que o primeiro pres-

suposto para a configuração da periculosidade é conhecer o ponto de fulgor da substância, ressaltando que, em algumas hipóteses de armazenamento de líquido combustível, sequer seria possível o enquadramento técnico pela concessão do adicional de periculosidade aos empregados, ante os estritos termos da NR-16 <sup>40</sup>.

No caso dos geradores utilizados em edifícios residenciais e comerciais, o abastecimento se dá comumente pela utilização de óleo diesel, o qual possui ponto de fulgor em torno de 38º C <sup>41</sup> e, por conseguinte, é classificado como inflamável, nos termos da Norma Regulamentadora 20 do MTE.

Quanto ao armazenamento de líquidos inflamáveis, dispunha a redação da NR 20 anterior a 29 de Fevereiro de 2012, em seus itens 20.2.7 e 20.2.13, que "os tanques para armazenamento de líquidos inflamáveis somente poderão ser instalados no interior de edifícios sob a forma de tanques enterrados", sendo que "o armazenamento de líquidos inflamáveis dentro do edifício só poderá ser feito com recipientes cuja capacidade máxima seja de 250 (duzentos e cinquenta) litros por recipiente."

Portanto, ante os limites técnicos, todos os tanques contendo líquidos inflamáveis no interior de edifícios apenas poderiam ser instalados "sob a forma de tanques enterrados", ou seja, deveriam ser colocados "debaixo da terra", e não serem instalados de forma elevada no interior dos edifícios, normalmente nos subsolos.

Em face de tal limitação técnica, ou seja, considerando que a NR-20 apenas permitia que fossem considerados como tanques aqueles efetivamente enterrados, grande parte dos engenheiros e demais técnicos responsáveis pela análise das condições de periculosidade no âmbito de perícias judiciais passou a estabelecer que todos os tanques não enterrados deveriam ser enquadrados como vasilhames do ponto de vista técnico 42.

Não obstante o armazenamento do inflamável necessário ao abastecimento de um gerador dentro do subsolo do edifício fosse realizado, de fato, em um tanque vedado, que notoriamente era diferente de um singelo vasilhame do ponto de vista de qualquer cidadão comum, tecnicamente alguns especialistas passaram a considerar que aquele deveria ser enquadrado como vasilhame ou recipiente <sup>43</sup>.

Desse modo, e em face do que estabelecia a disposição contida no item 20.2.13 supracitado, a existência nas



<sup>40.</sup> SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 156.

<sup>41.</sup> Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Ponto\_de\_fulgor. Acesso em: 11.11.2014.

<sup>42.</sup> O dicionário Houaiss fixa que se deve entender por vasilhame o "recipiente para armazenar líquidos ou sólidos". Disponível em http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=vasilhame. Acesso em: 31.10.2014.

<sup>43.</sup> O próprio glossário existente já na redação originária da NR-16 conceitua recipiente como qualquer elemento de contenção, com quaisquer meio de fechamento, destinados a receber e conter líquidos inflamáveis, dando como exemplos latas e garrafas.

edificações verticais de qualquer "tanque" não enterrado armazenando óleo diesel em limite superior a 250 (duzentos e cinquenta) litros ensejaria o descumprimento da NR-20.

Dentro da premissa adotada no presente estudo, em especial ante os exatos limites das fontes normativas primária e secundária do adicional de periculosidade, tal fato não deveria acarretar, por si só, o reconhecimento ao direito à percepção do adicional de periculosidade pelo empregado.

O fundamento para tal conclusão era basicamente uma interpretação subjetiva de risco acentuado e a disposição técnica contida na NR-16 no sentido que, na atividade de armazenamento de vasilhames que contenham inflamáveis líquidos em recinto fechado, a área de risco para fins de percepção do adicional de periculosidade seria toda a área interna do recinto e não apenas a bacia de segurança.

Antonio Carlos Vendrame, em artigo publicado no ano de 2005, já advertia acerca do erro de tal enquadramento técnico no sentido da extensão do adicional de periculosidade para todos os trabalhadores que se ativam em pavimentos distintos do recinto de armazenamento, destacando que:

Seria até razoável caracterizar a periculosidade por inflamáveis para aqueles trabalhadores que tenham ingressado no recinto onde se encontram os ditos tanques, ainda que a legislação estabeleça como área de risco somente a bacia de segurança do tanque. Ocorre que os profissionais têm justificado seu pretenso enquadramento com base na letra "s" do item 3 do anexo 2 da NR-16, que trata especificamente de vasilhames e não tanques. Tanques são equipamentos estacionários, ao contrário de vasilhames que podem ser movimentados, daí a legislação estabelecer enquadramentos distintos para ambos. Uma vez que o tanque é estacionário, a área de risco está restrita à bacia de segurança; no caso dos vasilhames, como são movimentáveis, a área de risco propaga-se por todo o recinto interno. Aliás, compreenda-se como recinto interno o espaço delimitado por paredes, piso e teto.

Os enquadramentos realizados consideram os edifícios como um único recinto, de forma a validar a periculosidade em todos os seus andares, independentemente dos tanques estarem no térreo ou subsolo e o trabalhador prestar seu labor, por exemplo, no 20º andar! Na realidade, é um desatino considerar um edifício, em sua totalidade, como único recinto fechado; pior, ainda, é utilizar a justificativa de que o edifício está interligado internamente através de escadas, elevadores, corredores e portas. Ora, será que existe algum prédio cujos andares não sejam interligados por escadas, elevadores, corredores e portas? Tal modelo de prédio é surreal, pois todos os andares seriam totalmente fechados (uma vez que não possuiria escadas, elevadores, corredores ou portas), impedindo, inclusive, o acesso de pessoas. 44

A polêmica em questão chegou inclusive ao Tribunal Su-

perior do Trabalho, que, diante de tal questão, pacificou em Junho de 2010 o tema no sentido que o adicional de periculosidade seria devido a todos aqueles que trabalham em construção vertical em que ocorre armazenamento de líquido inflamável acima do limite legal, como se depreende do entendimento consagrado na orientação jurisprudencial n.º 385 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais - SDI-I 45.

Um dos principais precedentes que ensejou a edição de tal orientação jurisprudencial foi a decisão de relatoria do então Ministro Carlos Alberto Reis de Paula proferida em 18.06.2007 pela SDI-I nos autos do processo 2012/2001-074-02-00.3, a qual, ao analisar o cerne da questão, firmou as seguintes premissas:

Ora, se a NR 16, editada pelo Ministério do Trabalho, alude a toda área interna do recinto, por certo que os especialistas do Ministério do Trabalho visaram a proteger o maior número de pessoas que circulassem no ambiente de trabalho tido como perigoso.

Ademais, tratando-se de edifício que possui construção vertical, não se sabe se a laje de separação de andares é suficiente para isolar o dano decorrente de virtual explosão.

Assim, ainda que o Reclamante trabalhe fora da área onde se encontravam os reservatórios de óleo diesel, faz jus ao adicional de periculosidade, haja vista trabalhar dentro de edifício onde estavam instalados os tanques contendo líquido inflamável.  $^{46}$ 

Não obstante atualmente inexista no ordenamento jurídico pátrio efeito vinculante em relação ao entendimento firmado em tais orientações jurisprudenciais<sup>47</sup>, não se pode desconsiderar que o posicionamento firmado por órgão de cúpula acaba por influenciar substancialmente as decisões judiciais que analisam idêntica questão a partir do momento de edição do precedente.

Tuffi Messias Saliba e Márcia Angelim Chaves Corrêa também



<sup>44.</sup> VENDRAME Antonio Carlos. O reiterado erro que pode se tornar jurisprudência. Revista de Previdência Social. São Paulo, a. 29, n. 292, mar. 2005. p. 192.

<sup>45.</sup> OJ-SDI1-385. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DEVIDO. ARMAZE-NAMENTO DE LÍQUIDO INFLAMÁVEL NO PRÉDIO. CONSTRUÇÃO VERTICAL. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010) É devido o pagamento do adicional de periculosidade ao empregado que desenvolve suas atividades em edifício (construção vertical), seja em pavimento igual ou distinto daquele onde estão instalados tanques para armazenamento de líquido inflamável, em quantidade acima do limite legal, considerandose como área de risco toda a área interna da construção vertical.

<sup>46.</sup> Disponível em <a href="http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?d=BLNK&s1=385&s2=bddi.base.&pg1=NUMS&u=http://www.tst.gov.br/jurisprudencia/brs/nspit/nspitgen\_un\_pix.html&p=1&r=1&f=L3;1;('4217214'.NIA.);all;BLNK&l=0. Acesso em: 11.11.2014.

<sup>47.</sup> O artigo 521 do atual texto do projeto de lei do novo Código de Processo Civil fixa que para dar efetividade aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia os juízes e tribunais seguirão os enunciados das smulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Disponível em <a href="http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=5e-513900c9435148931ae6646f9455fa">http://www.direitoprocessual.org.br/download.php?f=5e-513900c9435148931ae6646f9455fa</a>. Acesso em: 11.11.2014.

apresentam contundente crítica ao entendimento consagrado na OJ n.º 385 da SDI-I:

Esse entendimento, com todo o respeito aos juízes do TST, a nosso ver, é equivocado e carece de embasamento científico sobre os riscos de armazenamento de óleo diesel (líquido inflamável) instalado na garagem de um prédio para alimentar, por exemplo, um gerador de emergência. O  $10^{\rm o}$  andar é área considerada de risco, no entanto, a probabilidade de risco da integridade física de um indivíduo, que trabalha nesse local, é ínfima em caso de acidente.  $^{48}$ 

Especialmente após a edição do supracitado entendimento jurisprudencial no ano de 2010 e, ainda, diante da permanência da limitação técnica dos itens 20.2.7 e 20.2.13 da NR-20 do MTE, aumentaram de forma substancial as demandas versando sobre adicional de periculosidade em relação aos empregados que se ativavam em pavimentos acima do subsolo nas construções verticais dotadas de geradores.

Aliado a tal aumento exponencial de demandas com idêntica tese e ao deferimento instantâneo de perícias técnicas sem sequer um prévio interrogatório e análise dos limites técnicos do tema e das provas já existentes nos autos, verificou-se, por conseguinte, uma proliferação de perícias analisando questões relativas a idêntico período, função e local de trabalho.

Não obstante o juiz não esteja vinculado às conclusões do laudo pericial por força de previsão expressa no artigo 436 do atual Código de Processo Civil – CPC <sup>49</sup> e funcione consoante a doutrina processualista como o perito dos peritos <sup>50</sup>, não há dúvidas que soa, no mínimo, paradoxal a nomeação pelo juiz de um técnico para funcionar como seu auxiliar para, em seguida, a conclusão do laudo deste ser desqualificada pelo mesmo juiz ao prolatar a sentença.

Todo o arcabouço processual parte da premissa racionalmente adequada de que do juiz não se deveria exigir o conhecimento científico alheio à sua formação jurídica, sendo que em, tais ocasiões, nomearia um técnico de sua confiança e com aptidão para apresentar parecer conclusivo sobre o tema técnico controvertido nos autos.

De qualquer sorte, entre o mundo ideal e o mundo real das lides trabalhistas há uma imensa distância, não sendo raras as situações em que o magistrado se depara com uma ou mesmo duas perícias em um mesmo processo com enquadramentos técnicos contraditórios e muitas vezes em total desacordo com os limites da NR-16.

Como a devida interpretação dos limites regulamentares do ato normativo que trata do adicional de periculosidade se constitui, em sua maior parte, em matéria eminentemente jurí-

48. SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 162.

49. Art. 436 - O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

50. SCHIAVI, Mauro. Provas no processo do trabalho. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011. p. 161.

dica, ou seja, por meio do devido enquadramento da situação fática à norma que fixa as condições de risco acentuado aptas ao reconhecimento do adicional de periculosidade, evidente que, para além do que prevê o artigo 436 do CPC, cabe ao juiz efetivar um cotejo substancial das conclusões de seu auxiliar com os exatos limites das normas supracitadas.

Até mesmo partindo-se da premissa equivocada acima fixada de enquadramento de tanques não enterrados como vasilhames ou recipientes, já se verificava claramente da redação original da NR-20 do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, em especial de seu item 20.2.13, que o armazenamento de líquido inflamável (óleo diesel) tinha por limite técnico o total de 250 (duzentos e cinquenta) litros por recipiente, de modo que a existência no local de um ou mais tanques não enterrados com tal capacidade máxima não poderia ensejar o reconhecimento de armazenamento acima dos limites legais na forma do entendimento consagrado na OJ n.º 385 da SDI-I do TST.

De qualquer forma, e a fim de sepultar a polêmica até então existente, o Ministério do Trabalho e Emprego - MTE editou a Portaria n.º 308, em 29 de Fevereiro de 2012, alterando em especial o item 20.17 da NR-20, que trata justamente dos tanques de líquidos inflamáveis no interior de edifícios:

20.17.1 Os tanques para armazenamento de líquidos inflamáveis somente poderão ser instalados no interior dos edifícios sob a forma de tanque enterrado e destinados somente a óleo diesel.

20.17.2 Excetuam-se da aplicação do item 20.17.1 os tanques de superfície que armazenem óleo diesel destinados à alimentação de motores utilizados para a geração de energia elétrica em situações de emergência ou para o funcionamento das bombas de pressurização da rede de agua para combate a incêndios, nos casos em que seja comprovada a impossibilidade de instalá-lo enterrado ou fora da projeção horizontal do edifício.

Assim, inexiste na atualidade qualquer limitação de no máximo 250 (duzentos e cinquenta) litros para armazenamento em cada tanque não enterrado, mas apenas o limite máximo de 3.000 (três mil) litros por tanque (item 20.17.2.1 "d" da NR-16), o qual resta observado na maioria das edificações verticais que se utiliza de tais geradores.

Evidente também que, nas hipóteses em que inexista o armazenamento de inflamáveis acima do limite regulamentar, não há como se falar em área de risco em toda a área interna da construção vertical, nos termos do anexo 2 da NR-16, mas apenas na assim denominada bacia de segurança.

Do contrário, se o mero armazenamento de inflamáveis líquidos em recinto fechado fosse suficiente para o enquadramento da condição de risco acentuado na forma do art. 193 da CLT, independentemente da quantidade e da observância dos limites legais, toda e qualquer atividade desempenhada em residências, por exemplo, seria considerada perigosa, o que sequer pode ser considerado razoável.

Ademais, a própria NR-16 é clara ao estabelecer que, por exemplo, as operações de transporte de pequenas quanti-



dades de líquidos inflamáveis, ou seja, até o máximo de 200 (duzentos) litros, sequer são consideradas em condições de periculosidade (item 16.6), o que se constitui em mais um relevante indício de que também não é razoável que a mera existência de tanques no subsolo de edificações verticais até os exatos limites estabelecidos pela NR-20 seja suficiente para enquadrar a área de trabalho em um dos pavimentos acima do solo como de risco acentuado na forma do art. 193 da CLT.

O próprio conceito de recinto interno deve ser compreendido como sendo o espaço delimitado por paredes, piso e teto, e não na forma ampla veiculada no precedente jurisprudencial supratranscrito que deu origem a edição da OJ 385 da SDI-I do TST, pois a ilação no sentido de que a laje de separação de andares seria insuficiente para isolar o dano decorrente de virtual explosão não pode ser validamente depreendida das normas técnicas do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE.

O próprio Tribunal Superior do Trabalho editou recentemente a Súmula 447 fixando o entendimento no sentido que "os tripulantes e demais empregados em serviços auxiliares de transporte aéreo que, no momento do abastecimento da aeronave, permanecem a bordo não têm direito ao adicional de periculosidade.", ou seja, afastando interpretação que extrapolava os exatos limites da norma técnica que trata do tema (Anexo 2, item 1, "c", da NR 16 do MTE), de modo que soa também paradoxal que referido Tribunal de interpretação ampliativa em uma situação (armazenamento de inflamáveis) e restritiva em outra situação similar (abastecimento de aeronave).

Com base em todas as considerações acima explicitadas, também não se pode validamente concordar com a premissa de que, após a alteração do item 20.17 da NR-20, caberia ao empregador comprovar em juízo a impossibilidade de instalar os tanques de forma enterrada ou fora da projeção horizontal do edifício <sup>51</sup>, sob pena de ser considerada toda a área deste como de risco acentuado para fins de percepção do adicional de periculosidade, em claro desvirtuamento da norma.

Tal conclusão decorre da singela premissa que, mesmo diante do armazenamento de inflamáveis de forma tecnicamente inadequada para os fins da NR-20, não se pode esquecer que o direito ao adicional de periculosidade pressupõe o labor em condições de risco acentuado dentro das áreas devidamente regulamentadas pelo Ministério do Trabalho e do Emprego na NR-16.

A eventual não observância dos exatos limites da NR-20 poderia e deveria acarretar inclusive a apuração administrativa de eventuais infrações por parte da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego – SRTE, ensejando, em situações extremas, a interdição do estabelecimento na forma do que prevê o artigo 161 da CLT, mas tecnicamente não será considerada como hipótese apta à percepção do adicional de

periculosidade para todos os que se ativam de forma habitual fora da bacia de segurança e do recinto em que estão situados os supracitados tanques de armazenamento de inflamáveis.

#### Considerações finais

Pelo presente estudo, analisamos, inicialmente, a natureza do adicional de periculosidade demonstrando que, após uma originária previsão de concessão de tal benefício remuneratório aos que se ativam em condições de risco acentuado exclusivamente com inflamáveis, a atual normatização do tema no ordenamento jurídico pátrio expandiu o direito à percepção do adicional de periculosidade para situações em claro desacordo com a origem histórica e finalidade do instituto.

Destacamos, também, que a fonte normativa primária do adicional de periculosidade na atualidade permanece sendo o artigo 193 da CLT, de modo que em relação aos inflamáveis a norma técnica principal e fonte normativa secundária é especificamente a NR-16 da Portaria n.º 3.214/1978 editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, não se podendo conceber como legítimas ilações de risco acentuado fora das hipóteses taxativamente fixadas nesta última norma técnica e com base em alegada inobservância de outras Normas Regulamentadoras.

A ainda polêmica questão do adicional de periculosidade aos trabalhadores que se ativam em edificações verticais surge, inicialmente, de uma aparente contradição da conceituação técnica de tanques e vasilhames, a qual ensejou interpretação ampliativa e inadequada dos exatos limites do anexo 2 da NR-16 em diversos laudos técnicos, especialmente no âmbito de perícias judiciais.

O próprio conceito de recinto interno deve ser compreendido como sendo o espaço delimitado por paredes, piso e teto, pois a ilação no sentido de que a laje de separação de andares seria insuficiente para isolar o dano decorrente de virtual explosão não pode ser validamente depreendida da NR-16 do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE.

O equívoco interpretativo da norma técnica foi de fato albergado pela jurisprudência pátria e culminou com a fixação de precedente jurisprudencial em 2010 no sentido de que o adicional de periculosidade seria devido a todos aqueles que trabalham em construção vertical em que ocorre armazenamento de líquido inflamável acima do limite legal, como se depreende do entendimento consagrado na orientação jurisprudencial n.º 385 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais - SDI-I.

Em 2012, a fim de evitar a consumação de tal equívoco interpretativo e sanar a aparente contradição da conceituação técnica de tanques e vasilhames, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria n.º 308, em 29 de Fevereiro de 2012, alterando, em especial, o item 20.17 da NR-20 que trata justamente dos tanques de líquidos inflamáveis no interior de edifícios, passando a permitir a existência de tanques não enterrados.

Inexiste, na atualidade, qualquer limitação de no máximo 250 (duzentos e cinquenta) litros para armazenamento em cada um dos tanques de inflamáveis não enterrados em edificações verticais, mas apenas o limite máximo de 3.000 litros



<sup>51.</sup> Adicional de periculosidade. NR 20. Tanques enterrados. Os tanques para armazenamento de combustível em edifícios devem ser enterrados (regra). A exceção do item 20.17.2. da NR 20 é aplicável apenas à hipótese de se comprovar a impossibilidade de serem enterrados ou fora da projeção horizontal. (TRT 2ª Região. 6ª Turma. Acórdão n.º 20140756331. Rel. Ricardo Apostólico Silva. Publicado em 10.09.2014)

por tanque de superfície que armazene óleo diesel destinado à alimentação de motores utilizados para a geração de energia elétrica, o que afasta expressamente a possibilidade de equiparação e enquadramento técnico de tais tanques não enterrados como vasilhames ou recipientes.

Assim, ainda que se cogite da aplicação do precedente jurisprudencial acima citado, evidente que, nas hipóteses em que inexista o armazenamento de inflamáveis acima do limite regulamentar (NR-20), não há como se falar em área de risco em toda a área interna da construção vertical, nos termos do anexo 2 da NR-16 (letra "s" do item 3), mas apenas na assim denominada bacia de segurança, de modo que não há amparo legal para a concessão de adicional de periculosidade aos que se ativam em pavimentos acima do subsolo nas construções verticais dotadas de geradores abastecidos por tais tanques.

Por fim, entendemos que a eventual não observância dos exatos limites da NR-20 se constitui em infração administrativa e não deve ser considerada como hipótese apta à percepção do adicional de periculosidade para todos os que se ativam de forma habitual fora da bacia de segurança e do recinto em que instalados os tanques para armazenamento de inflamáveis.

#### Referências bibliográficas

- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- JUNIOR, A.F. Cesarino. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980.
- SALIBA, Tuffi Messias; CORRÊA, Márcia Angelim Chaves. Insalubridade e periculosidade: aspectos técnicos e práticos. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- SCHIAVI Mauro. Provas no processo do trabalho. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2011.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. Direito do Trabalho Aplicado, vol 3: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez. Trad. Andrés de La Oliva Santos. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis S/A. 1999.
- TARUFFO, Michele. La prueda de los hechos. trad. Jordi Ferrer Beltrán. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- VEGAS JÚNIOR, Walter Rosati. Aspectos práticos da prova pericial no âmbito do processo do trabalho. LTr Suplemento Trabalhista. São Paulo, a. 47, n. 73, p. 377-384, 2011.
- VENDRAME Antonio Carlos. O reiterado erro que pode se tornar jurisprudência. Revista de Previdência Social. São Paulo, a. 29, n. 292, p. 192-93, mar. 2005.





#### FÁBIO RIBEIRO DA ROCHA

Juiz do Trabalho do TRT-2
Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie
Pós-Graduado em Direito Constitucional pela PUC/SP
Pós-Graduado em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela FADISP
Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP
Vice-Presidente da AMATRA-2

#### PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO E ADEQUADO

# 1 – A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO NO BRASIL

O Código Comercial Brasileiro de 1850 não dispunha sobre normas de proteção à saúde e à segurança geral dos trabalhadores, mas estabelecia, restritamente, aos prepostos das casas de comércio (feitores, guarda-livros e caixeiros) a manutenção dos salários pelo prazo de 3 (três) meses nas hipóteses de acidentes imprevistos e inculpados que impedissem o exercício das suas funções (artigo 78). Previa, também, aos referidos prepostos, uma indenização a ser paga pelo preponente nas situações de danos extraordinários, a ser fixada a juízo dos arbitradores (artigo 80)<sup>52</sup>.

Em 1919, foi editado o Decreto n.º 3.724, de 15 de janeiro, cujo objeto era a regulamentação das obrigações decorrentes de acidente do trabalho para os trabalhadores em geral. Assim, como o Código Comercial de 1850, esse diploma legal também não continha normas preventivas de proteção à saúde e à segurança dos trabalhadores, limitando-se a manter o seguro por acidente do trabalho, que ficava a cargo do empregador (teoria do risco profissional), junto a empresas seguradoras particulares. Apenas com o advento da Lei n.º 5.316, de 14 de setembro de 1967, o seguro contra acidentes do trabalho foi inserido no âmbito da Previdência Social.

O Estatuto da Lavoura Canavieira, Decreto-Lei n.º 3.855, de 21.11.1941, foi uma das primeiras normas a prescrever medidas efetivas a respeito da saúde dos trabalhadores, ao determinar aos usineiros a observância nos contratos-tipos de diversos princípios enumerados no próprio Decreto, entre os quais se destacam a garantia do direito à moradia digna, tendo em vista a família do trabalhador e a assistência médica hospital (artigo 7º)53.

Em 1º de maio de 1943 foi aprovado o Decreto-Lei n.º 5.452, Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que entrou em vigor em 10 de novembro daquele mesmo ano, com um capítulo específico sobre "Segurança e Higiene do Trabalho", que foi alterado pela Lei n.º 6.514/77, passando a corresponder ao Capítulo V do Título I da Consolidação das Leis do Trabalho, sob o título "Da Segurança e da Medicina do Trabalho".

52. Código Comercial de 1850: - Artigo 79 – Os acidentes imprevistos e inculpados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contando que a inabilitação não exceda a 3 (três) meses contínuos. – Artigo 80 – Se no serviço do preponente acontecer aos prepostos algum dano extraordinário, o preponente será obrigado a indenizá-lo, a juízo de arbitradores.

53. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, *Curso de Direito Ambiental*, São Paulo: Saraiva, 2002, 1ª edição, p. 19.

Embora seja uma consolidação, a CLT foi o primeiro estatuto jurídico a conceder uma sistematização sobre o meio ambiente do trabalho, a partir da regulamentação de diversos aspectos da segurança e da medicina no trabalho, com prescrição de medidas preventivas, repressivas, fiscalizatórias e orientativas referentes ao meio ambiente do trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) também consagrou o caráter holístico do meio ambiente do trabalho e da tutela da integridade psicossomática do trabalhador, ao fixar normas de proteção tanto da integridade física, como da mental e da psicológica dos trabalhadores. Por outro lado, o legislador celetista inseriu o meio ambiente do trabalho nas normas específicas de tutela da saúde e da segurança do trabalhador, que deveria ser realizada em conjunto com o cumprimento de outras disposições sobre meio ambiente, contidas em outros diplomas normativos, como os códigos de obras e os regulamentos sanitários dos Estados e Municípios e as disposições dos acordos e convenções coletivas de trabalho (artigo 154)<sup>54</sup>.

No âmbito constitucional, a Carta Magna de 1824 apenas previa a garantia dos socorros públicos, ainda que não tratasse das questões relacionadas ao trabalho subordinado.

A Constituição da República de 1891, de cunho individualista não tratou dos direitos sociais, o que somente veio a ocorrer a partir da Revolução de 1930, marcando a preocupação com direitos daquela natureza, ainda que mediante um processo autoritário.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1934, embora contivesse normas gerais de tutela do trabalhador (idade mínima, limitação de jornada, férias, etc.), incluía a proteção da sua saúde no âmbito da tutela geral da saúde, pois se limitava a prescrever que a legislação do trabalho deveria promover a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante (artigo 121, § 1º). Previa, também, os serviços de amparo à maternidade e à infância (artigo 121, § 3º) e a indenização por acidentes de trabalho (artigo 121, § 8º) inserido no âmbito da Previdência Social.

Com relação à proteção da saúde do trabalhador no Brasil inserida na Constituição Federal de 1934, destacamos os ensinamentos do Jurista Jayme Benvenuto Lima Junior, nos sequintes termos<sup>55</sup>:



<sup>54.</sup> MELO, Raimundo Simão, *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, cit., p. 40.

<sup>55.</sup> LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto, *Os Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, 1ª edição, p. 50.52

"Os direitos sociais, ainda que mínimos, foram obtidos como dádiva do Estado e, mesmo assim, cercados de uma série de mecanismos controladores da ação das representações de trabalhadores e sem priorizar as questões sociais fundamentais. Nem sequer havia conscientização de serem direitos humanos. A luta pela sua conquista era associada à marginalidade, ficando grande parte deles reconhecidos essencialmente pró-forma".

A Carta Magna de 1937, praticamente repetiu as disposições da anterior, prevendo, especificamente em relação à tutela da saúde e da segurança, a garantia da assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante (artigo 137).

Considerada como das mais avançadas do mundo para a época, do ponto de vista das relações sociais, a Carta Magna de 1946 elencou a higiene e segurança do trabalhador (artigo 157, VIII) e a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva ao trabalhador e à gestante (artigo 157, XIV), como direitos dos trabalhadores.

De características conservadoras, a Constituição Federal de 1967 reconheceu o direito dos trabalhadores à assistência sanitária, hospitalar e preventiva (artigo 165, XV), prescrevendo, entre outras normas previdenciárias e trabalhistas, o direito à colônia de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei (artigo 165, XVIII).

A redemocratização do Brasil, fruto dos movimentos sociais e políticos que eclodiram ao final da década de 1970, culminou com a Constituição Federal de 1988, considerada como a que deu melhor acolhida aos direitos humanos, refletindo a temática social oriunda da ordem internacional progressivamente institucionalizada a partir dos conflitos mundiais do século.

A positivação constitucional expressa do meio ambiente do trabalho adveio com o inciso VIII do artigo 200 da Constituição Federal de 1988, ao declarar, ainda que em sede programática, a competência do Sistema Único de Saúde para colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Inserido na Seção II do Título VIII da Carta Magna, sob o título "Da Saúde", a proteção ao meio ambiente do trabalho aparece como corolário do direito à saúde, sendo este um direito difuso de toda a sociedade, que pode tomar ares de coletivo, quando vinculado a determinadas relações de trabalho<sup>56</sup>.

O artigo 200 da Constituição Federal de 1988 elucida bem a estreita vinculação entre o meio ambiente do trabalho e o direito à saúde, pois a proteção do primeiro aparece no rol de atribuições programáticas do campo do segundo, de forma que o meio ambiente do trabalho passou a constituir elemento de uma política social mais ampla, que não se limita às relações de trabalho, pois está relacionado ao direito à vida saudável.

O artigo 225 da atual Carta Política consagra expressamente o direito social a um meio ambiente ecologicamente

56. Artigo 200 da CF/88 – Ao Sistema Único de Saúde além de outras atribuições, nos termos da lei: (...) VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o trabalho.

equilibrado. Prescreve que o meio ambiente de trabalho saudável e adequado é 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 presentes e futuras gerações.

O conteúdo da expressão meio ambiente não mais se limita ao seu aspecto naturalístico, pois comporta um significado mais amplo, compreensivo de tudo que cerca e condiciona o homem na sua existência e no seu desenvolvimento na sociedade, bem como na sua interação com o ecossistema que o rodeia<sup>57</sup>.

A Constituição Federal de 1988 delineou uma ampla rede proteção ao meio ambiente. Os artigos 200 e 225 da referida Carta Política devem ser interpretados de forma sistemática com as demais normas protetoras do meio ambiente, especificamente o do trabalho. Deste modo, não se pode olvidar que o artigo 7º da Constituição Federal de 1988 traça, em vários de seus incisos, diversas normas tuteladoras, direta ou indiretamente, da saúde e da segurança do trabalhador<sup>58</sup>.

Observe-se que a Carta Republicana de 1988, ao proceder a inovadora vinculação dos conceitos de meio ambiente e qualidade de vida, estabeleceu dois objetos de tutela ambiental, qual seja, o imediato, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem estar e a segurança da população, que se vêm sintetizando na expressão qualidade de vida<sup>59</sup>.

No âmbito infraconstitucional, a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que traça a Política Nacional do Meio Ambiente, ao definir o meio ambiente como o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (artigo 3º, I), abrangeu o meio ambiente do trabalho, valendo notar que esse conceito legal de meio ambiente dado pela Lei n.º 6.938/81 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que esta, de forma sistemática, buscou a tutela não somente do meio ambiente natural, como também do artificial, cultural e do trabalho 60.

As diretrizes constantes da Lei n.º 6.938/81 e da Constituição Federal de 1988, oferecem amplo manancial principiológico e conceitual que permite inserir os locais e as condições de trabalho no conceito de "meio ambiente", expandindo, também para essa seara, os mecanismos preventivos, inibitórios e repressivos que tutelam os indivíduos contra os riscos à vida e à integridade física, independentemente da natureza do vínculo mantido com o detentor dos meios de produção.



<sup>57.</sup> ROMITA, Arion Sayão, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, cit., p. 391.

<sup>58.</sup> Artigo  $7^{\circ}$  da CF/88 – São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

<sup>59.</sup> FERNANDES, Fábio, *Meio Ambiente Geral e Meio Ambiente do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2009, 1ª edição, p. 41.

<sup>60.</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, *Curso de Direito Ambiental*, cit., p. 21.

Em nosso ordenamento, há uma abundante legislação sobre as condições de trabalho e o meio ambiente nas relações laborais. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) possui um capítulo específico – Capítulo V do Título I, sob a denominação "Da Segurança e Medicina do Trabalho" -, além de diversas outras normas regulamentadoras da saúde e segurança dos trabalhadores em condições ou atividades específicas – bancários, serviços de telefonia e telegrafia submarina e subfluvial, de radiotelegrafia e radiotelefonia, operadores cinematográficos, serviço ferroviário, serviços frigoríficos, equipagens de embarcações da marinha mercante nacional, de navegação fluvial e lacustre, do tráfego nos portos e da pesca, trabalho em minas e subsolo, trabalho dos professores, dos químicos, trabalho do menor, trabalho da mulher, além de várias normas esparsas a respeito do assunto.

As Normas Regulamentadoras (NR) editadas pelo Poder Executivo, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego e contidas na Portaria n.º 3.214/78, de 08 de junho de 1978, consistem em importante repertório de disposições complementares às normas sobre medicina e segurança do trabalho contidas na CLT, consoante a delegação para sua elaboração prevista no artigo 200 da CLT<sup>61</sup>.

As Normas Regulamentadoras constituem um verdadeiro código de segurança e saúde do trabalhador, pois prescrevem padrões com vistas à adequação do meio ambiente do trabalho, sendo de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos de administração direta e indireta, bem como pelos Poderes Legislativos e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (NR-1, disposição 1.1). Já, por meio da Portaria n.º 3.067, de 12 de abril de 1988, foram aprovadas as Normas Regulamentadoras Rurais – NRR, relativas à segurança e higiene no trabalho rural<sup>62</sup>.

Na esfera penal, o artigo 132 do Código Penal tipifica como crime a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo direto e iminente; prevê os crimes de perigo comum (artigos 250 a 259), muitos dos quais aplicáveis às relações de trabalho. Outros crimes podem ser cometidos, de forma culposa ou dolosa, pela manutenção de más-condições de trabalho, com a consequente exposição da vida dos trabalhadores a perigo, podendo inclusive ser o empregador condenado nos crimes de lesão corporal ou homicídio culposo (artigos 121 a 129 do CP). O § 2º do artigo 19 da Lei 8.213/91 (Previdência Social) considera contravenção penal o descumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho. A Lei 6.938/81 prevê punição criminal do poluidor que

61. As Normas Regulamentares dispõem sobre as seguintes matérias: NR-1 – Disposições Gerais; NR-2 – Inspeção Prévia; NR-3 – Embargos e Interdição; NR -4 – Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho (SESMT); NR – 5 – Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA); NR – 6 – Equipamentos de Proteção Individual; NR – 7 – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO); NR – 9 – Programa de Prevenção de Riscos Ambientais.

62. MORAES FILHO, Evaristo e MORAES, Antonio Carlos Flores, *Introdução ao Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2014,  $11^{a}$  edição, p. 393.

expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente. A lei 9.605/98 prevê, expressamente, a responsabilidade civil, administrativa e penal das pessoas jurídicas pelos danos ao meio ambiente, sem exclusão da responsabilidade das pessoas físicas praticantes do ato (artigo 3º)6°3.

Nesta linha, o atual sistema de tutela ambiental alcança tanto o meio ambiente equilibrado, compreendido como bem autônomo de titularidade difusa não só dos presentes, mas também das futuras gerações, como também alguns direitos fundamentais das pessoas individualmente consideradas, conexos como o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

# 2 – A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A tutela internacional da saúde e da segurança dos trabalhadores e, consequentemente, do meio ambiente do trabalho, delineou-se a partir da criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT, cujo objetivo maior é a universalização e a uniformização das normas de proteção ao trabalho em todo o mundo<sup>64</sup>.

A proteção do meio ambiente do trabalho é historicamente um dos principais temas debatidos e normatizados na Organização Internacional do Trabalho - OIT. O Brasil é historicamente um país empenhado no desenvolvimento e no cumprimento das normas laborais internacionais, uma vez que a esmagadora maioria das Convenções emanadas dessa organização internacional atinente ao meio ambiente de trabalho foi incorporada ao ordenamento jurídico nacional. Destacamos as principais Convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT que embasa a ampliação do conceito de meio ambiente de trabalho para fins de segurança e saúde dos trabalhadores<sup>65</sup>.

A Convenção n.º 115, em vigor no Brasil desde 1967, prevê a proteção internacional dos trabalhadores contra as radiações ionizantes. Síntese clara da abrangência protetiva da norma é o seu artigo 3º que estatuiu: "À luz da evolução dos conhecimentos, todas as medidas adequadas serão tomadas para assegurar uma proteção eficaz dos trabalhadores contra as radiações ionizantes, do ponto de vista da saúde e segurança".

A Convenção n.º 136, internalizada em 1994, trata da proteção contra os riscos de intoxicação provocada pelo benzeno. De acordo com o artigo 5º, "deverão ser adotadas medidas de prevenção técnica e de higiene do trabalho, a fim de assegurar proteção eficaz dos trabalhadores expostos ao benzeno e a produtos contendo benzeno".

A Convenção n.º 139, promulgada no país em 1991, tem



<sup>63.</sup> MELO, Raimundo Simão, *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, cit., p. 47.

<sup>64.</sup> MELO, Raimundo Simão, *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, cit., p. 80.

<sup>65.</sup> MACHADO, Sidnei, *O Direito à Proteção ao Meio Ambiente de Trabalho no Brasil*, São Paulo: LTr, 2001, 1ª edição, p. 58.

uma finalidade similar à da Convenção n.º 136, mas uma abrangência bem maior. Aquela Convenção busca prevenir e controlar os riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos. Entre outras determinações, a referida norma prescreve que "todo Membro que ratifique a presente Convenção deverá adotar medidas para que os trabalhadores tenham estado, estejam ou corram o risco de vir a estar expostos a substâncias ou agentes cancerígenos recebam toda a informação disponível sobre os perigos que representam tais substâncias e sobre as medidas a serem aplicadas".

A Convenção n.º 148, parte do ordenamento jurídico brasileiro desde 1983, protege os trabalhadores contra os riscos advindos de contaminações no ar, de ruído ou de vibrações no local de trabalho. Essa norma prescreve, em seu artigo 4º, que "a legislação nacional deverá dispor sobre a adoção de medidas no local de trabalho para prevenir e limitar os riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações, e para proteger os trabalhadores contra tais riscos" e, em seu artigo 5º, que "ao aplicar as disposições da presente Convenção, a autoridade competente deverá atuar em consulta com as organizações interessadas mais representativas de empregadores e empregados". Dentre os vários princípios expostos nessa norma, destaca-se a consolidação da ideia moderna de eliminação dos riscos, ao invés de sua neutralização. Nesse sentido, os equipamentos de proteção individual devem ser um último recurso, em face da impossibilidade de eliminação técnica do risco.

A Convenção n.º 152, que vigora no Brasil desde 1991, visa garantir a segurança e a higiene nos trabalhos portuários. Nesse sentido, ela prevê, em seu artigo 5º que: "Cada vez que vários empregadores se entregarem simultaneamente a atividades num mesmo local de trabalho, deverão colaborar visando à aplicação das medidas prescritas, sem prejuízo da responsabilidade de cada empregador para com a saúde e segurança dos trabalhadores por ele empregados".

A Convenção n.º 167, incluída no ordenamento jurídico pátrio em 2007, especializa-se na segurança e na saúde dos trabalhadores na construção civil. Em seu artigo 1º, a norma delimita que: "A presente Convenção aplica-se a todas as atividades de construção, isto é, os trabalhos de edificação, as obras públicas e os trabalhos de montagem e desmonte, inclusive qualquer processo, operação e transporte de obras, desde a preparação das obras até a conclusão do projeto". O crescimento das empresas de construção civil e do número de empregados nessa área, bem como os enormes projetos de construção em todo o Brasil no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), destaca a importância do conhecimento dessa norma internacional no Brasil.

Pode-se afirmar, todavia, que a proteção internacional do meio ambiente do trabalho destacou-se na Convenção n.º 155, aprovada na 67ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada na sede da Organização Internacional do Trabalho em Genebra, em 1981.

Essa Convenção n.º 155, internalizada em 1993, é bastante abrangente na sua natureza protetiva em relação à segurança e à saúde dos trabalhadores e ao meio ambiente do trabalho. Já em seu artigo 1º, essa norma trabalhista internacional afir-

ma que: "A presente Convenção aplica-se a todas às áreas de atividade econômica". Ela determina, em seu artigo 4º, que: "Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho". Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho e tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho.

Essa Convenção, portanto, é basilar para garantir um padrão mínimo de proteção aos trabalhadores de todo o mundo, com a obrigação de cada Estado-parte formular uma política nacional em matéria de meio ambiente do trabalho. A título de exemplo, reconhece que o meio ambiente do trabalho não está adstrito às edificações de um estabelecimento empresarial, pois o conceito de local de trabalho abarca todos os locais onde os trabalhadores devam permanecer ou tenham de comparecer, e que estejam sob o controle direto ou indireto, do empregador (artigo 3º). Confere direito ao empregado de interromper uma situação laboral que considere conter perigo iminente e grave a sua vida ou a sua saúde, sem que esse trabalhador possa ser punido por isso<sup>66</sup>.

Por um lado, exige treinamento apropriado dos trabalhadores quanto às questões de segurança e higiene do trabalho. Por outro, obriga os empregados a cooperar no cumprimento das normas de segurança e saúde estabelecidas pelos empregadores. Dispõe que nenhuma providência na área de segurança ou higiene do trabalho poderá implicar ônus financeiro para os trabalhadores.

A Convenção n.º 161, vigente no território nacional desde 1991, prevê a implementação de serviços abrangentes de saúde no trabalho. O artigo 2º da Convenção é claro ao estatuir que: "A luz das condições e da prática nacionais e em consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas, onde estas existam, todo membro deverá definir, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em relação aos serviços de saúde no trabalho". Ademais, em seu artigo 3º, expõe que: "Todo membro se compromete a instituir progressivamente, serviços de saúde no trabalho para todos os trabalhadores, entre os quais se contam os do setor público, e os cooperantes das cooperativas de produção, em todos os ramos da atividade econômica e em todas as empresas; as disposições adotadas deverão ser adequadas e corresponder aos riscos específicos que prevalecem nas empresas".

A Convenção n.º 170, vigente no país desde 1998, trata da segurança dos trabalhadores na utilização de produtos químicos no trabalho. De acordo com o seu artigo 1º, ela "aplica-se a todos os ramos da atividade econômica em que são utilizados produtos químicos". De maneira similar às Convenções

<sup>66.</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo, *Convenções da OIT*, São Paulo: LTr, 1998, 2ª edição, p. 392-398.



ns.º 155 e 161, o artigo 4º prevê que: "Todo membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, e levando na devida conta as condições e práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política coerente de segurança na utilização de produtos químicos no trabalho".

A Convenção n.º 174, promulgada no Brasil em 2002, busca a prevenção de grandes acidentes industriais que envolvam substâncias perigosas e a limitação das consequências desses acidentes no mundo. Com esse fim, o artigo 4º da referida norma menciona que: "Todo Estado-membro, à luz das leis e regulamentos, das condições e práticas nacionais, e em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores e outras partes interessadas que possam ser afetadas, deverá formular, adotar e rever, periodicamente, uma política nacional coerente relativa à proteção dos trabalhadores, da população e do meio ambiente contra os riscos de acidentes maiores".

Por fim, a Convenção n.º 176, incluída no ordenamento pátrio em 2006, individualiza-se na segurança e na saúde dos trabalhadores em minas. Em seu artigo 2º, a norma delimita que "a presente Convenção aplica-se a todas as minas" e, no artigo 3º, estabelece que "de acordo com as condições e as praxes nacionais e após consultas com as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores interessadas, o Estado-membro deverá formular, aplicar e rever periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e de saúde nas minas, especialmente no que tange às medidas para tornar efetivas as disposições da presente Convenção".

Por meio da leitura dessas Convenções, percebe-se que continua sendo fundamental de que o Brasil participe da elaboração no âmbito internacional e internalize tais regras no âmbito nacional.

Primeiramente, porque essas Convenções assumem um local de destaque na pirâmide normativa brasileira. Ademais, porque vinculam fortemente o legislador pátrio e protegem continuamente os trabalhadores no Brasil. Por fim, denota-se que há uma preocupação grande em nível internacional com a questão da prevenção e promoção da saúde e segurança do trabalhador, figurando a Organização Internacional do Trabalho – OIT com ente internacional de maior relevância nesta temática<sup>67</sup>.

# 3 – INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A redução e prevenção dos riscos concernentes à atividade laborativa é direito fundamental de terceira dimensão que visa permitir que o trabalhador goze de uma vida com saúde e respeito à sua integridade física e mental.

A dignidade humana é um núcleo do sistema jurídico por meio do qual todas as normas devem ser criadas e interpretadas. Assim, o princípio constitucional da dignidade humana se apresenta como centro dos direitos fundamentais, que encontra no ambiente de trabalho seguro e saudável, em que há respeito às normas de saúde e segurança e uma preocupação constante com a redução e eliminação da infortunística laboral, um dos meios de sua efetivação.

A prevenção da infortunística laboral, o respeito e cuidado com a saúde e integridade física e mental dos trabalhadores é uma das formas de conferir efetividade aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e proporcionar um aumento de produtividade do trabalhador que exerce suas atividades de maneira saudável e com tranquilidade.

Os trabalhadores têm direito a desenvolver suas atividades em ambiente equilibrado, saudável e seguro, competindo ao empregador e ao tomador de serviços disponibilizar meios seguros e adequados para o cumprimento de suas tarefas. Não se trata de liberalidade que fica ao critério do empregador conceder ou não, mas de dever legal que decorre das disposições contidas nos artigos 7º, XXII, e XXIII, 200, VIII, e 225, § 3º, da Constituição Federal.

O meio ambiente do trabalho consiste em todo e qualquer local, natural e/ou artificial (inclusive o ciberespaço), em que o trabalhador desenvolve suas atividades laborais, devendo empregador e o tomador de serviços sempre observar as normas que estabelecem as condições mínimas de segurança, higiene, conforto e bem-estar, de modo a garantir ao trabalhador sadia qualidade de vida no âmbito físico, mental e social.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) trouxe em seu bojo um capítulo próprio sobre segurança e medicina do trabalho e especificou algumas ações que devem ser adotadas a fim de prevenir danos à saúde dos empregados e conscientizar acerca dos riscos existentes no ambiente de trabalho.

Deve-se buscar a conscientização de empregadores, tomadores de serviços e trabalhadores para a importância da prevenção da infortunística laboral, obrigatoriedade e fiscalização do fornecimento e uso dos equipamentos de proteção, implantação de programas de eliminação ou, ao menos, redução máxima do risco, treinamento adequado e constantes reciclagens do trabalhador e o envolvimento de toda a comunidade empresarial na busca pela efetivação de medida de segurança.

O bem jurídico protegido pelas normas de saúde e segurança do trabalho é uno, diz respeito a qualquer trabalhador, seja da empresa contratante, seja da empresa contratada.

Portanto, as normas que dispensam proteção ao trabalhador quanto à saúde e à segurança sujeitam a empresa contratante não só em face de seus próprios empregados, mas também perante os da empresa de prestação de serviços.

#### 4 – ATUAÇÃO DO SINDICATO NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O sindicato tem o dever de defender os direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (artigo 8º, III, da CF)68, especialmente a preservação da vida e saúde dos



<sup>67.</sup> ROMITA, Arion Sayão, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, cit., p. 387-390.

<sup>68.</sup> Artigo  $8^{\circ}$  da CF – É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e

trabalhadores.

Os sindicatos são agentes fundamentais na promoção da saúde e segurança do trabalhador. Entidades sindicais livres e verdadeiramente atuantes exercem papel relevante nas questões ligadas ao meio ambiente do trabalho, seja apresentando denúncias formais ao Ministério Público do Trabalho, ou ainda agindo autonomamente na defesa de sua categoria profissional<sup>69</sup>.

Destacamos a lição do Professor Raimundo Simão de Melo atinente à atuação do ente sindical na defesa do meio ambiente do trabalho<sup>70</sup>:

"Quando a Constituição Federal (artigo 225) estabelece que cabe à coletividade defender o meio ambiente, evidentemente está a se referir à sociedade organizada, o que significa dizer, no âmbito trabalhista, que tal tarefa incumbe, em primeiro lugar, aos sindicatos, os quais têm o dever de defender os direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (CF, artigo 8º, III). Ocorre que os dirigentes sindicais brasileiros, na sua maioria, não se conscientizaram ainda da importância do meio ambiente seguro, como forma de preservação da saúde e integridade física e psíquica dos trabalhadores, pois o principal pleito trabalhista ainda tem sido sobre aumentos salariais e outras cláusulas sociais".

Com efeito, cabe à entidade sindical requerer a interdição de estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento e/ou embargo parcial ou total de obra, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores. Ainda, é papel da entidade de classe acompanhar o cumprimento das disposições que impõem às empresas o uso e a adoção das medidas individuais e coletivas de segurança do trabalhador.

A função de representação, perante as autoridades administrativas e judiciais, dos interesses coletivos da categoria ou individuais de seus integrantes, o que leva à atuação do sindicato como parte nos processos judiciais em dissídios coletivos destinados a resolver os conflitos jurídicos ou de interesses, e nos dissídios individuais de pessoas que fazem parte da categoria, exercendo a substituição processual, caso em que agirá em nome próprio na defesa do direito alheio, ou a representação processual, caso em que agirá em nome do representado e na defesa do interesse deste.

Desse modo, os sindicatos podem dispor sobre a medicina e a segurança no trabalho mediante negociação coletiva, observando as garantias mínimas fundamentadas em lei.

A atuação dos sindicatos nas negociações coletivas para assegurar melhores condições ambientais de trabalho é tam-

interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

69. SILVA, Homero Batista Mateus, *Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo: Elsevier, 2011, 2ª edição, p. 11-13.

70. MELO, Raimundo Simão, *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, cit., p. 86-87.

bém um importante instrumento para intervir positivamente nos processos produtivos. As convenções e acordo coletivos poderiam/deveriam ser utilizados para eliminar os agentes agressivos ou reduzir a carga horária de trabalho nas situações em que for tecnicamente inviável a neutralização completa dos riscos.

Os sindicatos podem também, na qualidade de substituto processual e representando seus associados, propor ação civil pública visando à observância das normas de saúde e segurança do trabalho. Tal legitimidade tem sido reconhecida pela jurisprudência, conforme se verifica na seguinte ementa de um acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

Sindicato. Legitimidade para propor ação civil pública. Constituindo o sindicato associação profissional incumbida da representação, nos níveis administrativo e judiciário, dos interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal (CLT, artigo 513), e elevado ao status constitucional de defensor dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (CF, artigo 8º, III), clara desponta sua legitimidade para a propositura da ação pública, desde que cumprido o requisito da existência há pelo menos um ano. (AC. TRT – 2ª Região. 8ª Turma, Proc.: RO 02960066899, Rel. Des. Wilma Nogueira Vaz da Silva, DJ. 09.06.1997).

Para prevenir a ocorrência de um ilícito, há a possibilidade de tutela inibitória, com intuito de prevenir a violação de direitos, sejam patrimoniais ou não patrimoniais. Nesse ponto, não há direito a ser reparado, mas uma prevenção para que não haja necessidade de reparação. A culpabilidade não importa nesse momento, uma vez que ainda não há direito a ser reparado ou valores a serem ressarcidos. A tutela inibitória também pode dividir-se em negativa, com escopo de obter uma obrigação de não fazer, ou positiva, para estabelecer uma obrigação de fazer, podendo ser requeridas mediante ação civil pública.

Na ação civil pública<sup>71</sup>, os interesses tutelados são: difusos – indeterminados em relação aos seus destinatários, (contratação sem concurso público, discriminação de trabalhadores em razão de sexo, idade, ração, deficiência entre outros), coletivos – grupo obreiro determinado for afetado em igual medida por um mesmo desequilíbrio ambiental (agressão ao meio ambiente de trabalho, dispensa coletiva de trabalhadores, entre outros), individuais homogêneos – em matéria laboral ambiental serão aqueles em que a ameaça ou a lesão à integridade física, mesmo sendo idêntica em sua natureza e em sua origem, diferirão quantitativamente, podendo, pois, mensurada individualmente (ausência de fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPI), não concessão de férias aos obreiros, entre outros).

Assim, os sindicatos, no papel de associações civis, têm legitimidade para propor ação civil pública, saindo em defesa



<sup>71.</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Compêndio de Direito Sindical*, São Paulo: LTr, 2012, 7ª edição, p. 624.

dos interesses coletivos da classe trabalhadora, bem como os direitos individuais homogêneos de cada trabalhador, o que, inclusive, está expresso na Constituição Federal, nos artigos 8º, III, e 129, III, § 1º.

Cumpre ressaltar que a lesão ao meio ambiente no campo das relações de trabalho acarrete apenas danos individuais, individuais homogêneos ou coletivos dos trabalhadores tratar-se-á sempre de um direito difuso, ainda que residualmente, pois prevalece sempre o interesse da sociedade na preservação da vida humana e da saúde do grupo de trabalhadores; é um direito genericamente difuso, mas que, concretamente, vai apresentar-se, quase sempre, como coletivo ou individual

Por fim, cumpre ressaltar que, por mais importante que seja a negociação coletiva, a autonomia privada coletiva deve respeitar as normas de ordem pública, como aquelas referentes à higiene, medicina e segurança do trabalho.

# <u>5 – GREVE AMBIENTAL E O DIREITO DE RESISTÊNCIA DO TRABALHADOR</u>

A greve é um instrumento constitucional de autodefesa conferido aos trabalhadores, a fim de que possa reclamar a salubridade do seu meio ambiente do trabalho e, portanto, garantir o direito à saúde. A Constituição Federal de 1988 disciplinou a matéria, em relação aos empregados ao preceituar ser assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devem por meio dele defender (CF, artigo 9º).

A finalidade da greve ambiental é implementar condições adequadas e seguras atinente ao meio ambiente de trabalho com o escopo de preservar a saúde e vida dos trabalhadores. Enquanto com a greve comum os trabalhadores visam proteger e criar direitos em geral, na greve ambiental o objeto específico de tutela é a saúde e vida dos trabalhadores, como direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Ainda, é natural que a greve ambiental seja exercida não somente contra um empregador clássico, mas em face de qualquer tomador de serviços que mantém ambiente de trabalho inseguro e inadequado, com risco para a integridade física, saúde e vida do trabalhador. Toda vez que existir qualquer trabalho, ofício ou profissão, haverá a incidência das normas destinadas a garantir um meio ambiente do trabalho saudável e, por consequência, a incolumidade física e psíquica do trabalhador.

Quando a Constituição Federal estabelece que são direitos dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (artigo 7º, XXII) e que é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender (artigo 9º), fica indene de dúvida o reconhecimento da greve ambiental<sup>72</sup>.

Por tratar-se de instrumento para implementação do direito material fundamental (saúde, integridade física e vida), entendemos que a deflagração de greve ambiente para sanar graves e iminentes riscos nos locais de trabalho prescinde dos requisitos formais expressos na Lei 7.783/89, uma vez que os traba-

Ihadores estão expostos a risco iminente de vida e, portanto, não podem depender, para a defesa do mais importante bem humano (a vida), do cumprimento de pressupostos formais, nem mesmo nas chamadas atividades essenciais (consideradas aquelas que, não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população).

Nesse sentido, destacamos uma decisão proferida nos autos de um Dissídio Coletivo por meio do qual foi julgada uma greve ambiental:

RESUMO DO ACÓRDÃO: Não podemos acolher as alegações da suscitante, no sentido de declarar a greve abusiva, ainda que a norma que disciplina o exercício do direito de greve não tivesse sido cumprida literalmente. Ocorre que a paralisação coletiva do trabalho é um fenômeno tipicamente social e a sua deflagração pode decorrer de circunstâncias tais que, sob o aspecto formal, o descumprimento da norma não implica em sua violação a ponto de permitir que se declare abusivo o movimento. A farta documentação apresentada pelo suscitado torna evidente que qualquer negociação prévia foi frustrada pela suscitante, que tornou impossível qualquer diálogo conciliatório, dada a gravidade dos fatos ali documentados. (...) Além de não cumprir as normas convencionais e as do estatuto consolidado, a suscitante resistiu às determinações do Ministério do Trabalho, não esboçando qualquer atitude no sentido de adequar o local de trabalho para que as atividades fossem exercidas com dignidade e segurança. Os documentos de fls. 243/249 tornaram evidentes que a empresa não tinha instalações elétricas adequadas, proteção em máquinas e equipamentos, armazenando produtos inflamáveis em local impróprio, além de outras, pondo em risco seus trabalhadores, em profundo desrespeito ao ser humano. (...) Assim sendo, consideradas todas as circunstâncias que envolveram a deflagração do movimento paredista, não podemos declará-lo abusivo com fundamento no descumprimento de normas legais. Tal é a gravidade dos fatos noticiados em relação ao suscitante, que a exigência do exato cumprimento da norma legal é suplantada pela necessidade de medidas urgentes, eis que não se trata na hipótese dos autos de discutir meras reivindicações de ordem econômica e social, mas sim, de eliminação de risco de vida. Trata-se de cumprir o disposto no artigo 5º da Constituição Federal. Afasto, portanto, a abusividade da greve sob o aspecto formal. (Processo TRT/15ª Região, DC. nº 153/96, de 05.06.1996, Rel. Des. Carlos Roberto do Amaral Barros).

A Convenção n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho – OIT assegurou ao empregado o direito de, por motivos razoáveis, interromper o trabalho que acarretar perigo iminente ou representar gravidade para a sua vida (artigo 13), reconhecendo a saúde um direito fundamental, como elemento integrante do próprio conceito de dignidade humana.

E mais, a citada Convenção estabelece a interrupção do contrato de trabalho em razão de meio ambiente de trabalho inseguro e inadequado, uma vez que os obreiros têm o direito a receber integralmente, sem desconto de qualquer natureza, todas as suas verbas remuneratórias (artigo 21).



<sup>72.</sup> MELO, Raimundo Simão, *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador*, cit., p. 122.

Ainda, locais de trabalho que coloquem em situação de grave e iminente risco de um ou mais trabalhadores, inclusive empregados das empresas prestadoras de serviços, estes possam interromper de imediato suas atividades, comunicando o fato ao superior hierárquico direto para as devidas providências, nos termos da NR 9, item 9.6.3, da Portaria n.º 3.214/78.

E mais, o artigo 161, § 6º, da CLT, admite a paralisação do trabalho quando houver laudo da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego constando que existe grave e iminente risco para o trabalhador.

A Constituição Estadual de São Paulo assegurou ao empregado interromper suas atividades, sem prejuízo de quaisquer direitos, em condições de risco grave ou eminente no local de trabalho (artigo 229, § 2º, CE/SP).

Cumpre ressaltar que as regras ambientais trabalhistas abrangem qualquer meio ambiente do trabalho, ou seja, qualquer prestação de trabalho a um tomador de serviços, independentemente da relação existente (trabalho autônomo, avulso, voluntário, etc.). Dessa forma, o termo correto que deveria ter sido utilizado na Constituição do Estado de São Paulo e Convenção n.º 155 da OIT é trabalhador, pois, sendo o meio ambiente sadio um direito constitucional fundamental, não deve ser restringido apenas ao empregado.

O artigo 24 da Carta Magna estabelece a proteção do meio ambiente e a proteção e a defesa da saúde como assuntos de competência legislativa concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O meio ambiente do trabalho também é considerado como um direito fundamental de terceira dimensão e como tal deve ser preservado, uma vez que o trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente de trabalho hígido, em prol de sua saúde física e metal.

Nesse sentido, destacamos os ensinamentos do Professor Raimundo Simão de Melo73:

"À falta de conceito legal ou doutrinário, ouso conceituar a greve ambiental como sendo a paralisação coletiva ou individual, temporária, parcial ou total da prestação de trabalho a um tomador de serviços, qualquer que seja a relação de trabalho, com a finalidade de preservar e defender o meio ambiente do trabalho de quaisquer agressões que possam prejudicar a segurança, a saúde e a integridade física e psíquica dos trabalhadores. Na doutrina clássica não se concebe a existência de greve individual, pois o instituto foi construído filosoficamente com base no fenômeno coletivo. No entanto, ousamos insinuar tal mudança para permitir e considerar como greve ambiental não só a paralisação coletiva do trabalho, mas também a individual. quando houver condições de risco grave e iminente no local de trabalho".

Destacamos a seguinte ementa do Tribunal Regional do Trabalho da 2º Região, usando como parâmetro o artigo 229, § 2° da Constituição de São Paulo:

DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. RISCO DE VIDA EM AM-BIENTE DE TRABALHO. A Constituição do Estado de São Paulo em seu artigo 229, parágrafo 2º autoriza expressamente a interrupção das atividades laborativas pelo empregado em condições de risco grave ou iminente no local de trabalho. Afastada a abusividade da greve. (TRT-2ª Região - DC: 20305200300002008, Rel. Des.: Plínio Bolívar de Almeida, DJ: 28/08/2003, SDC Turma).

A possibilidade de usar-se do instituto greve ambiental no ordenamento jurídico brasileiro está intimamente ligado ao fundamento da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1°, III) que se baseia na proteção da integridade física e mental do indivíduo enquanto trabalhador, e nos valores sociais do trabalho (CF, artigo 1°, IV).

Não podemos desconhecer o fato de que o trabalhador receberá certas represálias por parte do empregador quando usar do instrumento greve ambiental individual, visto que o empregado não tem a garantia de emprego.

Sendo assim, dificilmente o obreiro tomará tal atitude, porque sabe de antemão das consequências que certamente advirão em represália do ato (greve ambiental individual), como, por exemplo, a rescisão do contrato de emprego, o que é indesejável diante da crise de desemprego que abala o país e milhões de trabalhadores.

A recusa do trabalho diante da inobservância do empregador e/ou tomador de serviços às normas de proteção ao trabalho, independentemente de conceituar-se como greve ambiental individual ou simplesmente de exercício do direito de resistência do trabalhador, está previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, a greve ambiental caracteriza-se como um instrumento de defesa da saúde do trabalhador em face de meio ambiente de trabalho inadequado e inseguro para o exercício das atividades laborativas.

#### <u>6 – MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E O MEIO</u> AMBIENTE DO TRABALHO

O Ministério Público do Trabalho (MPT), por integrar o Ministério Público como um todo, é instituição permanente, essencial à Justiça, promovendo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF/88, artigo 127).

A atuação do Ministério Público do Trabalho apresenta relevância diferenciada para o bem comum, justamente por defender os direitos humanos fundamentais de terceira dimensão, pertinentes às relações de trabalho, concretizando o mandamento constitucional de dignidade humana da pessoa. Dentre tais direitos destacamos a tutela do meio ambiente do trabalho, da saúde e da integridade física e psíquica dos trabalhadores.

Os direitos humanos fundamentais, de natureza social e trabalhista, recebem efetiva tutela pelo Ministério Público do Trabalho, garantindo sua preservação e respeito. Cabe acentuar que os direitos metaindividuais, inclusive aqueles pertinentes às relações de trabalho, estão inseridos no contexto dos direitos humanos fundamentais.



<sup>73.</sup> MELO, Raimundo Simão, Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador, cit., p. 119-120.

Sendo assim, a cada dia ganha importância o papel do Ministério Público do Trabalho, processual e extraprocessualmente, na tutela do meio ambiente do trabalho. O número de demandas judiciais no tocante à defesa do meio ambiente do trabalho vem aumentando nos últimos anos e constituiu uma das metas institucionais do órgão ministerial trabalhista em razão dos elevados índices de acidentes/doenças do trabalho.

Como principais e importantes instrumentos de atuação para defesa da ordem jurídica trabalhista e tutela do meio ambiente do trabalho, o Ministério Público do Trabalho conta com a Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Termo de Ajuste de Conduta.

O inquérito civil é um relevante procedimento administrativo e inquisitorial, podendo ser instaurado de ofício, para apurar eventual lesão a interesses coletivos ou indisponíveis, com a finalidade de colher elementos de convicção para o ajuizamento da Ação Civil Pública. A legitimidade para sua instauração é exclusiva do Ministério Público (CF/88, artigo 129, III)<sup>74</sup>.

Cabe esclarecer que o inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento de demanda judicial, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição.

Para a tutela do meio ambiente do trabalho, representa o Inquérito Civil importante instrumento porque, além de apurar a existência de lesão ambiental, propicia ao órgão ministerial a assinatura, pelo inquirido, de um Termo de Ajustamento de Conduta às normas legais. É ágil, informal e barato, além de não se submeter aos emaranhados da legislação processual, como ocorre nas demandas judiciais.

O Termo de Ajuste de Conduta é importante instrumento de atuação do Ministério Público do Trabalho, com natureza de título executivo extrajudicial, firmado com a finalidade de correção ou mesmo prevenção de eventuais condutas irregulares, tornando-as compatíveis com o ordenamento jurídico, mediante uma cominação.

Por tratar-se de negócio jurídico com natureza de título extrajudicial, se não cumprido, possibilitará a busca da sua execução direta perante à Justiça competente que, no caso de envolver questões ambientais do trabalho, será a Justiça do Trabalho (CLT, artigo 876).

Esse instrumento propicia maior agilidade e efetividade dos negócios jurídicos relevantes aos direitos e interesses metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), notadamente no que respeita à defesa do meio ambiente do trabalho seguro e adequado. Tem legitimidade ativa para firmá-lo tanto o Ministério Público como os outros legitimados – órgãos públicos – descritos no artigo 5º da Lei n.º 7.347/85.

A Ação Civil Pública é um eficaz instrumento para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou mesmo de direitos de caráter indisponível, de grande relevância para a sociedade.

Cabe destacar que a legitimidade para o ajuizamento da mencionada demanda não é exclusiva do Ministério Público do Trabalho. Sendo assim, através da Ação Civil Pública, o Ministério Público do Trabalho deverá se valer de mecanismos instrumentais preventivos ou inibitórios para promover a cessação imediata de ameaça, devendo o julgador, a seu turno, implementar as medidas necessárias e adequadas nesse sentido, ou, sendo impossível a reversão dos prejuízos causados pelo poluidor, a reparação pecuniária dos eventos lesivos.

Para a efetividade da tutela do meio ambiente do trabalho e da saúde dos trabalhadores, em alguns casos é indispensável a concessão de medidas liminares de urgência, pois os danos causados, ou na iminência de o serem, são muitas vezes irreversíveis e irreparáveis.

#### **BIBLIOGRAFIA**

- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, São Paulo: Sariava, 2008, 33ª edição.
- DELGADO, Maurício Godinho e DELGADO, Gabriela Neves, Constituição da República e Direitos Fundamentais, São Paulo: LTr, 2013, 2ª edição.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, *Direitos Fundamentais e Relações de Emprego*, São Paulo: Método, 2008, 1ª edição.
- JUCÁ, Francisco Pedro, *Renovação do direito do trabalho*, São Paulo: LTr, 2000, 1ª edição.
- MARTINS, Sérgio Pinto, *Direitos Fundamentais Trabalhistas*, São Paulo: Atlas, 2008, 2ª edição.
- MATEUS DA SILVA, Homero Batista, *Curso de direito do trabalho aplicado*, volume 3 (Segurança e medicina do trabalho, proteção ao trabalho da mulher e do menor), Rio de Janeiro: Campus, 2011, 2ª edição.
- MELO, Raimundo Simão, *Direito Ambiental do Trabalhado e a Saude do Trabalhador*, São Paulo: LTr, 2013, 5ª edição.
- ROMITA, Arion Sayão, *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*, São Paulo: LTr, 2012, 4ª edição.
- MORAES, Alexandre, *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo: Atlas, 1998, 2ª edição.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucio*nal Internacional, São Paulo: Saraiva, 2012, 5ª edição.

<sup>74.</sup> MELO, Raimundo Simão, *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2008, 3ª edição, p. 56.



#### HELCIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela USP Juiz Titular da 76ª. Vara do Trabalho de São Paulo Professor Universitário

#### CHRISTIANE MANGILLI AYELLO DO NASCIMENTO

Especialista em Saúde Mental pela UNICAMP Psicóloga

#### O DIREITO TUTELAR DO TRABALHO E A SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR

#### **RESUMO**

O objetivo do presente artigo é estudar as normas de tutela da saúde do trabalhador à luz da psicologia do trabalho, a partir dos conceitos de subjetividade e de coletividade, bem como seus reflexos na atividade empresarial e na sociedade como um todo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Psicologia; Saúde Mental; Ambiente de Trabalho.

#### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo destina-se a estudar o direito tutelar do trabalho à luz da psicologia social. O estudo tem como premissa evidenciar a observância das normas de tutela do trabalhador pela sociedade, as quais não se restringem à higidez física, mas também guarnecem sua saúde mental.

É sabido que no campo do direito do trabalho em destaque as disposições legais são mais rígidas. Não permitem a flexibilização que é aceita em outros pontos da legislação trabalhista, nos quais conta inclusive com amparo constitucional como fruto do exercício da autonomia privada coletiva, conhecida como autonomia dos grupos. É o que tem decidido os tribunais trabalhistas, como se verifica pela Súmula 437, inciso II, do Tribunal Superior do Trabalho<sup>75</sup>.

A relevância dessa rigidez legislativa para toda a coletividade exige do Estado um papel ativo, com vistas à salvaguarda do sistema de seguro social. A deficiente atuação do Estado como agente de promoção de políticas sociais, sobretudo na esfera das relações de trabalho, tem como consequência direta a maior demanda por benefícios previdenciários, sobrecarregando demasiadamente os sujeitos que colaboram para o custeio do sistema securitário público.

Dados estatísticos recentes do Instituto Nacional de Seguro Social mostram que a incidência de afastamentos por males que atingem a saúde mental dos trabalhadores aumentou significativamente nos últimos anos.

O problema em questão carece de soluções que devem ser buscadas também junto à psicologia social. Como forma

de colaborar positivamente para esse propósito, o presente artigo abordará os conceitos de saúde mental e a dialética da subjetividade<sup>76</sup> e da coletividade. A partir desse estudo, será analisado o uso da criatividade como ferramenta positiva de promoção da saúde do trabalhador, de incremento do processo produtivo e de redução do custo social que decorre da manutenção pelo Estado de trabalhadores incapacitados temporária ou definitivamente para o trabalho.

#### 2. A TUTELA DO TRABALHO

O direito do trabalho divide-se nos seguintes ramos: individual, coletivo e tutelar. O primeiro trata da formação, duração e extinção do contrato de trabalho, de seus sujeitos e de seus direitos e deveres. O segundo cuida das relações dos grupos profissionais e econômicos, representados por sindicatos, de sua organização interna e externa e de sua atuação no processo de formação de normas coletivas autônomas. O terceiro dos campos do direito do trabalho compreende as regras relativas à proteção da saúde do trabalhador e concernentes ao meio ambiente do trabalho.

Conta com princípios que têm por base principal a proteção ao trabalhador. Entre suas funções, como reflexo deste conjunto de princípios, a que mais se destaca é a de tutela do trabalhador (NASCIMENTO, 2009). Os princípios da proteção, da norma mais favorável, da inalterabilidade contratual lesiva, da primazia da realidade sobre a forma e da continuidade da relação de emprego são alguns exemplos da tutela que constitui a base do direito do trabalho (DELGADO, 2009).

Tanto é assim que nas relações individuais do trabalho não há ampla e irrestrita liberdade de contratação. Embora seja ramo do direito privado e, como tal, tenha regras de natureza dispositiva em sua maioria, contempla muitos preceitos legais que estatuem matérias indisponíveis. Isso decorre do fato de que os sujeitos da relação de emprego não se encontram em situação de plena igualdade jurídica, pelo que incumbe ao ordenamento estabelecer o equilíbrio entre as partes, mediante a previsão de regras de proteção ao trabalhador, que é o mais fraco dos contratantes.

O uso da negociação coletiva tem sido permitido como ferramenta de flexibilização de direitos e até mesmo incen-





<sup>75.</sup> Súmula 437 do Tribunal Superior do Trabalho: 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.

<sup>76.</sup> Por subjetividade, entende-se o relacionamento do ser humano consigo mesmo e, por coletividade, sua integração no meio social em que vive.

tivado pela Constituição Federal de 1988<sup>77</sup>. É no campo do direito coletivo do trabalho, no qual a situação de inferioridade jurídica do trabalhador é mitigada pela atuação do sindicato que representa a categoria profissional, que se permite maior disponibilidade das normas trabalhistas, a ponto de autorizar a redução de importante direito, que é o salário, em prol do interesse do grupo.

Não têm sido autorizadas a negociação coletiva e a flexibilização de direitos, no entanto, quando se trata de norma de tutela da saúde do trabalhador. E com razão, porque, nesse ponto, evidencia-se, sobremaneira, que o interesse envolvido é o da sociedade como um todo e não apenas dos sujeitos da relação de emprego ou dos grupos a que pertencem.

#### 3. O CUSTO SOCIAL DA DOENÇA DO TRABALHO

O custo da seguridade social é uma questão preocupante para a política de gestão do Estado. O sistema é idealizado, entre outras coisas, para socorrer o trabalhador e seus dependentes em situação de incapacidade temporária ou permanente de trabalho.

A lógica dos números é incontestável: quanto mais trabalhadores afastados do trabalho, menor será a arrecadação de contribuições e maior será o custo social com o pagamento de benefícios securitários. Diminuem as fontes de custeio com o aumento do número de benefícios concedidos.

Não existem fórmulas milagrosas para reverter esse processo que, nos últimos anos, cresceu gradativamente em nosso país. O problema deve ser enfrentado em seu nascedouro. Medidas de proteção à saúde do trabalhador não devem ficar apenas no papel, mas têm de ser efetivamente implantadas no ambiente de trabalho. Cabe ao Estado, com todos os instrumentos de que dispõe, fiscalizar com rigor o cumprimento das normas de tutela ao trabalhador. Não deve exercer sozinho referido papel de fiscal das normas de tutela da saúde do trabalhador, incumbindo à sociedade cooperar no exercício deste mister. Isto pode ser feito especialmente por meio dos sindicatos, pois são as entidades mais próximas dos trabalhadores e de seus problemas diários.

Não se trata de defender uma atuação sindical corporativista, o que implicaria no retorno às origens do movimento sindical no Brasil, quando implantada, na Era Vargas, na década de 1930, a estrutura sindical ainda parcialmente vigente. O que se sustenta é que os sindicatos tenham uma atuação participativa, como agentes que colaborem com a fiscalização das condições de trabalho nas diversas unidades de produção que estão na base territorial que representam. É a função de cooperação do sindicato, que pode muito bem conviver

com a função regulamentar (negocial) que foi enaltecida pela atual Constituição. A malfadada lógica empresarial de que o trabalhador é apenas peça de um processo de produção é ultrapassada e, felizmente, tem sido suplantada por empresários que conseguem visualizar a função social da atividade empresarial, como leciona Silva A. (1991, p. 52):

[...] Esta nova visão da empresa importa também numa visão valorativa do trabalho em relação ao capital. Deixa de ser um mero fator de custo para se integrar à empresa como fator da produção tão importante como o capital, sendo analisado não apenas como energia manipulada para a criação de bens ou serviços mas também como força desprendida por um ser humano, do qual é inseparável, concretizando-se desta forma uma antiga reivindicação ética do cristianismo e do marxismo no sentido de considerar inseparáveis o trabalho e o homem que o presta pois toda apropriação da natureza pelo trabalho se faz através e dentro de uma forma de organização social de quem o pratica. [...]

Na mesma linha é o entendimento de Delgado (2009, p. 606-607), ao tratar dos princípios constitucionais da valorização do trabalho humano e da função social da empresa:

[...] Ressalte-se, contudo, a tendência de o Direito do Trabalho criar mecanismos e processos de bilateralização ou multilateralização da dinâmica do exercício do poder no contexto empregatício. Essa tendência, embora tímida no Brasil, poderia (e deveria) avançar, em vista da democratização da sociedade política e civil no país, em seguida à queda do regime autoritário de 1964. A Carta de 1988, por exemplo, fala em participação dos empregados na gestão da empresa, embora ainda tendo tal participação como excepcional (art. 7º, XI, CF/88). Também a Constituição avalia o trabalho como fundamento da República e que se posiciona no mesmo patamar da livre iniciativa (art. 1º, IV). Reconhece o direito de propriedade - desde que atendida sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, CF/88). Cria mecanismos de participação direta obreira na empresa (art. 11, CF/88) e reforça as antigas comissões internas de fiscalização da saúde e segurança obreiras (CIPAs: art. 10, II, "a", ADCT - CF/88) (destaques do original). [...]

Ao escrever sobre o poder de direção da atividade empresarial, Delgado (2009, p. 591) sugere, inclusive, que seja denominado "poder intraempresarial ou poder empregatício", asseverando que "embora essa larga abrangência possa conferir à velha denominação um lado funcional (isto é, prático), ela não esconde a face autoritária e retrógrada – portanto equívoca – inerente à idéia de hierárquico". Conclui que o poder intraempresarial "é específico à relação e contrato empregatícios e não a um de seus sujeitos, [...] que assume intensidade e sincronia distintas quanto à participação dos sujeitos envolvidos e conteúdo distinto quanto aos direitos e obrigações resultantes da respectiva relação jurídica contratual de poder" (DELGADO, 2009, p. 616).



<sup>77.</sup> Artigo 7º da Constituição Federal de 1988: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV – jornada de seis horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

Mecanismos como o de participação na gestão e nos resultados da empresa, pagamento de adicional de produtividade ou de prêmios por assiduidade e produção, além da concessão de benefícios que incentivam o crescimento profissional do trabalhador contribuem para que ele se sinta como integrante de uma instituição que se preocupa com o resultado social de sua atuação, afastando o inconveniente de que seja considerado como mero fator de produção. Martins (1996, p. 89) relaciona entre outras vantagens da participação nos lucros:

[...] a melhor integração do trabalhador na empresa, com consequente aumento de produtividade; [...] estímulo à produtividade nas empresas e à manutenção dos postos de trabalho; [...] valorizaria um ambiente psicológico favorável, de harmonia entre o capital e o trabalho; [...] estímulo ao empregado para produzir, gerando clima de reciprocidade entre trabalhador e empregador, que só irá gerar benefícios e ganhos para a empresa. [...]

Nesse ponto, surge como importante recurso de integração do trabalhador ao processo produtivo a valorização da criatividade individual. No entanto, essa relevante fonte de resultados positivos para a atividade empresarial não tem sido devidamente incentivada pelos empresários.

#### 4. A SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR

Técnica ultrapassada de administração do processo produtivo, em especial quanto aos recursos humanos, é a prática do assédio moral no ambiente de trabalho. Pressões psicológicas sobre os trabalhadores, mediante ameaças de punições e de dispensa, com o objetivo de fazer com que aumentem a produção, evidentemente terão resultados diametralmente opostos. Não é pelo medo, mas sim pela integração, que se obtém o resultado pretendido (SILVA C., 1999). Não se deve perder de vista que o trabalhador tem que se sentir como um parceiro da empresa e se orgulhar de integrar seu quadro de colaboradores. Esse é o entendimento de Silva C. (1999, p.115), ao defender o pagamento de participação nos lucros e resultados como forma de integração do trabalhador à empresa:

[...] As empresas participativas vêm obtendo maior sucesso competitivo. Há maior integração e identidade entre empresas e empregados, e estes valorizam mais o seu emprego, promovendo qualidade e produtividade. Há maior estabilidade natural no emprego, beneficiando o empregado em termos de segurança, e vantagem para o empregador, resguardando a experiência de seus empregados. O desempenho individual e em equipe é valorizado, pois se sabe que ele gera resultados e pagamento. Há contribuição participativa efetiva. O ambiente organizacional se torna mais rico pelo bom clima de relacionamento entre empregados e entre estes e sua chefia. Há reciprocidade em todos os aspectos. O sucesso da empresa é o objetivo de todos. E o principal: o sentido de competitividade, dedicação, busca contínua de qualidade e de produtividade, redução de custos e desperdício passa a ser de responsabilidade de todos. E todos ganham e os ganhos são frequentes, na medida em que, de forma consciente, o sistema se aprimora, sem o paternalismo do governo, mas pela tomada de consciência de vantagens, quer pelos empregadores. [...]

Nesse propósito, o estudo da psicologia das relações de trabalho também pode colaborar sensivelmente para a obtenção dos resultados positivos tão desejados pela classe empresarial. A literatura a respeito do tema da saúde mental do trabalhador não é muito extensa. Estudos mais recentes e avançados estão ganhando vulto, notadamente na França, apesar da extensão mundial do problema.

De início, é preciso conceituar a expressão 'saúde mental', já apresentada como um fator determinante para o bom desempenho dos trabalhadores em seu ambiente de trabalho. O conceito de saúde é amplo e abrangente, compreendendo tanto o campo físico quanto o mental, sendo certo que incumbe à psicologia o estudo da mente humana.

Entre as diversas concepções existentes entre os teóricos da psicologia sobre a saúde mental do ser humano e suas patologias, destacam-se as de Canguilhën, Foucault e Jung. Para Canguilhën (1982), não haveria distinção entre o normal e o patológico, mas sim duas forças em movimento: a variável propulsiva do viver e as forças reativas. Este movimento gera a atividade normativa, que é a capacidade do ser humano de criar novas formas de viver. Nota-se que seu conceito não separa a normalidade da patologia no campo da saúde mental, enfatizando uma concepção positiva da questão a ser enfrentada. Segundo Canguilhën (1982, p. 212):

[...] a vida não é indiferente às condições nas quais ela é possível, que a vida é polaridade, e, por isso mesmo, posição inconsciente de valor, em resumo, que a vida é de fato uma atividade normativa [...] uma norma só é a possibilidade de uma referência quando for instituída ou escolhida como expressão de uma preferência e como instrumento de uma vontade de substituir um estado de coisas insatisfatório por um estado de coisas satisfatórias. [...]

Foucault (1975, p. 24) entende a doença como a própria natureza da normalidade em processo invertido, ao sustentar que "[...] de fato a doença apaga, mas sublinha, abole de um lado para exaltar o outro, a essência da doença não está no vazio criado, mas na plenitude do vazio preenchido". Por seu ponto de vista, a natureza do ser humano é vista pela dualidade, ou seja, todos estariam sujeitos a desenvolver uma patologia mental latente. Por certo que o afloramento desta patologia poderia ser corroborado pelo ambiente no qual o indivíduo está inserido.

Na concepção de Jung (1991), a saúde é o poder de conscientizar-se pelo ego e de viver o self, expressão que, traduzida para o português, significa 'si mesmo'. Trata-se do chamado processo de individuação, pelo qual o ser humano busca encontrar a sua essência. Segundo Jung (1991), todos teriam o propósito de retornar ao seu estado emocional de origem ao fim do ciclo de sua existência. A doença, para ele, surgiria como uma frustração deste desiderato natural do ser humano e seria desenvolvida pela alienação do ego e pelo distanciamento do indivíduo desta sua essência.



A partir desses conceitos, nota-se que o paradigma saúdedoença pode ser interpretado por diferentes prismas. Os conceitos têm, no entanto, como pontos comuns, de forma implícita, a valorização de capacidade de criação, de adaptação do ser humano e de compreensão de subjetividade. Entendese como subjetividade o único (pessoal e vivo no indivíduo), que representa seu mundo interno (conjunto de sentimentos, emoções e de processos cognitivos do ser humano).

#### 4.1 AMBIENTE DE TRABALHO E SAÚDE MENTAL

Transportados estes conceitos para o ambiente de trabalho e para o estudo das relações nele estabelecidas, nota-se que a excessiva priorização da produtividade na organização empresarial em detrimento da subjetividade do indivíduo pode causar sofrimento psíquico para o trabalhador, o que deve ser evitado com sua maior integração à empresa, inclusive na gestão, como sustenta Córdova (1985, p. 13-14):

[...] À gestão eficaz da empresa exigia reconhecer, de um lado, que o trabalhador havia deixado de ser um agente passivo e que a direção empresarial não podia continuar a ser autoritária, e, de outro, que faltava promover um entendimento e colaboração entre a gerência e o fator trabalho. A participação situava-se, assim, no centro de uma preocupação geral com a necessidade de intensificar a cooperação como meio de obter melhores relações de trabalho, mais harmonia, menos conflito e uma maior produtividade. Esta última, sobretudo, explica o empenho, mais ou menos visível em algumas formas de participação, em aproveitar o máximo o potencial criativo do trabalhador. [...]

Estudos recentes mostram que alguns sofrimentos psíquicos, como depressão, ansiedade e síndrome do pânico, têm como fator desencadeante o próprio ambiente de trabalho, na maioria dos casos (BRANCO, 2007). A precariedade de condições de trabalho, a falta de segurança gerada notadamente por ausência de medidas que evitem a ocorrência de acidentes, a perda da autonomia para a tomada de decisões, a exposição a situações de excessivos desgastes físico e mental, a necessidade de cumprir metas e a correspondente pressão para atingi-las são relacionados pelos estudiosos do problema como fatores mais frequentes.

A depressão foi o mal mais comum, entre todos os motivos de afastamento dos trabalhadores perante o Instituto Nacional de Seguro Social, no período de 2000 a 2004, conforme mencionados dados estatísticos. O percentual de trabalhadores afastados por esse motivo para a percepção de benefício previdenciário, portanto após o período de quinze dias de inatividade que é suportado pela empresa, foi de 48,8% (quarenta e oito vírgula oito por cento), segundo Branco (2007).

Entre os mencionados fatores que impactam negativamente a qualidade de vida do trabalhador, o mais agressivo é a pressão psicológica no ambiente de trabalho. Funciona como fator que atinge a subjetividade do trabalhador, comprometendo, por conseguinte, sua criatividade. Preocupando-se em manter o vínculo de emprego, uma vez que a legislação bra-

sileira não contempla regra de estabilidade para a generalidade dos trabalhadores, o indivíduo adota uma postura passiva diante da organização empresarial e do processo produtivo, negando ou não priorizando sua subjetividade, o que reflete negativamente na qualidade de vida e acarreta sofrimento psíquico (DEJAURS, 1988).

Essa postura é ditada pelo ambiente negativo de trabalho criado pelo empregador. A redução do espaço e do tempo que deveriam ser destinados ao contato com a subjetividade e a perda da possibilidade de exteriorizá-la pela produção no trabalho distanciam o trabalhador da empresa como instituição e de seus próprios objetivos pessoais. A situação gera, em conseqüência, ansiedade e frustração, interferindo diretamente na saúde mental do indivíduo. Por outro lado, ao se impedir que o trabalhador exteriorize sua subjetividade, até mesmo infligindo-lhe pressão para obter mais resultados no trabalho, além de frustrar a satisfação pessoal, resulta inversamente na perda da produtividade.

As formas tradicionais de organização do processo produtivo consideram equivocadamente a pressão no trabalho como uma ferramenta de comando e de exercício do poder de direção da empresa. Trata-se, infelizmente, de dogma institucionalizado nas empresas que ainda não atentaram para a nova realidade das relações de trabalho, de modo a reger negativamente as condutas dos empresários, que acabam por impor aos trabalhadores, sem que o percebam, a negação da subjetividade e do potencial humano. Padronizam-se comportamentos e condutas, exige-se a repetição nas tarefas e no cumprimento das regras, moldando-se, assim, uma coletividade passiva (GOTTSCHALK,1996).

O ultrapassado sistema taylorista de produção, que enaltece a busca do lucro e da produtividade e estimula a competitividade, inclusive entre os próprios trabalhadores, gera esses comportamentos passivos. Referido sistema produtivo utiliza, na verdade, gestões autoritárias, mas as denomina de por excelência, de forma dissimulada, sob as vestes de gestões democráticas. Gottschalk (1996, p. 69-70) identifica com maestria o cerne do problema:

[...] Apurados esses resultados e extraídas essas conclusões, resta providenciar a terapêutica para combater o mal. A empresa, agora, devia ser encarada como uma 'estrutura social' bem definida, na qual os indivíduos são interdependentes. A organização taylorista - lembra Lassegue - baseada na lógica da eficiência, fazia tábula rasa dos motivos alógicos dos sentimentos, dos liames de interdependência que ligam os trabalhadores entre si. A terapêutica contra o estado patológico do corpo social da empresa deve consistir no desenvolvimento das correntes centrípetas, e consequente enfraquecimento das correntes centrífugas. As primeiras desenvolvem entre os trabalhadores e os quadros dirigentes liames pessoais e afetivos. As segundas afastam da empresa o interesse, a simpatia e a inteligência do operário. Para chegar a esta meta, organizam-se encontros esportivos entre quadros e dependentes, atribuem-se insígnias de antiguidade, fundam-se clubes, hospitais, jornais, criam-se comitês de empresas, etc. (destaques do original) [...]



A psicologia social é o campo da ciência que estuda a importância do trabalho para a valorização do ser humano. Enquadra a produção, entre as quais a decorrente do trabalho, como um dos motivos da própria existência humana. Para o adequado desenvolvimento da atividade de produção, segundo a psicologia social, é necessária a convivência com o grupo, que passa pelo desenvolvimento da linguagem e pela divisão no trabalho.

A divisão no trabalho compreende a classificação dos colaboradores em diferentes níveis hierárquicos e a distribuição de tarefas, que deve ser feita conforme o perfil de cada trabalhador. Uma vez levada a efeito, tende a se cristalizar, permitindo que percepções e abstrações individuais estabeleçam-se de formas diferentes entre pessoas dos mesmos ou de diversos níveis hierárquicos ou funcionais. É igualmente necessário que indivíduos que estão inicialmente separados por atividades diferenciadas unam-se em segundo momento, para que sejam alcançados os objetivos e as metas da instituição. O aumento da produção a qualquer custo, buscado inclusive com medidas de flexibilização de regras de proteção trabalhistas, não deve ser o único alvo da atividade empresarial, pois resulta em crescentes modalidades de doenças ocupacionais, ao passo que a saúde do trabalhador é de interesse de toda a sociedade. As lições de Silva W. (1998, p. 26) a este respeito merecem ser transcritas:

[...] Portanto, passou-se a valorizar o papel do trabalhador no processo econômico, difundindo-se noções como administração participativa, qualidade total, cultura organizacional, todas vinculadas à idéia de motivação e envolvimento do empregado na vida e nas decisões empresariais. [...] Como se verifica, para democratizar a empresa no contexto de uma economia de mercado, que pressupõe o direito de propriedade, são necessários tanto a intervenção estatal como o exercício da autonomia privada coletiva, criando mecanismos de representação e participação no local de trabalho. Caso contrário, os trabalhadores não terão reconhecida a condição de sujeito nas relações intraempresariais. Tema da maior relevância na Sociologia, na Psicologia e na Filosofia, a subjetividade repercute também no Direito: Alain Supiot, fundamentando-se em Michel Foucault, assinala que na pessoa do trabalhador confundem-se o sujeito e o objeto do contrato de trabalho, pois a organização da produção submete-o a uma disciplina corporal que implica a utilização de uniformes, crachás, posturas, gestos, palavras, etc. (destaques do original) [...]

Dejaurs (1988) sustenta que a alienação descaracteriza o indivíduo e o afasta da subjetividade, pelo que a encara como ponto negativo a ser evitado. Os trabalhadores têm por objetivo, em geral de modo inconsciente, elaborar a vivência do sofrimento. Por 'elaborar', entende-se a compreensão e a aceitação do sofrimento, com a possibilidade de extrair desta experiência lições positivas, inclusive como instrumento de mudança e de superação futuras. Na medida em que as experiências possibilitam aos sujeitos que as vivenciaram desvendá-las no ambiente de trabalho, podem gerar sofrimento, mas

também realização. Para tanto, sugere que as organizações empresariais destinem um momento exclusivo na jornada de trabalho para a reflexão pelos trabalhadores a respeito destes problemas. Segundo Dejaurs (1988, p. 137):

[...] os mecanismos defensivos construídos coletivamente pelos trabalhadores para conjugarem os sofrimentos psíquicos favorecem a alienação. Alienação no sentido psiquiátrico também, de substituição da vontade própria do sujeito pela do objeto. Nesse caso, trata-se de uma alienação que passa pelas ideologias defensivas, de modo que o trabalhador acaba por confundir com seus desejos próprios a injunção organizacional que substitui seu livre arbítrio. [...]

A subjetividade humana não pode ser sufocada pela organização empresarial, notadamente em um estado democrático de direito que elege a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa como princípios constitucionais78. O uso da gestão por excelência, com liderança autoritária na direção do processo produtivo, mediante técnicas de controle pela repressão dos trabalhadores para a manutenção do poder, é incompatível com referidos princípios constitucionais. Por outro lado, é certo que o indivíduo, descaracterizado pela falta de identificação com o trabalho, produzirá menos, viverá um cotidiano conflitante e perderá sua criatividade. Nesse cenário, advirá sofrimento psíguico para o trabalhador e, conseguentemente, o comprometimento de sua qualidade de vida e de sua saúde mental. A psicologia social é apontada como um meio eficaz de evitar esse cenário negativo para a atividade da empresa, como destaca Gottschalk (1996, p. 62-63):

[...] Situam os psicólogos o mal não no pagamento de um salário, que, ao invés, liberta o operário, mas, sobretudo, no modo pelo qual se lhe constringe a cumprir seu trabalho, posto que, na oficina, na fábrica, ele é excessivamente dirigido, se lhe impede e se lhe entrava o aplicar toda a iniciativa criadora. Limitado pela hierarquia na execução de sua tarefa, isolado, o trabalhador adquire o sentimento de que sua vida material é condicionada de fora que não é mais dono dela. [...] Mas o trabalhador transforma-se, torna-se excitante, apaixonante, quando a inteligência intervém na sua execução. Provoca então uma euforia análoga à do jogo, não é mais uma irremediável maldição bíblica. É porque o trabalho é mal organizado que se torna assim pesado. O operário, persuadido de que no regime do salariado, o trabalho moderno é equiparado à escravidão antiga, é grandemente afetado na sua dignidade. Somente se conforma com uma tal condição amparado na confiança profunda de um progresso social ou na revolução. [...]



<sup>78.</sup> Artigo 1º da Constituição Federal de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

A execução prazerosa do trabalho, com a valorização do trabalhador e das relações com o grupo, em um ambiente de produção saudável, que permita o desenvolvimento de vínculos afetivos positivos, contribui para o bem estar individual e coletivo, aumentando a vontade, a capacidade de produção e o bom desempenho da função. Há de ser buscado o ponto de convergência entre o empregado e a empresa, entre o individual e o coletivo, a partir de reflexões prospectivas e positivas, pois assim serão encontradas as respostas para a diminuição dos alarmantes índices de doenças, notadamente as de ordem psíquica, nas atividades laborais. Silva A. (1991, p. 48) também traz construtivas lições a esse propósito:

[...] A ascensão do trabalhador na empresa e a importância da empresa na vida social permitem a satisfação das condições subjetivas (realização pessoal do trabalhador) e objetivas (maior produção e mais eficiente produtividade) que constituem os únicos fatores capazes de superar o fosso que a sociedade industrial criou entre o empregado e a empresa. [...]

O trabalho é um dos caminhos mais propícios para estimular positivamente a saúde mental do indivíduo, pois deve constituir meio de produção, de subsistência e de valorização da capacidade e da criatividade humanas. Os investimentos dos gestores organizacionais no ser humano são de suma importância para que o trabalho possa exercer de fato referido efeito benéfico no indivíduo, tendo como reflexo a promoção de sua saúde. O trabalhador, sentindo-se valorizado no trabalho, em ambiente seguro, com saúde mental que resulta dos investimentos feitos pelo empresário, além de produzir mais, retribuirá por meio da criatividade, que poderá ser revertida em prol da organização empresarial.

A criatividade é a força psíquica propulsora da vida e conta com grande potencial de transformação. Auxilia na solução de problemas e desperta o bom-humor no ambiente em que é incentivada. O trabalhador ao qual é permitido usar a criatividade tem prazer pelo trabalho e sente-se valorizado pelo resultado de sua criação. Esse incentivo eleva a auto-estima, diminui o desgaste emocional e melhora a qualidade de vida.

Não há indivíduo que sobreviva só e não existe coletividade sem o indivíduo. Essa dialética deve ser levada em conta e bem compreendida pelas organizações empresariais que buscam soluções para a melhoria de seu processo produtivo e para o exercício de sua função social.

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A busca do resultado no processo de produção deve interessar não apenas ao empresário, mas também àqueles que com ele colaboram, os trabalhadores. Esse desiderato deve surgir naturalmente e não como decorrência da pressão moral ou de forma impositiva.

O trabalho ocupa grande parte da vida útil do indivíduo, possibilitando sua inclusão social e a valorização pessoal pelo exercício produtivo da atividade profissional. O ambiente de trabalho deve permitir ao trabalhador exteriorizar seu potencial criativo, que constitui fator importantíssimo para sua saúde mental, com resultados positivos para o coletivo do qual faz parte.

A psicologia, ciência que estuda o ser humano e sua alma, especialmente nos ramos da psicologia social e da psicologia do trabalho, tem muito a contribuir para a melhoria da qualidade de vida do trabalhador e para a promoção de sua saúde mental na organização empresarial.

As discussões travadas com outras áreas das ciências sociais, como o direito e a sociologia, são proveitosas, valorizando a tão almejada interdisciplinariedade. Os resultados desses estudos conjuntos de disciplinas são fundamentais para que sejam traçadas estratégias de ação empresarial, buscando caminhos mais suaves e que propiciem maior satisfação pessoal e coletiva para os parceiros sociais.

O presente estudo propõe reflexões sobre a adoção dessas práticas na atividade empresarial, antevendo resultados positivos para os parceiros sociais. É necessário o aprofundamento das pesquisas nessa específica área da psicologia, demandando participação mais efetiva do profissional que dela se incumbe na organização da empresa, em especial, quanto à gestão dos recursos humanos de que dispõe.

A valorização da criatividade do indivíduo, que é possível mediante a destinação de parte da jornada e de local específico na empresa para a troca de experiências e sensações entre os trabalhadores, diminui as tensões no trabalho e gera um ambiente favorável para o incremento da produtividade. Surge como instrumento de integração do trabalhador à empresa, ao lado do abono produtividade, da co-gestão, da participação nos lucros e resultados, entre outros. Permitindose ao trabalhador a convivência em um ambiente saudável de trabalho, ganharão todos: o próprio trabalhador com o resultado de sua atividade e com a valorização profissional, a empresa com o aumento dos resultados na produção e a sociedade com a redução dos casos de afastamentos previdenciários por doenças ligadas ao trabalho, sobretudo de natureza psíquica.

Nesse sentido, a legislação de tutela do trabalho também se preocupa com a saúde do trabalhador, estabelecendo regras indisponíveis até mesmo pelo mecanismo da negociação coletiva, que têm por desiderato diminuir os encargos a serem suportados pela sociedade com a manutenção da força de trabalho inoperante.

Aos empresários, responsáveis pela gestão do empreendimento, cumpre incutir uma cultura de colaboração no ambiente de trabalho, por meio de mecanismos que permitam a efetiva participação dos trabalhadores no incremento da produção e nos resultados obtidos com essa atividade, para o que muito tem a ensinar a psicologia do trabalho.

Cabe não somente ao Estado, mas também à própria sociedade, por meio da colaboração com o poder público (o que pode ser feito a partir das entidades sindicais), velar pela efetiva aplicação das normas de medicina e segurança do trabalho, tanto preventivamente quanto de forma repressiva. Nada melhor, contudo, que os próprios parceiros sociais tenham consciência de que há uma comunhão de interesses a exigir atuação conjunta que traga resultados positivos para ambos os lados de uma organização empresarial, espaço importante para a valorização do ser humano na sociedade.



### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRANCO, A. B. Quando o trabalho adoece. **Revista Diálogos Ciência e Profissão Psicologia**. Brasília: Sistema Conselhos de Psicologia, ano 04, no. 05, 2007, pp. 22-23.
- BUTCHER, H. J. A inteligência humana. 2ª edição, São Paulo: Perspectiva, 1981.
- CANGUILHËN, G. O normal e o patológico. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.
- CÓRDOVA, É.; TRONCOSO, J. A. L. Mecanismos intraempresariais de participação. São Paulo: IBRART, 1985.
- DELGADO, M. G. Curso de direito do trabalho. 8ª edição, São Paulo: LTr, 2009.
- \_\_\_\_\_. Princípios de direito individual e coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 2001.
- DEJAURS, C. A loucura do trabalho. 3ª edição, São Paulo: Cortez, 1988.
- WHITMONT, E. C. **A busca do símbolo**. 5ª edição, São Paulo: Cultrix, 2002.
- FOUCAULT, M. **Doença mental e psicologia**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1975.
- FRANZ, M. L. von; HILLMAN, J. **A tipologia de Jung**. 2ª edição, São Paulo: Cultrix, 1995.
- GOTTSCHALK, E. A participação do empregado na gestão da empresa. São Paulo, LTr, 1996.
- INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. Disponível em <a href="http://www.previdencia.gov.br">http://www.previdencia.gov.br</a>. Acesso em maio de 2008.
- JUNG, C. G. **O eu e o inconsciente**. 9ª edição, Petrópolis: Vozes, 1991, vol. II.
- \_\_\_\_\_. A prática da psicoterapia. Petrópolis: Vozes, 1988, vol. XVI.
- \_\_\_\_\_. **Memórias, sonhos e reflexões**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.
- LANE, S. T. M; CODO, W. **Psicologia social**: o homem em movimento. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- MAGANO, O. B. Manual de direito do trabalho direito individual do trabalho. 2ª edição. São Paulo: LTr, 1988.
- MARTINS, S. P. Participação dos empregados nos lucros das empresas. São Paulo: Malheiros, 1996.

- NASCIMENTO, A. M. Curso de direito do trabalho. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Iniciação ao direito do trabalho**. 34ª edição. São Paulo, LTr, 2009.
- SILVA, W. L. R. da. Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa. São Paulo, LTr, 1998.
- SILVA, C. P. da. **A hora e a vez do salário variável**. São Paulo, LTr, 1999.
- SILVA, A. A. da. Co-gestão no estabelecimento e na empresa. São Paulo, LTr, 1991.
- SÜSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S. Instituições de Direito do Trabalho. 12ª edição. São Paulo: LTr, 1992, vol. I.





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



### **RODRIGO ACUIO**

Juiz Substituto do TRT-2

### O FIM DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

As receitas sindicais podem ser (a) a mensalidade sindical devida pelo sindicalizado; (b) a contribuição confederativa prevista no inciso IV, do artigo 8º, da Constituição Federal; (c) a contribuição assistencial (letra "e", do artigo 513, da CLT) e; (d) a contribuição sindical (artigo 582 da CLT, confirmado pela parte final do inciso IV, do artigo 8º, da Constituição Federal).

Com a instalação do Fórum Nacional Sindical em 2003, que pretendeu modificar o sistema sindical brasileiro e extinguir a contribuição sindical compulsória, várias entidades sindicais passaram a substituir as contribuições assistencial e confederativa, ou apenas uma destas, pela chamada contribuição negocial.

Isso aconteceu porque se pretendia que os empregados pudessem optar (ou não) pela representação sindical que considerassem a melhor, em um sistema verdadeiramente livre e que permitisse a ratificação da Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho - OIT em nosso país, substituindo o critério legal da unicidade sindical pelo natural de conformação, representado pela unidade sindical (quando a existência de uma única entidade não decorre da lei, mas da vontade dos representados).

É que, a par da reconhecida liberdade sindical, ela não é completa no Brasil, porque o Estado ainda fixa a base territorial mínima por categoria e confere contribuição sindical obrigatória (incisos II e IV parte final, do artigo 8º, da Constituição Federal).

Como se sabe o Fórum Nacional Sindical não foi adiante (infelizmente) e a legislação continuou como está, mas a nomenclatura "contribuição negocial" permaneceu em diversas normas coletivas, até que a Lei 11.648/2008 – que reconheceu as Centrais Sindicais – estabeleceu que a contribuição sindical vigorará até que a lei discipline a contribuição negocial, vinculada ao exercício da negociação coletiva e aprovada em assembleia (artigo 7º).

Esse simples histórico para dizer que o sistema sindical atual cria situações como a que vivemos hoje: o empregado é obrigado ao pagamento de uma contribuição anual prevista em lei, mas as entidades sindicais não sobrevivem só com ela, daí o estabelecimento de outras receitas, como a negocial (ou assistencial ou confederativa ou as duas), cuja natureza na prática é a mesma: remunerar o sindicato pelo sucesso da negociação.

Por outro lado, ainda que suportem apenas a contribuição sindical anual no mês de março, no importe de um dia de trabalho, os empregados terão direito a todos os benefícios conquistados pela entidade que compulsoriamente os representa.

Melhor será quando todos os empregados puderem escolher se pretendem a representação ou não, sendo que nesta última hipótese não colherão os frutos do sucesso da negociação coletiva (na prática: sem reajuste salarial e sem cláusulas sociais). Não é preciso dizer que poucos serão os empregados não sindicalizados quando isso acontecer, eliminando discussões sobre a validade de cobranças relativas a outras receitas sindicais, sob quaisquer denominações (e.g. precedente normativo 119 do Tribunal Superior do Trabalho).

Eventuais abusos, como cobranças excessivas, serão regulados pela própria categoria que, afinal, poderá criar nova entidade se assim entender.

Como ainda não é assim em nosso país, é importante que se reflita sobre as contrapartidas inerentes à negociação coletiva, sob pena de, enfraquecendo as entidades que viabilizam um bom trabalho, se impeça o próprio desenvolvimento do Direito Coletivo do Trabalho que, de forma paradoxal com o sistema brasileiro, nasceu naturalmente e não por chancela do Estado.

Por isso é indispensável e urgente que, como reflexo do fim da unicidade - pela implantação plena da liberdade sindical, a contribuição sindical obrigatória termine, pois é nítido que as conquistas obtidas ao longo dos anos por sindicatos livres e atuantes, provocaram a melhoria da condição social dos empregados por eles representados e não foram reflexo dessa receita obrigatória.

No entanto, como a lei é a primeira fonte do Direito em nosso sistema (inciso II, do artigo 5º, da Constituição) e a contribuição negocial ainda não foi estabelecida por lei e, nos termos do artigo 7º, da Lei 11.648/2008, ela substituirá as contribuições assistenciais, confederativa e a própria sindical, evidente que o desconto hoje não é lícito (exceto a sindical), chancelando juridicamente uma situação absolutamente injusta para aquelas entidades sindicais que verdadeiramente lutam pelos interesses da categoria profissional e que serão fortalecidas com a ratificação da Convenção 87.

As demais entidades desaparecerão naturalmente, fruto do processo de amadurecimento do Direito Coletivo promovido pela instalação da unidade sindical.





### AMERICO CARNEVALLE

Juiz do Trabalho aposentado do TRT-2 Docente nas áreas de Direito do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho

# DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE LIMITADA NO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO

#### 1. INTRODUÇÃO

As empresas legalmente organizadas mediante a inscrição de seus atos constitutivos no registro competente, adquirem personalidade jurídica, e passam assim a constituir-se em pessoas jurídicas, e portanto aptas a adquirir direitos e obrigações. Ocorre que a pessoa jurídica é considerada distinta da pessoa física de seus sócios. Assim, em princípio os bens, direitos e obrigações que compõem o patrimônio da pessoa jurídica, não se confundem com o patrimônio particular da pessoa de seus sócios.

A teoria da "desconsideração da personalidade jurídica", foi desenvolvida justamente para evitar que os sócios protegidos pelo instituto da Pessoa Jurídica cometam abusos ou fraudes, sem que seus patrimônios sejam atingidos.

O objetivo deste estudo é pois, demonstrar os diferentes fundamentos na aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Civil e no Direito do Trabalho, neste em relação aos créditos exclusivamente decorrentes da relação de emprego. (Essa delimitação da origem dos créditos decorrentes unicamente da relação de emprego se faz necessária, em razão da ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que atribuiu competência a Justiça do Trabalho para instruir e julgar diversas outras causas, que não decorrentes exclusivamente da relação de emprego). Assim, serão apresentados os diversos fundamentos jurídicos para aplicação dessa teoria, respectivamente nas áreas civil e trabalhista, para contribuir na solução das controvérsias acerca do tema, e a apresentação de uma conclusão, para fins de aplicação prática.

# 2. ORIGEM DA DOUTRINA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

A teoria da personalidade jurídica, segundo a melhor doutrina, consiste no reconhecimento de que a pessoa jurídica, é uma realidade autônoma, capaz de direitos e obrigações, e portanto a pessoa jurídica é considerada distinta da pessoa física de seus sócios. Assim, em princípio, os bens, direitos e obrigações, que compõem o patrimônio da pessoa jurídica, não se confunde com o patrimônio de seus sócios.

Diante disso, em face dessa teoria, a responsabilidade patrimonial da pessoa jurídica por suas obrigações, é restrita apenas a seus bens, não se estendendo aos bens particulares dos sócios ou administradores.

Ocorre que a teoria da personalidade jurídica, aplicada às sociedades comerciais, em determinadas circunstâncias podem acarretar sérios problemas, especialmente em caso de abuso da personalidade jurídica caracterizada pelo desvio da finalidade, ou pela prática de fraude por parte dos sócios e ou administradores da sociedade. Assim em vista das fraudes

promovidas através da personalização de sociedades é que se foi elaborando por construção jurisprudencial, uma doutrina para coibir os abusos verificados.

Nesse sentido, surgiu assim a doutrina do Disregard of Legal Entity, no direito anglo-saxão, que em seguida passou a ser adotada pelo direito germânico e posteriormente passou a ser estudada no direito italiano e de outros países da Europa. Essa doutrina, tem por finalidade em certas circunstâncias, a desconsiderar a personalidade jurídica, ou seja, não considerar os efeitos da personificação, para atingir a responsabilidade dos sócios, sendo por isso também conhecida como doutrina da penetração. Pretende a doutrina penetrar o âmago da sociedade, superando ou desconsiderando a personalidade jurídica, para atingir e vincular a responsabilidade do sócio. No entanto é de se esclarecer, que não se trata de considerar ou declarar nula a personificação, mas somente torna-la ineficaz para determinados atos.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, foi desenvolvida pois, para coibir fraudes realizadas, mediante a abusiva utilização da autonomia patrimonial conferida a sociedade personificada, para possibilitar a responsabilização do sócio por dívida formalmente imputada a sociedade. A desconsideração da personalidade jurídica, significa portanto, adequar a pessoa jurídica ao fins para os quais foi criada de modo a limitar o uso indevido de suas prerrogativas, por ato de seus sócios, de acordo com as necessidades ligadas a manutenção de equilíbrio das relações jurídicas, atribuindo aos sócios a penalidade de responder com seus bens particulares, para pagamento das dívidas da sociedade.

A desconsideração da pessoa jurídica veio permitir que o juiz não mais considere os efeitos da personificação, ou da autonomia jurídica da sociedade para atingir e vincular a responsabilidade dos sócios, com o intuito de impedir a consumação de fraudes e o abuso de direitos cometidos, por meio da personalidade jurídica que prejudique terceiros.

Assim, embora os Tribunais declarem que há diferença de personalidade entre a sociedade e seus sócios, a da pessoa jurídica não constitui um direito absoluto, por estar sujeito as teorias da fraude contra credores e do abuso do direito.

Nos Estados Unidos essa doutrina tem sido aplicada, apenas se houver fraude comprovada, em que se utiliza a sociedade como mero instrumento ou simples agente do acionista controlador. Em tais casos de confusão do patrimônio da sociedade com o do acionista, induzindo terceiros em erro, tem-se admitido a desconsideração da pessoa jurídica, para responsabilizar o controlador pessoalmente.

Na França existe uma lei datada de 13 de julho de 1967, que trata expressamente da desconsideração da personalidade jurídica, ao dispor no seu artigo 99, que em caso de falência



ou concordata de uma pessoa moral, sendo insuficiente o ativo, o juiz poderá, a requerimento do síndico, ou de ofício, determinar que as dívidas sociais sejam suportadas no todo ou em parte, solidariamente ou não, por todos os dirigentes sociais, de direito ou de fato, aparentes ou ocultos, remunerados ou não, ou por alguns deles. O seu artigo 101, estabelece expressamente, que o patrimônio pessoal do dirigente da pessoa jurídica falida ou em concordada seja atingido, provado que se haja utilizado da pessoa jurídica e mascarando-se nela, tenha praticado atos mercantis em seu interesse pessoal, ou disposto dos bens sociais como próprios, ou ainda continuando de modo abusivo em seu interesse pessoal, a atividade deficitária da pessoa jurídica, que só poderá conduzir a cessão de pagamento.

Na Itália a desconsideração da personalidade jurídica é admitida somente nas hipótese de fraude a lei e ao contrato. Na Suíça a desconsideração da personalidade jurídica é admitida nas práticas de atos economicamente proibidos ou que prejudiquem direitos dos credores ou que tornem válidos negócios simulados, e na Espanha nas de fraude a lei.

# 3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA NO DIREITO BRASILEIRO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO CIVIL

O Direito Brasileiro reconhece ampla personalidade às sociedades quer civis quer comerciais, estando essa teoria integrada ao nosso direito positivo, cujo principal regramento encontra-se atualmente previsto no Código Civil em vigor de 2002, no Livro I Título II "Das Pessoas Jurídicas", especialmente no seu Capítulo I que trata das Disposições Gerais nos artigos 40 a 52, e na Parte Especial, no seu Livro II que trata do Direito de Empresa, relativo a Sociedade Personificada nos seus artigos 997 e seguintes.

Assim como já visto, o reconhecimento legal da personalidade jurídica, tem como consequência, a prerrogativa dos sócios responderem pelos débitos da sociedade, em princípio, somente dentro dos limites do capital social, e portanto não respondendo com seus bens particulares. Para reforçar esse entendimento, o artigo 596 do CPC de 1973, na sua primeira parte estabelece expressamente que, "os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei." É em assim sendo, deve necessariamente, haver previsão legal, para aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, até recentemente não havia sido regulada de forma geral pelo nosso direito positivo, havendo apenas alguns julgados a respeito, e contemplado na legislação apenas para casos específicos, como por exemplo, a previsão contida no artigo 10 do Decreto nº 3.708/19, hoje revogado tacitamente pelo Código Civil de 2002, o qual dispunha que, "Os sócios-gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidaria e ilimitadamente pelo excesso do mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei". No caso de Sociedade Anônima, a Lei 6.404/76, nos seus artigos 116,117, 158 e 165, dispõem que, somente o acionista controlador, o administra-

dor e o conselho fiscal possuem responsabilidade pelos atos praticados em desacordo com a lei ou com abuso de poder. No caso de divida tributária, o art. 135 III do Código Tributário Nacional, permite o redirecionamento da execução para o sócio, desde que resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei. Na hipótese de prejuízos à qualidade do meio ambiente, a Lei nº 9.605/98, no seu artigo 4º, prescreve uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica ao dispor que "poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica, sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos à qualidade do meio ambiente". O art. 34 e parágrafo único da Lei nº 12.529/2011, igualmente estabelece outra hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, ao dispor que a personalidade jurídica do responsável por infração a ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houve de sua parte abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como quando houver falência estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A primeiro norma legal civil a tratar de forma abrangente da matéria relativa a desconsideração da personalidade jurídica, porém direcionadas às relações de consumo, encontra-se no Código de Defesa do Consumidor aprovado pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, que no seu artigo 28 prescreve que "O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade guando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração da personalidade jurídica poderá também ser efetivada quando houver falência, estado de insolvência encerramento ou inatividade da 'pessoa jurídica provocada por má administração." No parágrafo 5º desse mesmo artigo 28, restou estabelecido, "que também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica, sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo à reparação de prejuízos causados aos consumidores".

Na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, na ocorrência das condições supra citadas, haverá responsabilidade subsidiária das sociedades integrantes do grupo societário e das controladas; a responsabilidade solidária das sociedades consorciadas e responsabilidade subjetiva das coligadas, que responderão se sua culpabilidade for comprovada, a fim de preservar os interesses do consumidor, conforme previsto no art 28 parágrafos 2º, 3º e 4º.

Portanto não há dúvida no sentido, que no artigo 28 da Lei 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, restou acolhida a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com a finalidade de assegurar a efetiva proteção ao consumidor, por estabelecer expressamente a ampla possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, com vistas a coibir abuso de direito, simulação, fraude ou má gestão da sociedade.

A normatização relativa a desconsideração da personalidade jurídica, aplicada as relações empresariais em geral, encontra-se disciplinada no art. 50 do Código Civil de 2002 em vigor, cujo dispositivo legal estabelece que:



"Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica".

Nesse dispositivo legal, o legislador ao estabelecer que em determinadas circunstâncias os bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, devem responder pelas suas obrigações, limitou as prerrogativas de que são detentoras, especialmente as prerrogativas relativas a sua autonomia e patrimônio distinto dos seus sócios, de modo a desconsiderar a personalidade jurídica, para certos efeitos, sem contudo importar em alteração ou liquidação da pessoa jurídica, que permanece integra. Nessas condições, a doutrina e a jurisprudência dominante tem reconhecido, que a preposição de que a pessoa jurídica não se confunde com a do sócio é um princípio jurídico fundamental, mas não absoluto e merece ser desconsiderada quando a sociedade é apenas um alter ego de seu controlador, em verdade um negociante em nome individual. Tem também sido reconhecido na jurisprudência, que embora seja certo que a pessoa jurídica é sujeito capaz de direitos e obrigações, e que não se confunde com os sócios nem os patrimônios de uns e outros não se confundem, há casos em que se impõe superar a personalidade jurídica da sociedade para atingir e vincular o sócio. Isto é torna-se ineficaz a personalidade jurídica relativamente a determinados atos, visando a impedira consumação de fraudes e abusos de direito, ocasionadores de prejuízos a terceiros.

Rubens Requião igualmente leciona no mesmo sentido ao afirmar que:

"A personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito".

O art. 50 do Código Civil, ao dispor sobre a desconsideração da personalidade jurídica, também na hipótese de "abuso da personalidade jurídica pela confusão patrimonial", acolheu igualmente a denominada "desconsideração inversa", que refere-se aos casos em que o sócio, oculta seu patrimônio pessoal no patrimônio da sociedade. Nesse caso, a teoria da desconsideração é utilizada para atingir bens da própria sociedade, em decorrência de atos praticados pelos sócios. Assim, ocorrendo essa hipótese de confusão patrimonial, a sociedade personificada, poderá responder pelas obrigações pessoais dos sócios.

Assim, em face do que dispõe o artigo 50 do Código Civil, é de se reconhecer, que nas relações civis, para se desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade devedora e atribuir ao seu sócio a responsabilidade pelos encargos daquela, é exigido o preenchimento dos requisitos previstos nesse dispositivo legal. Diante disso, a par da insolvência da pessoa jurídica, mister se faz a apresentação de prova contundente acerca do abuso de direito, relativo ao desvio da finalidade pela prática de atos ilegais e ruinosos na sua administração,

ou relativo a confusão patrimonial pela transferência para o patrimônio pessoal do sócio, de bens e valores da sociedade, ou vice versa na hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Portanto, o credor civil tem o ônus de provar a ocorrência do desvio da finalidade ou de confusão patrimonial, para obter a declaração judicial da desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, cabe ressaltar, que conforme previsto nesse dispositivo legal, a desconsideração da personalidade jurídica, pode ser reconhecida apenas por decisão judicial. Contudo na esfera civil não pode ser declarada de oficio pelo juiz, mas somente a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo.

# 4. APLICAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO DO TRABALHO .

A principal característica do Direito do Trabalho, que o distingue do Direito Civil, é a sua função exclusivamente tutelar, com a finalidade precípua de proteger o trabalhador subordinado diante do poder econômico. Com efeito, o Direito do Trabalho é constituído por um conjunto de princípios e normas de ordem pública (posto que se sobrepõem à vontade das partes), com vistas a proteção do trabalhador subordinado, a fim de que seja igualado juridicamente ao empregador, e em consequência, assegurar-lhe os direitos básicos necessários ao seu sustento e de sua família.

Por isso mesmo, que o crédito trabalhista do empregado, é reconhecido legalmente como crédito superprivilegiado, em razão de ser considerado de natureza alimentar, sendo esse privilégio reconhecido expressamente no parágrafo 1º do art. 100 da Constituição Federal.

No entanto, não obstante a relevância do crédito trabalhista, a Legislação do Trabalho no que diz respeito ao instituto da "Despersonalização da Pessoa Jurídica", não contem qualquer disposição expressa nesse sentido. Cumpre apenas registrar, conforme salientado por Maria Helena Diniz, que a Consolidação das Leis do Trabalho, no parágrafo 2º de seu art. 2º, parece aplicar uma hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, ao prescrever que "sempre que uma ou mais empresas tendo, embora cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas." Nesse particular, concordamos com a ilustre jurista, porquanto, é atribuída responsabilidade a sociedade que é apenas sócia ou acionista de outra, (ou tem sócios em comum) pelo pagamento da dívida trabalhista deste última, e portanto, para esse efeito, é limitado o privilégio referente a autonomia, de que gozam as sociedades.

Como a matéria relativa a regulamentação da Desconsideração da Personalidade Jurídica, não foi contemplada pela Legislação do Trabalho, por força do disposto no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, impõe-se a aplicação subsidiária de outros diplomas legais.

Assim sendo, e considerando que a matéria é regulada no



art. 50 do Código Civil e também no art. 28 e respectivos parágrafos, do Código de Defesa do Consumidor, cabe a indagação de qual desses diplomas legais, deve ser aplicado ao Direito do Trabalho.

Nesse sentido, filiamo-nos a corrente doutrinária, que entende ser mais apropriado primeiramente a aplicação subsidiaria dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor ao Direito do Trabalho, por conterem princípios comuns. Senão vejamos: O principal deles diz respeito ao princípio da proteção ao economicamente mais fraco nas relações jurídicas. Isso porque, a exemplo do que ocorre nas relações entre empregado e empregador, na qual o empregado é a parte economicamente mais fraca, na relação de consumo, o consumidor, via de regra, é a parte economicamente mais fraca nessa relação. Daí porque a proteção que lhe é conferida pelo CDC. No que concerne a responsabilidade objetiva prevista nos artigos 12 a 14 e 23 a 25 do CDC, é similar ao risco da atividade econômica prevista no art. 2º da CLT, porque em ambos os casos, a responsabilidade é atribuída aos respectivos entes, independentemente de culpa. A interpretação favorável ao consumidor prevista no art. 47 do CDC, decorrente do princípio da norma mais favorável, constitui um dos princípios basilares do Direito do Trabalho, aplicado rotineiramente na solução das lides trabalhistas. As disposições relativas as nulidades de cláusulas contratuais prejudiciais previstas no art. 51 do CDC, guardam equivalência, com o disposto no art. 468 da CLT, que igualmente declara a nulidade de cláusulas contratuais que também possam causar prejuízo ao empregado. A inversão do ônus da prova, para facilitação da defesa do consumidor, prevista nos artigos 6º- VIII e 38 ambos do CDC, igualmente constitui um dos princípios consagrados do direito processual do trabalho, para aplicação de diversas hipóteses acolhidas na jurisprudência consolidada, como por exemplos, as Sumulas do Tribunal Superior do Trabalho de números 212 e 338 dentre outras, que, tratam da inversão do ônus da prova.

Diante disso, constata-se pois, a total compatibilidade das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, com os princípios adotados pelo Direito do Trabalho, condições essas que reforçam a conclusão da aplicação subsidiária, em primeiro lugar, das disposições do CDC, que regulam a matéria relativa a Desconsideração da Personalidade Jurídica ao Direito do Trabalho, aplicando-se pois apenas secundariamente as disposições do Código Civil.

Nessas condições, deve ser aplicado por analogia ao crédito trabalhista, o disposto no caput do artigo 28 do CDC e seus parágrafos, especialmente o disposto no seu parágrafo 5º do seguinte teor:

"Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua Personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores."

Esse dispositivo legal, por se tratar de cláusula aberta, pode e deve ser complementado pelos princípios e valores da sociedade, no momento da sua aplicação. E em assim sendo,

deve ser compreendido a luz dos princípios da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa previstos no art. 1º, III e IV da Constituição Federal; da alteridade que informa que os riscos do empreendimento devem ser arcados pelos que auferem os bônus deste, não podendo ser transferidos em hipótese alguma ao trabalhador, conforme previsto no art. 2º da CLT, e da natureza alimentar do crédito trabalhista. Esse risco, cabe aos sócios e administradores da sociedade, ainda que não haja prova efetiva do abuso da personalidade jurídica.

Por isso mesmo é que também concordamos com a interpretação dada ao parágrafo 5º do art. 28 do CDC, por João Baptista Vilela ao afirmar que "tal como está redigido, é como se o parágrafo dissesse que a regra da separação entre os sócios e sociedade é inoponível aos consumidores, pois é evidente que não bastando o patrimônio social para satisfaze los a personalidade jurídica será invariavelmente obstáculo ao ressarcimento de prejuízos".

Portanto, em face do que dispõe o parágrafo 5º do art. 28 do CDC, pode-se concluir que a desconsideração da personalidade jurídica poderá ser declarada judicialmente, sempre que a autonomia patrimonial da sociedade personalizada for obstáculo à satisfação do crédito trabalhista, o que ocorre quando constatada a insolvência da sociedade, posto que acolhida pelo legislador a teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica. Nesse mesmo sentido é o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência trabalhista.

Assim sendo, para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica aos créditos de natureza trabalhista, a exemplo do que ocorre nas relações de consumo, diante do que prescreve o referido parágrafo 5º, não é necessário a prova do abuso de direito consistente no desvio da finalidade ou da confusão patrimonial, conforme exigido para os créditos de natureza civil previsto no art. 50 do Código Civil. Para tanto é suficiente que se constate apenas, a insolvência da sociedade personalizada para o pagamento de suas obrigações, ou seja, a inexistência de bens da sociedade para satisfação do crédito trabalhista, e portanto nesse caso a execução poderá ser redirecionada contra o patrimônio dos sócios. Nesse particular, cabe salientar que a demonstração da insolvência da sociedade pelo credor trabalhista, é possível sem qualquer dificuldade, posto que pode ser provada pela simples comprovação da existência do débito da sociedade após citada para sua satisfação e a não nomeação de bens da sociedade pelo seu sócio, cuja obrigação lhe é imposta pelo parágrafo 1º do art. 596 do CPC.

Por fim cabe salientar, que enquanto na Justiça Comum, diante do que dispõe o artigo 50 do Código Civil, a declaração da desconsideração da personalidade jurídica não pode ser concedida de ofício pelo Juiz, posto que somente a requerimento do da Parte do ou Ministério Público, na Justiça do Trabalho, pode ser concedida de ofício. Com efeito, o artigo 878 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispõe que: "A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex-offício pelo próprio Juiz ou Presidente do Tribunal competente, nos termos do artigo anterior." Portanto na Justiça do Trabalho, a lei autoriza o próprio Juiz, a promover a execução,



o que importa na adoção de todas as providências com vistas a satisfação do crédito do trabalhador, e portanto, nelas se inclui a declaração da desconsideração da personalidade jurídica.

# 5. DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA

A legislação processual em vigor, não contem normas específicas que disciplinem a instrução e julgamento, da questão relativa a desconsideração da personalidade jurídica, e diante disso, não existe uma uniformidade, por parte dos juízes, quanto a sua tramitação.

Ocorre que o novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 13.106 de 16.03.2015, publicado no DOU de 17.03.2015, cuja entrada em vigor está prevista para 17.03.2016, na sua Parte Geral - Livro III (Dos Sujeitos do Processo) – Título III (Da Intervenção de Terceiros) – Capitulo IV (Do incidente de desconsideração da Personalidade Jurídica), instituiu as normas processuais que disciplinam esse incidente processual, estabelecendo nos artigos 133 a 137, as condições relativas a instauração, instrução e seu julgamento.

Nesse sentido, cabe tecer as seguintes considerações: As normas processuais são normas de ordem pública, e portanto de observância obrigatória, pelas partes e pelo Juiz. O artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, determina que "Nos casos omissos o direito processual comum , será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em for incompatível com as normas processuais trabalhistas.". A par disso, o novo Código de Processo Civil de 2015, no seu artigo 15, dispõe que "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.".

Diante disso, entendemos, que na Justiça do Trabalho, na resolução da questão referente a desconsideração da personalidade jurídica, deverão ser obrigatoriamente aplicados subsidiariamente, os tramites do incidente processual regulado nos artigos 133 a 137 do CPC de 2015, que evidentemente forem compatíveis com o Direito Processual do Trabalho, e procedidas as adaptações pertinentes aos institutos regulados na legislação processual do trabalho, especialmente quanto a realização de audiências e de modo que o artigo 133 do novo CPC, seja integrado pelo artigo 878 da CLT, porquanto a instauração do incidente processual, pode ser efetuada não somente a pedido da parte e do Ministério Público, mas também de oficio pelo Juiz.

Por outro lado, entendemos também, que embora venha a ser obrigatória a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes regulado no CPC DE 2015 na Justiça do Trabalho, no caso da instauração do incidente iniciar-se somente na fase de execução, e portanto, quando já constituído titulo executivo, nada impede que o Juiz, utilizando-se de seu poder geral de cautela, (art.798 do CPC de 1973 e art.300 do CPC de 2015) no mesmo momento que der inicio a instauração do incidente, determine o bloqueio de bens dos sócios, especialmente, no que diz respeito a depósito em conta corrente bancaria, até o limite do valor

da dívida. O fundamento dessa medida cautelar, resume-se no fundado receio de que o sócio venha a ocultar seus bens, uma vez constada a insolvência da sociedade decorrente do não pagamento da dívida e de não indicação de bens a penhora, e vindo o sócio a tomar conhecimento da instauração do incidente de desconsideração da pessoa jurídica, que possivelmente poderá torna-lo responsável pelo pagamento da divida trabalhista da sociedade. Caso afinal venha a ser indeferido o pedido de declaração de desconsideração da personalidade jurídica, será feita a liberação do bloqueio. Em caso contrário, será convertido em penhora.

#### 6. CONCLUSÕES

1. As sociedades personificadas, como no caso das sociedades limitadas, são entes ideais, reconhecidas pelo direito positivo, como sujeitos de direitos e obrigações, dotados de estrutura patrimonial e personalidade independentes dos de seus sócios, com a finalidade prevista em lei, e ou nos instrumentos de sua constituição, devidamente registrados. Assim, diante dessa autonomia patrimonial, em princípio, seus sócios não respondem pelas obrigações sociais da sociedade, posto que a responsabilidade é limitada ao capital social.

A desconsideração da personalidade jurídica, tem justamente a finalidade de evitar a utilização indevida dessa autonomia patrimonial das sociedades, em caso de abuso de direito ou quando a personalidade jurídica for de alguma forma obstáculo ao ressarcimento de prejuízos a determinados credores, para atribuir aos seus sócios a responsabilidade solidária, na satisfação dos débitos da sociedade.

Nos termos da legislação em vigor, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, conhecida como "disregard doctrine", é realizada somente por decisão judicial, e em determinadas circunstâncias previstas na legislação. No entanto cabe salientar que, a declaração da desconsideração da personalidade jurídica, é apenas para certos efeitos, sem contudo, acarretar alteração ou liquidação da pessoa jurídica que permanece integra. Isto porque, a eficácia da personalidade jurídica é somente suspensa temporariamente em relação aos prejudicados, que buscam a tutela jurisdicional.

2. Na Justiça Comum, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, é admitido somente excepcionalmente e se preenchidos os requisitos do artigo 50 do Código Civil, ou seja, quando devidamente comprovado o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial. Ocorrendo essas hipóteses, pode o Juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações da sociedade, sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, condição essa que caracteriza a desconsideração a personalidade jurídica. Contudo essa declaração judicial não pode



- ser realizada de ofício, mas tão somente a requerimento da parte prejudicada, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.
- 3. Na Justiça do Trabalho, a aplicação dessa teoria é admitida, mediante o simples fundamento, que a personalidade jurídica, que por gozar de autonomia patrimonial, está sendo de alguma forma obstáculo, ao recebimento do crédito trabalhista, por aplicação do disposto no parágrafo 5º do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), e das normas e princípios que informam o Direito do Trabalho. Para esse fim, basta somente, a demonstração da insuficiência do patrimônio da sociedade para satisfação do crédito trabalhista para que se tenha configurado o uso abusivo da personalidade jurídica, a fim de possibilitar a obtenção de decisão judicial declarando a desconsideração da personalidade jurídica, de modo a permitir o redirecionamento da execução contra o patrimônio particular dos sócios. A declaração da desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho, pode ser realizada de ofício e não apenas mediante requerimento do interessado.
- 4. A partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 2015, por força do disposto no artigo 769 da CLT e do artigo 15 desse novo CPC, na Justiça do Trabalho, para a resolução da questão relativa a desconsideração da personalidade jurídica, deverão ser obrigatoriamente observadas, as disposições estabelecidas nos artigos 133 a 137 do CPC de 2015, que tratam do "Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica", dentre os que evidentemente forem compatíveis com o Direito Processual do Trabalho, e com as adaptações pertinentes aos institutos regulados na legislação processual do trabalho.

### **RÉFERENCIAS**

- CARRION Valentin, Comentários a Consolidação das Leis do Trabalho, 28ª ed. Atualizado por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro vol. 8. Direito de Empresa- 5ª ed.São Paulo: Saraiva 2013.
- GIGLIO, Wagner D. , Direito Processual do Trabalho, 16ª ed. São Paulo. Saraiva 2007.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 8ª ed. São Paulo LTr 2010.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Execução de Sentença no Processo do Trabalho. 3ª ed.- São Paulo Atlas 2008.
- MATIELLO, Fabricio Zamprogna Código Civil Comentado, 2ªed. São Paulo LTr 2005.

- MONTEIRO, Washington de Barros- Curso de Direito Civil. Vol. I parte geral. São Paulo Saraiva 1997.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro Iniciação ao Direito do Trabalho, 24ª ed. São Paulo LTr 1998.
- PINTO José Augusto Rodrigues Execução Trabalhista, 8 ed. São Paulo: LTr 1998.
- REQUIÃO, Rubens Curso de Direito Comercial, Vol. I, São Paulo Saraiva 1982.
- SCHIAVI, Mauro Manual de Direito Processual do Trabalho, São Paulo: LTr 2008.

### LIEGISLAÇÃO

- BRASIL. Código Civil São Paulo: Saraiva 2008
- BRASIL. Código de Processo Civil DE 1973 São Paulo Saraiva 2012
- BRASIL. Código de Processo Civil DE 2015 Ed. Podivm 2015
- BRASIL Consolidação das Leis do Trabalho- São Paulo LTr 2011
- BRASIL Constituição Federal São Paulo Saraiva 2012
- BRASIL Código de Defesa do Consumidor São Paulo Saraiva 2008





Juiz do Trabalho Substituto do TRT-2 Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP

### A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ COMO MEIO DE MORALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PROCESSUAIS. UMA ANÁLISE À LUZ DAS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### 1. Introdução.

A aplicação de penalidade por litigância de má-fé é um instrumento disponibilizado ao julgador para coibir a prática de atos que atentem contra o regular andamento processual e contra o respeito que deve imperar nas relações processuais.

Esse rápido estudo busca avaliar as hipóteses em que ocorre a deslealdade processual e as consequências não só no âmbito do processo em que praticada a conduta, mas para a evolução do respeito nas lides.

Não temos o condão de exaurir o tema, apenas fazer uma breve análise do instituto e de suas hipóteses. mostrando quais são as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015).

### 2. O princípio da boa-fé.

O princípio da boa-fé emerge da idéia de que, tanto nas relações cotidianas, e também nas relações processuais, as partes devem guardar um respeito mútuo.

A conduta processual deve ser ética, não se esperando que a parte busque o Poder Judiciário para buscar algo proibido em lei, sem apresentar os reais fatos em juízo, tampouco se espera que a parte faça de tudo para protelar a entrega da prestação jurisdicional.

A doutrina clássica de Wilson de Souza Campos Batalha analisa tal princípio sob o viés da colaboração, afirmando que "o princípio da colaboração exige das partes e seus procuradores que: a) exponham os fatos em juízo conforme a verdade; b) procedam com lealdade e boa-fé; c) não formulem pretensões, nem aleguem defesas cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzam provas, nem pratiquem atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito".

A explicação acima transcrita se revela ainda mais atual no novo Código de Processo Civil, que traz como uma de suas normas fundamentais a cooperação entre todos os sujeitos do processo, indicando no artigo 6.º que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Nas lições de Carlos Henrique Bezerra Leite, o princípio da lealdade processual "tem por escopo impor aos litigantes uma conduta moral, ética e de respeito mútuo, que possa ensejar o curso natural do processo e levá-lo à consecução de seus objetivos: a prestação jurisdicional, a paz social e a justa composição da lide"80.

79. Wilson de Souza Campos Batalha, *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*, 2.ª ed., São Paulo:LTr, 1985, p. 120.

80. Carlos Henrique Bezerra Leite, Curso de Direito Processual do

Da mesma forma, Fredie Didier Jr. pondera que "é fácil perceber que o princípio de atuação de acordo com a boa-fé é fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do 'abuso do direito' processual" 81.

Portanto, o princípio da boa-fé impede que as partes atuem de forma a desvirtuar o objetivo do processo, que é a aplicação rápida do direito ao caso concreto, entregando a prestação jurisdicional.

#### 3. A litigância de má-fé.

A litigância de má-fé é uma penalidade atribuída à parte ou interveniente que não respeita o princípio da boa-fé no âmbito do processo.

O novo Código de Processo Civil enumera no seu artigo 77 quais são os deveres das partes e seus procuradores no âmbito do processo, determinando que elas exponham os fatos conforme a verdade, não apresentem alegações destituídas de fundamento, não pratiquem atos ou produzam provas desnecessárias, cumpram as decisões judiciais sem apresentar embaraços, declinem corretamente o seu endereço e não pratiquem inovação ilegal no estado de fato do bem posto em litígio.

A legislação processual traça, portanto, um arcabouços de condutas para informar às partes e seus procuradores que devem manter conduta apta ao esclarecimento da verdade, sem qualquer criação de embaraços, o que prestigia o processo, que é, antes de mais nada, um instrumento de pacificação social.

O artigo 79 do mesmo Código, tal como o artigo 16 do antigo Código, reconhece a responsabilidade por perdas e danos daquele que pleitear em juízo de má-fé.

Wilson de Souza Campos Batalha afirma que "as partes devem colaborar no sentido de esclarecimento da causa. Punem-se os litigantes temerários, aqueles que recorrem à Justiça com pretensões infundadas ou que procuram alterar a verdade dos fatos. Aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente, responde por perdas e danos (CPC/73, art. 16)"82.

Nelson Nery Júnior conceitua o litigante de má-fé como "a parte ou interveniente que, no processo, age de forma

Trabalho, 9ª ed., São Paulo:LTr, 2011, p. 78.



<sup>81.</sup> Fredie Didier Jr., *Curso de Direito Processual Civil*, v.1 – Teoria geral do processo e processo de conhecimento, 11.ª Ed., Bahia:JusPodivum, 2009, p. 48.

<sup>82.</sup> Ibidem, p. 119/120.

maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito"83.

A enumeração das condutas é feita no artigo 80 do Novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II alterar a verdade dos fatos;
- III usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI provocar incidente manifestamente infundado;
- VII interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

As condutas previstas são muito semelhantes àqueles previstas no Código vigente.

Passaremos a seguir a analisar as hipóteses previstas em lei para que á conduta processual do litigante seja considerada uma violação ao princípio da boa-fé.

### 4. As hipóteses legais.

4.1. Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso.

A lei estabelece diretriz que deve ser seguida por todos para que seja possível a vida em sociedade.

Não se faz nenhuma exigência no sentido de que as pessoas concordem com os preceitos legais, contudo, em um estado democrático de direito, é indispensável que todas as pessoas os cumpram, pois estes preceitos, em tese, representam a própria vontade do povo, posto que criados pelos representantes eleitos por este.

Assim, a parte que não concordar com o que diz o texto de lei, não pode simplesmente não cumprir o que ele estabelece e buscar defender-se contra o texto de lei, postergando a entrega da prestação jurisdicional, pois estará litigando de má-fé.

O mesmo ocorre com o autor, que apresenta demanda em juízo, assoberbando o Poder Judiciário, pretendendo algo contrário à determinação legal, sem nenhum fundamento jurídico, é o que ocorreria, por exemplo, com um trabalhador demissionário, que não questione em sua demanda a modalidade de dispensa, mas nela pretenda o levantamento do FGTS, habilitação ao seguro desemprego e pagamento de aviso prévio pelo empregador. Esse trabalhador estará deduzindo pretensão contra texto expresso de lei, já que em tal modalidade rescisória tais parcelas não são contempladas.

Também será litigante de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra fato incontroverso. É incontroverso o fato que não contestado ou admitidos pela outra parte como incontroverso.

Para efeito de reconhecimento da litigância de má-fé, deve ser entendido como incontroverso não apenas os fatos não contestados ou admitidos em defesa como tal, mas deve ser considerado também aquele confessado pela parte adversa, pois, a partir de tal instante, o julgador o considerará existente para todos os efeitos.

Sabemos que a confissão não é, tecnicamente, fato incontroverso, mas, fato provado por uma parte através da confissão da outra, contudo, o conceito de incontroverso, para tal estudo, deve ser entendido como a questão sobre o qual não paire dúvida, aquela que tenha o juiz plena convicção de sua existência ou não.

A partir do instante em que sobre a existência ou não de um fato não paire mais dúvida, a parte não poderá mais questionar tal circunstância, podendo apenas debater as consequências de tal fato.

A parte que, no processo, insistir em negar ou afirmar o fato, após não mais pairar dúvida sobre ele, viola o dever ético do processo e passa a ser considerada como litigante de má-fé.

Portanto, a título exemplificativo, estará litigando de má-fé a parte que, após reconhecer a validade dos horários lançados nos cartões de ponto, ainda assim apresentar em sede de razões finais ou em recurso, impugnação sobre os horários neles constantes.

Um outro exemplo bastante comum é a parte que, mesmo reconhecendo na própria defesa ou em depoimento o não pagamento de alguma verba, pugna insistentemente pela improcedência da demanda, ou seja, a parte sabe que o pedido é devido, mas busca que o Estado-Juiz a desobrigue do pagamento de forma a lesar a parte contrária.

Essas duas hipóteses estão ligadas não só à ética processual, mas também à necessidade de uma duração razoável do processo, que não pode se prolongar com discussões inúteis.

#### 4.2. Alterar a verdade dos fatos.

A parte não tem o direito de mentir em juízo.

O direito de ação não se confunde com o direito de usar o processo como um jogo para que vença aquele que conseguir as melhores cartas e convença melhor o julgador de que as suas cartas são mais fortes do que as do adversário.

É falacioso o raciocínio de que a parte, no exercício do direito constitucional de ação (artigo 5.º, inciso XXXV, Constituição Federal), pode apresentar os fatos que quiser em juízo. Tal direito deve ser compatibilizado com um dos objetivos constitucionais da Republica Federativa do Brasil que é "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (artigo 3.º, inciso I, Constituição Federal).

A análise isolada do direito de ação poderia conduzir à conclusão de que cada um pode alegar o que quer. Todavia, não é ilimitado esse direito, já que o processo visa uma solução justa, uma solução adequada aos reais fatos ocorridos, sendo dever de todos concorrer para tal solução.

Relembro aqui o já transcrito texto do artigo 6.º do novo Código de Processo Civil, no sentido de que "todos os sujei-



<sup>83.</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de processo civil comentado e legislação* extravagante, 13.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 262.

tos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

No mundo ideal, no mundo ético, o julgador não precisaria perquirir quais foram os fatos ocorridos. O seu trabalho, em relação ao plano fático, seria avaliar através das provas qual caminho percorreu o agente no cometimento do fato para avaliar as consequências jurídicas do fato.

Exemplifica-se com a alegação de aplicação de uma justa causa por conta de dois trabalhadores terem brigado durante o expediente e chegado às vias de fato.

Se realmente as partes chegaram às vias de fato, não deve no processo ser alegado que não houve tal conduta – vias de fato. O julgador deveria apenas perquirir o que levou tais empregados a chegarem às vias de fato e, se o empregado que promoveu a reclamação trabalhista estava se defendendo, foi o agressor, ou se ambos foram agressores.

A partir de tais elementos o julgador definiria se houve falta grave o suficiente para aplicação da modalidade rescisória.

Se ambos realmente chegaram às vias de fato alegada pela reclamada, seria litigante de má-fé o trabalhador que afirmasse que o fato não ocorreu, o mesmo raciocínio sendo aplicado à reclamada caso não tivesse existido o entrevero.

Portanto, concluímos que a parte que mente, seja em peça processual, manifestação oral ou depoimento, pratica a conduta estudada no presente tópico.

#### 4.3. Usar do processo para conseguir objetivo ilegal.

O processo é meio de pacificação social e não instrumento para obtenção de vantagem ilegal.

Não é dado às partes usar o processo para obter qualquer bem que não seja realmente aquele que lhe é de direito.

O artigo 142 do novo Código de Processo Civil<sup>84</sup>, repete, em parte, a disposição do artigo 129 do Código de Processo Civil vigente, determinando ao juiz que profira sentença obstando o objetivo das partes, e inova ao especificar que o juiz aplicará, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Assim, as partes, por exemplo, que em conluio, buscam uma decisão judicial para desviar patrimônio que serviria a um processo falimentar, praticam lide simulada. Tal demanda, não deve apenas ser julgada improcedente. Devem as partes receber a condenação pela litigância de má-fé, sendo apenadas com multa.

Essa multa não deverá ser aplicada conforme o artigo 81 do novo Código de Processo Civil, em benefício da parte contrária, já que ambos estão em conluio. Para compatibilizar o ditame do artigo 142 com a imposição de multa, a própria litigância de má-fé deverá ser considerada atentatória à dignidade da justiça, sendo aplicados os parágrafos

84. "Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé."

segundo e terceiro do artigo 7785 e artigo 9786 do já citado diploma legal.

### 4.4. Opuser resistência injustificada ao andamento do processo.

O artigo 5.º, inciso LXXVIII da Constituição Federal indica ser assegurado a todos a duração razoável do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Embora a previsão em estudo já existisse antes mesmo da inclusão de tal dispositivo constitucional pela Emenda Constitucional 45/2004, o legislador constitucional aumentou a relevância de tal preceito.

A parte, por exemplo, que insiste na invalidade da assinatura de um documento, embora saiba que ela é verdadeira, incorrerá em litigância de má-fé ao alegar que a assinatura não é de sua lavra. O mesmo ocorre caso o réu afirme categoricamente que a assinatura é autêntica e não o seja.

Compete ao juiz, antes da determinação da produção da perícia grafotécnica, inquirir se as partes possuem a certeza do que alegam (o autor de que a assinatura não é de sua lavra, e a ré de que possui certeza de que assinatura foi firmada autor), informando que a conduta de alterar a verdade dos fatos (já estudada anteriormente), aliado ao retardamento do feito para a realização de perícia desnecessária (tema em estudo), implicam em penas por litigância de má-fé.

Assim, a parte ou interveniente que de qualquer forma retarde o andamento processual, descumprindo seus deveres processuais, será considerada litigante de má-fé.

### 4.5. Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo.

O presente enunciado é amplo, conferindo ao julgador a atribuição de verificar o que é ou não temerário.

Entendemos que o vocábulo temerário, do ponto de vista processual, deve entendido como o ato imprudente, excessivamente arrojado e arriscado que implique no reconhecimento de que está abusando do direito a ela conferido.

Normalmente, a conduta prevista em tal dispositivo não é enquadrada de forma isolada, posto que depende da prática



<sup>85. &</sup>quot;Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: (...)

 $<sup>\</sup>S~2^{\circ}$  A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

 $<sup>\</sup>S$  3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no  $\S$  2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97."

<sup>86. &</sup>quot;Art. 97. A União e os Estados podem criar fundos de modernização do Poder Judiciário, aos quais serão revertidos os valores das sanções pecuniárias processuais destinadas à União e aos Estados, e outras verbas previstas em lei."

de outros atos previsto nos incisos do artigo 80 ora em estudo.

Portanto, a parte que acompanha a realização de uma vistoria para apuração de condição insalubre de trabalho, e lá, de forma escondida, coloca um produto químico altamente tóxico dentre os que serão analisados pelo perito, para que esse reconheça a condição insalubre, procede de modo temerário em ato processual, e também altera a verdade dos fatos, já que naquele local não existia tal produto, e deverá ser considerada litigante de má-fé.

### 4.6. Provocar incidente manifestamente infundado.

A disposição em estudo, em um primeiro momento, poder ser entendida como uma outra forma de se escrever o mesmo que já consta no inciso IV do artigo 80, porém, enquanto esta pressupõe que o andamento do processo se prolongue no tempo, a hipótese em estudo pode durar apenas poucos segundos.

Exemplifica-se com uma contradita claramente infundada quando, por exemplo, seja alegado que uma parte é irmã da outra, mas tal fato não reste comprovado e não haja nenhuma elemento que pudesse levar à dúvida sobre o parentesco.

Friso que os atos processuais não podem ser exercidos de forma irresponsável, alegando para depois saber ser a situação realmente existe ou existiu. A alegação deve ser fundada em dúvida razoável que a parte tenha.

O mesmo ocorre, por exemplo, quando a parte, em sede de contradita, alega que a testemunha litiga contra a reclamada, mas não faz tal comprovação. A parte, ao alegar, deve fazê-lo de forma responsável, tendo o dever de saber se a testemunha é ou não litigante.

O processo não se presta àqueles argumentos que comumente são chamados de "se colar, colou". Como já ressaltado, os incidentes e atos processuais devem ser instaurados e praticados baseados na premissa da responsabilidade.

### 4.7. Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

A presente disposição também revela a importância da duração razoável do processo.

O princípio do duplo grau de jurisdição não é ilimitado.

O acesso à instância superior depende do preenchimento dos pressupostos recursais, sejam eles objetivos e subjetivos. O preenchimentos de tais requisitos implicam no conhecimento do recurso.

Uma vez conhecido o recurso, o julgador, ao constatar que não há mínima plausibilidade nas alegações recursais, reconhecerá o recorrente como litigante de má-fé.

Isso ocorre, por exemplo, com recursos que não atacam os fundamentos da decisão recorrida, limitando-se a repetir a tese defensiva, demonstrando o nítido propósito de apenas protelar a entrega da prestação jurisdicional.

#### 5. A penalidade aplicável aos litigantes de má-fé.

Reconhecido o enquadramento do litigante nas hipóteses analisadas no item precedente, o magistrado, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa e indenizar a parte contrária, conforme disposição do artigo 81 do Novo Código de Processo Civil87.

Neste aspecto, o novo Código trouxe uma majoração do valor da multa por litigância de má-fé, determinando que seja superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento), ao passo que o Código vigente limita a multa a 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Portanto, não poderá mais o juiz fixar a multa em 1% (um por cento), que é limite máximo previsto no atual Código, pois o novo menciona multa superior a 1% (um por cento).

O Código vigente também limita a indenização que o juiz fixará para a parte contrária em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, salvo liquidação por arbitramento, ao passo que o novo Código não limita a indenização a ser fixada pelo juiz, mantendo a possibilidade de liquidação por arbitramento.

Portanto, verificamos que o novo Código procurou prestigiar ainda mais a litigância ética, com probidade, aumentando a penalidade para aqueles que litigam de má-fé.

### 5. Conclusão

Os atos processuais devem ser exercidos com responsabilidade, ética e respeito mútuo.

O processo é instrumento de pacificação social, possuindo a finalidade de resolver conflitos dos cidadãos, e não meio para obtenção de ilícita vantagem, seja ela o recebimento de algo indevido ou a postergação da satisfação do direito.

Houve uma inovação no novo Código de Processo Civil, que enunciou dentro do capítulo atinente às "Normas Fundamentais do Processo Civil" o artigo 6.º prevendo a necessidade de cooperação entre os sujeitos do processo "para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

O novo Código de Processo Civil, atento à necessidade da busca de uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável, tratou de coibir lides e ações temerárias, destituídas de qualquer fundamento, majorando o valor da penalidade para aqueles que não atuam com a devida lealdade processual.

A utilização desse instrumento pelo julgador tem a finalidade não apenas de punir o mau litigante no processo concreto, mas possui um caráter pedagógico, visando que tais atos não se repitam. Objetiva que a parte, caso necessite outra vez exercer o seu direito de ação, se lembre da responsabilidade que deve ter ao provocar o Poder Judiciário com seus argumentos e também, objetiva que não esqueça da necessidade de agir conforme a verdade e probidade na prática dos atos processuais.



<sup>87. &</sup>quot;Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

<sup>§ 1</sup>º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja pos-

<sup>§ 3</sup>º O valor da indenização sera fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos."

A utilização reiterada e firme pelo Poder Judiciário do instituto em comento, evita que as partes se arvorem a promover demandas que sabem ser completamente infundadas ou indevidas, ou ainda passem a promover incidentes processuais desnecessários que tomam tempo dos agentes públicos e aumentam o gasto de dinheiro público.

Esses incidentes e demandas desnecessários possuem um repercussão não só dentro do próprio processo, pois contribuem para o congestionamento dos órgãos judiciários e prejudicam a duração razoável dos processos em que as partes realmente possuem uma necessidade real de análise do conflito.

A penalidade por recurso protelatório, por exemplo, tem o condão de evitar que as partes congestionem os Tribunais com alegações infundadas e sem plausibilidade. Exercida de maneira firme, coíbe a prática de recorrer apenas para "ganhar tempo", assoberbando o órgão julgador.

Como conclusão, defendemos que a correta utilização do instituto traz um aspecto positivo de moralização das relações processuais não apenas em um caso concreto, mas, inclusive, nas relações processuais como um todo, dado o caráter pedagógico que possui, destacando que o novo Código de Processo Civil reforça essa idéia ao indicar como norma fundamental a cooperação para obtenção de decisão justa, efetiva e em tempo razoável, além majorar o limite da multa e não especificar limite para a indenização a ser fixada pelo juiz.





### MARCELO AZEVEDO CHAMONE

Juiz Substituto do TRT-2 Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC/SP

### VALOR PROBATÓRIO DO DEPOIMENTO DA PARTE

Muito embora seja lugar comum afirmações no sentido de que "a parte poderá ser interrogada e o que disser em seu benefício é de nenhum valor; o que disser em prol da parte adversa terá valor de confissão real" (Francisco Antonio de Oliveira, *Tratado de direito processual do trabalho, v. 2, 2008, p. 110588*), tal assertiva é falsa, "porque nem sempre isso acontece" (Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil, t. IV, 1974, p. 267*).

Primeiramente, porque tal restrição em relação à fala de quem teve o direito subjetivo material violado - "o que disser em seu benefício é de nenhum valor" - prevista no art. 206, do vetusto Decreto imperial n. 737, de 25.11.1850,89 não foi repetida na legislação posterior (cf. arts. 229-234, do CPC/1939; art. 201, do CPP/1941; art. 820, da CLT/1943; arts. 13, b, 300, e 311-313, do CPPM/1969; 342-347, do CPC/1973; arts. 385-388, do CPC/2015), sobretudo ao se constatar que o depoimento de uma das partes não é apenas direito de seu adversário (aí sempre sob a perspectiva de se obter a confissão), mas também prerrogativa do juiz (art. 342, do CPC/1973, e art. 385, parte final, do CPC/2015). Daí os autores distinguirem entre o depoimento 'pessoal' (da parte) e o interrogatório, negando, quanto a este, a possibilidade de se obter a confissão da parte (ressalvada a confissão expressa, cf. Tostes Malta, Prática do processo trabalhista, 1995, p. 370).

Nesse sentido, ressalta Pontes de Miranda (Comentários ao código de processo civil, t. IV, 1974, p. 267) que "É erro defirnir-se o depoimento pelo resultado eventual de conter confissão. Nem sempre isso ocorrre, nem sempre, ao requerê-lo, é intuito da parte adversa, ou do juiz, ou dos interessados na demanda, mesmo curadores, provocar a confissão. Não raro só se pretende captar, com precisão, o conteúdo de alguma afirmação, inserta no pedido, ou posteriormente, de relevância para a decisão, sem o caráter de concordância com as afirmações da parte adversa. A pena de confesso, com que se determina o depoimento da parte, funciona como sanção pelo não-comparecimento, e não como finalidade do depoimento". Desse modo, "O depoimento tem, não raro, força convincente que, no processo com o princípio do livre convencimen-

to do juiz [rectius, 'convencimento motivado', cf. art. 371, do CPC/2015], pode fazê-lo um dos fundamentos da convicção" (No mesmo sentido: Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de direito processual civil, v. III, p. 617;90 Fredie Didier Jr. et alii, Curso de direito processual civil, v. 2, 2007, p. 72; Mauro Schiavi, Manual de direito processual do trabalho, 2012, p. 632), pois, "A parte pode ser qualificada como a melhor fonte de prova, quando não a única, em razão das informações que possui, não obstante, em razão dos seus interesses pessoais, possa ser considerada a fonte de prova menos confiável" (Mauro Cappelletti, El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad, v. 1, 2002, p. 4 apud Fredie Didier Jr. et alii, Curso de direito processual civil, v. 2, 2007, p. 71).

Se é verdade que no processo cível (em sentido lato, englobando o trabalhista) o depoimento da vítima não é desinteressado, na medida em que é potencialmente beneficiária econômica de uma sentença favorável (ocupando posição equivalente à da testemunha com interesse no litígio - art. 405, §3º, IV, do CPC/1973, art. 447, §3º, II, do CPC/2015, e art. 228, IV, do CC), nos casos em que o ilícito em questão também se caracterize como injusto penal, a sentença criminal - onde, em razão das consequências (aplicação de pena restritiva de liberdade), o nível de certeza exigido para a condenação é muito mais elevado do que nos processos onde são tutelados direitos privados - poderá ser fundamentada no depoimento do ofendido, sobretudo nos casos cometidos "às ocultas", e desde que "as declarações sejam seguras, estáveis, coerentes, plausíveis, uniformes, perdendo sua credibilidade quando o depoimento se revela reticente e contraditório e contrário a outros elementos probatórios" - "Tudo está subordinado, para se obter um veredicto justo, à formação cultural, moral, psicológica e humana do juiz que, atendendo a serenidade e a imparcialidade em seu espírito, pode encontrar o caminho certo a seguir a fim de alcançar a realização da justiça ao valorar as declarações da vítima, para concluir, sem prevenções, se merecem fé ou não" (Julio Fabbrini Mirabete, Processo penal, 1998, p. 291-292, citando reiterada jurisprudência. Nesse sentido: TJSP, 3ª Câmara Criminal, Apelação Criminal n. 172.868-3, rel. des. Gonçalves Nogueira, v.u., j. 05.12.1994;91 STJ, 5ª Turma, HC n. 47212, rel. min. Gilson Dipp, j. 16.02.2006;92 STJ,



<sup>88.</sup> No mesmo sentido, dentre outros: Manoel Antonio Teixeira Filho, A prova no processo do trabalho, 2003, p. 237; Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, 1994, p. 441, ressaltando que o depoimento pessoal possui apenas duas finalidades: obter a confissão e aclarar os fatos articulados pela própria parte.

<sup>89.</sup> Nas Ordenações Filipinas (Livro III, Capítulo XX, §4), o juiz deveria primeiro ouvir as partes (sem juramento, cf. Cândido Mendes de Almeida, Ordenações filipinas, 1870, p. 587, nota 4), e somente se necessário determinava a produção de outras provas. No Código de processo civil e comercial de São Paulo (Lei estadual n. 2421, de 14.01.1930, arts. 307-309) era admitida a prova "por juramento ou afirmação", pela parte, "nos casos expressos em lei".

<sup>90. &</sup>quot;É do passado o dogma de que o depoimento pessoal servisse única e exclusivamente como modo de extrair confissões".

<sup>91.</sup> Prova criminal - Declaração de menor em crime de natureza sexual - Admissibilidade - Caráter clandestino da infração - Firmeza e sinceridade do relato da vítima - Recurso parcialmente provido para outro fim. Quando segura, coesa, coerente e verossímil, deve a palavra da ofendida, nos delitos de natureza sexual, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu.

<sup>92.</sup> Criminal. HC. Atentado violento ao pudor. Trancamento da ação

VOL. / LOGGEN/ESTRE LOGI

5ª Turma, HC n. 135972, rel. min. Felix Fischer, j. 03.11.2009;<sup>93</sup> STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp n. 1.182.716, rel. min. Jorge Mussi, j. 13.03.2012;<sup>94</sup> STJ, 6ª Turma, RHC n. 34035, rel. min. Sebastião Reis Júnior, j. 05.11.2013<sup>95</sup>) -, e ser objeto de exe-

penal. Ilegitimidade do Ministério Público. Ausência de atestado de pobreza e representação da vítima. Inocorrência. Colidência de intereses. Curador especial. Nomeação a destempo. Irregularidade. Ausência de nulidade. Exame de corpo de delito. Ausência. Prescindibilidade em delitos contra os costumes. Atipcidade da conduta. Impropriedade do writ. Ordem denegada. I. (...). II. (...). III. (...). IV. (...). V. A ausência de laudo pericial não tem o condão de afastar os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, nos quais a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com tesmunhas e sequer deixam vestígios. VI. (...). VI. (...). VI. Ordem denegada.

93. Penal. Habeas corpus. Art. 214 c/ art. 224, alínea a, e art. 226, inciso II, todos do Código Penal. Pedido de absolvição. Dilação probatória. Inadequação da via eleita. I - A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há tesmunhas ou deixam vestígios (Precedentes). II - No caso em tela, infirmar a condeação do ora paciente, ao argumento da insuficência ds provas coligidas, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus (Precedentes). Ordem denegada.

94. Penal e procesual penal. Tentaiva de homicídio. Declarções dos policais miltares/vítimas. Meio de prova idôneo. Sentença de pronúncia que encontra apoio em elmentos colhidos sob o crivo do contraditório. Dúvidas quanto à materialidae delitva e indícios de autoria. In dubio pro societae. Ausência de animus necandi. Reexame de material fático/probatório. Súmula n.º 7/STJ. 1. Embora existam críticas acera do valor das declarções prestadas pelo ofendio da ação crimnosa, é certo que tal elemento de prova é admitdo para embasar o édito pronunciante, mormente em caso nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestindade, desde que sopesada a credibldae do depoimento, conforme se verifca ter ocorrido na hipótese. 2. Conforme entedimento desta Corte, o depoimento de policais responsáveis pela perseguição e prisão do acusado constiu meio de prova idôneo a embasar a sentença de pronúncia, mormente quando corrobrado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. 3. A decisão de pronúcia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exigindo o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requistos de certeza necessários à prolação de um édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase procesual, resolvem-se contra o réu e a favor da sociedade. É o mandamento do art. 408 e atual art. 413 do Código Processual Penal. 4. ACorte a quo, após análise das provas constantes dos autos, manteve a sentença de pronúcia do agente pelo crime de tenativa de homicídio. 5. A análise quanto à ausência do elemento subjetivo do tipo e a contradição supostamente existente entre as provas coligidas aos autos, demandaria revolvimento do material fático/probatório dos autos, o que é vedado na presente seara recursal a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

95. Recurso em habeas corpus. Lei Maria da Penha. Medidas protetivas de urgência. Fundamentação. Palavra da vítima. Possibilidade. Precedentes. 1. Em se trando de caso de violência doméstica em âmbito familar contra a mulher, a palavra da vítima ganha especial relevo para

cução ex delicto (art. 475-N, II, do CPC/1973; art. 515, VI, do CPC/2015), sem que nenhuma consideração possa ser tecida, na esfera cível, sobre o valor probante das declarações do exequente ao juízo onde se formou o título executivo.

De forma semelhante, na valoração dos depoimentos colhidos em instrução processual, poderá o julgador, com base em suas impressões obtidas no contato direto com as testemunhas, atribuir maior peso àquela ouvida sem compromisso ('informante', arts. 405, §4º, do CPC/1973, 457, §2º, do CPC/2015, e 829, da CLT) do que àquela formalmente compromissada (cf. Sérgio Pinto Martins, *Direito processual do trabalho*, 2012, p. 345; Valentin Carrion, *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, 2008, p. 637; Mauro Schiavi, *Manual de direito processual do trabalho*, p. 664; TJSP, 34º Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0101493-84.2009, rel. des. Márcia Cardoso, j. 19.08.2013º6).

No processo civil alemão - cf. §§445, I, 448, e 450, II,97 do

o deferimento de medida protetiva de urgência, porquanto tais delitos são praticados, em regra, na esfera de convivência íntima em situação de vulnerabilidade, sem que sejam presenciados por outras pessoas. 2. (...). 3. (...). 4. Recurso em habeas corpus improvido.

96. "Prestação de serviços. Casamento. Indenização. Bufet. Prestação de serviços defeituosa. Oitivas de testemunhas cujas contraditas foram acolhidas como informantes do Juízo. Possibilidade. Valoração das provas de acordo com o livre convencimento motivado. Provas que confirmam a má prestação dos serviços. Danos morais configurados. Valor indenizatório mantido. Inocorência de sucumbência recíproca. Agravos retidos e apelação improvidos".

97. § 445 Vernehmung des Gegners; Beweisantritt [Interrogatório da parte contrária; Oferta de produção da prova]

(1) Eine Partei, die den ihr obliegenden Beweis mit anderen Beweismitteln nicht vollständig geführt oder andere Beweismittel nicht vorgebracht hat, kann den Beweis dadurch antreten, dass sie beantragt, den Gegner über die zu beweisenden Tatsachen zu vernehmen [Uma parte que não tenha apresentado outras provas, implementada completamente sua obrigação de apresentar provas, pode requerer que seja tomado o depoimento da parte contrária sobre os fatos a serem provados].

(2) Der Antrag ist nicht zu berücksichtigen, wenn er Tatsachen betrifft, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet [O pedido não poderá ser deferido quando for relativo a fatos que o Tribunal considere já ter sido provado o contrário].

§ 448 Vernehmung von Amts wegen [Interrogatório ex officio]

Auch ohne Antrag einer Partei und ohne Rücksicht auf die Beweislast kann das Gericht, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, um seine Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer zu erweisenden Tatsache zu begründen, die Vernehmung einer Partei oder beider Parteien über die Tatsache anordnen [Mesmo sem pedido de qualquer das partes, e sem levar em conta o ônus da prova, o tribunal pode, se o resultado dos depoimentos e colheita de provas não for suficiente para fundamentar a sua convicção da verdade ou falsidade dos fatos relevantes a serem provados, ordenar a oitiva de uma das partes ou ambas sobre os fatos]. § 450 Beweisbeschluss [Ordem de prova]

(1) Die Vernehmung einer Partei wird durch Beweisbeschluss angeordnet. Die Partei ist, wenn sie bei der Verkündung des Beschlusses nicht persönlich anwesend ist, zu der Vernehmung unter Mitteilung





Zivilprozessordnung<sup>98</sup>-, os depoimentos pessoais apenas são tomados como "meio subsidiário de prova, que somente pode empregar-se se não foram propostos outros ou os propostos não deram resultado satisfatório" (James Goldschmidt, *Direito processual civil, t. I,* 2003, p. 334), hipótese em que os depoimentos colhidos serão valorados pelo julgador como elementos de prova, inclusive com tomada de *juramento* (cf. §452<sup>99</sup>), etapa desnecessária em nosso ordenamento, onde o compromisso das partes com a verdade é obrigação legal (cf. art. 14, I, do CPC/1973, art. 77, I, do CPC/2015).

Nessa trilha, Arruda Alvim, sempre alertando contra a parcialidade do magistrado, afirma que "Se (...) o pressuposto fundamental de aplicabilidade do art. 342 é a *dúvida* do juiz, não esclarecida pelas provas aportadas ao processo, seguese disto que tal atividade será normalmente complementar de outras atividades probatórias, que a tenham procedido. Ade-

des Beweisbeschlusses von Amts wegen zu laden. Die Ladung ist der Partei selbst mitzuteilen, auch wenn sie einen Prozessbevollmächtigten bestellt hat; der Zustellung bedarf die Ladung nicht [A oitiva de uma parte é determinada pela ordem de prova. A parte, se não estiver presente no pronunciamento da decisão de a convidar para a audiência, é intimada de ofício da ordem de prova. A intimação será feita à própria parte, mesmo que tenha nomeado um advogado; a intimação não exige a entrega].

(2) Die Ausführung des Beschlusses kann ausgesetzt werden, wenn nach seinem Erlass über die zu beweisende Tatsache neue Beweismittel vorgebracht werden. Nach Erhebung der neuen Beweise ist von der Parteivernehmung abzusehen, wenn das Gericht die Beweisfrage für geklärt erachtet [A execução da decisão pode ser suspensa se após a sua adopção novos elementos de prova forem submetidos quanto ao fato a ser provado. Após uma análise exaustiva da nova evidência o tribunal deve abster-se de questionar a parte se considerar esclarecida a questão a ser provada].

98. Editado em 30.01.1877 e ainda vigente, posto que com atualizações pontuais.

99. § 452 Beeidigung der Partei [Juramento da parte]

(1) Reicht das Ergebnis der unbeeidigten Aussage einer Partei nicht aus, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu überzeugen, so kann es anordnen, dass die Partei ihre Aussage zu beeidigen habe. Waren beide Parteien vernommen, so kann die Beeidigung der Aussage über dieselben Tatsachen nur von einer Partei gefordert werden [Sempre que o resultado da declaração da parte não for suficiente para convencer o tribunal da verdade ou falsidade do fato relevante a ser provado, pode ordenar que a parte faça juramento sobre a sua declaração. Ouvidas ambas as partes, a tomada de juramento da declaração sobre tais fatos só pode ser exigida de uma delas].

(2) Die Eidesnorm geht dahin, dass die Partei nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen habe [0 juramento deve ser dito para que a parte diga a verdade ao melhor do seu conhecimento e nada oculte].

(3) Der Gegner kann auf die Beeidigung verzichten [A parte contrária pode abrir mão do juramento].

(4) Die Beeidigung einer Partei, die wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurteilt ist, ist unzulässig [É inadmissível o juramento de uma parte que tenha sido condenada por violar intencionalmente o juramento].

mais, por estas razões, via de regra, o uso do mesmo art. 342 deverá, normalmente, ser feito depois de realizadas as provas, justamente porque aí é que o juiz examinando-as, constatará a sua *dúvida*. Em nome desta e tendo em vista que o respectivo esclarecimento respeita não ao direito de qualquer dos litigantes, senão ao estabelecimento dos pressupostos de fato sobre os quais há de incidir a atividade jurisdicional, em nome do desempenho de sua função, terá de usar dos poderes do art. 342. Daí por que aludimos a poder-*dever*" (*Manual de direito processual civil*, 1982, p. 299).

É inegável, portanto, que as declarações das partes são meio de prova, mas seu acatamento, contudo, não pode ser feito de forma indiscriminada, sob pena de implicar em derrogação das regras legais atinentes a meios e ônus da prova.

Assim, tratando-se de prova de fato ocorrido de forma clandestina, envolvendo apenas vítima(s) e agressor(es), em locais isolados (i.e., inacessíveis a terceiros, com consequente falta de documentação e testemunhas diretas) - hipótese a se verificar sobretudo, mas não exclusivamente, em casos de assédio moral e sexual - a valoração do depoimento da vítima deverá ser feita de acordo com a verossimilhança dos fatos narrados, a credibilidade e coerência do depoimento perante o juiz da instrução, e sua harmonia com o conjunto probatório levado aos autos, de modo a incutir no julgador a convicção quanto à veracidade dos fatos alegados.







### FRANCISCO PEDRO JUCÁ

Juiz do Trabalho Titular da 14ªVT/SP. Mestre, Doutor em Direito Privado pela PUC/SP e Direito do Estado pela USP. LivreDocente em Direito Financeiro pela USP. Pós Doutorado na Universidade de Salamanca – Espanha. Professor Titular de Direito
Constitucional da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP, do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação
Stricto Senso (Mestrado e Doutorado). Pertence à Academia Paulista de Letras Jurídicas – APLJ, Cadeira nº. 7, Patrono Sampaio
Dória. Da Academia Paulista de Magistrados. Sociedade Paulista de Direito Financeiro e da Asociación Hispanobrasileña de
Derecho Comparado. Associação Brasileira dos Constitucionalistas Brasileiros – Instituto Pimenta Bueno. Instituto Brasileiro de
Direito Constitucional e Associação Internacional dos Constitucionalistas.

### DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM MATÉRIA TRABALHISTA

É polêmica em matéria trabalhista o tema da prescrição intercorrente, como sendo aquela que se opera já na fase de execução, pela inação do exeqüente ou pela impossibilidade de localização de bens penhoráveis, o que eterniza o processo no tempo, sem todavia qualquer resultado útil, sequer para as partes.

A matéria se torna mais complexa pelo choque (aparente) entre duas Súmulas, uma do Supremo Tribunal Federal (*Súmula nº. 327*): O Direito Trabalhista admite a prescrição intercorrente, e outra do Tribunal Superior do Trabalho (*Súmula nº. 114*): É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

Antes se mencionou que o choque entre ambas é aparente, isso porque não existe na realidade jurídica em vigor, eis que a matéria prescricional na seara trabalhista está constitucionalizada, mercê do art. 7º, inc. XXIX, que contém: Ação quanto aos créditos resultantes da relação de trabalho com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Decorre da constitucionalização do instituto atrair jurisdição constitucional, com o que, em se tratando de dispositivo constitucional, o intérprete magno e definitivo é o Supremo Tribunal Federal, instância máxima da hermenêutica constitucional, e, como tal, seu intérprete privilegiado, o que significa dizer, aquele que por repartição constitucional de competências tem o mister de fixar o conteúdo e alcance das normas constitucionais. Ora bem, se assim é, desaparece a razão da discussão sobre o tema, vez que o Excelso Pretório tem sumulado o entendimento de aplicabilidade da prescrição intercorrente em matéria trabalhista, cabendo às instâncias inferiores, ainda que especializadas, homenagearem ao guardião constitucional, seguindo sua diretriz. Simplificar-se-ia o problema repetindo Roma locuta cessata questio.

Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores Moraes<sup>100</sup> chamam a atenção para as repercussões práticas da constitucionalização do direito decorrente do neoconstitucionalismo, fundando-se na reflexão autorizada de Luiz Roberto Barroso, para concluir:

"A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição Brasileira passou a desfrutar não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também, de uma supremacia material, axiológica, potencia-

lizada pela abertura do sistema jurídico pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do País e no discurso dos operadores jurídicos".

A reflexão colacionada do clássico demonstra, e à saciedade, que se vive o tempo antevisto por Konrad Hesse nos seus Escritos Constitucionais¹o¹, da máxima eficácia das normas constitucionais, o que significa a extração dos maiores e mais intensos efeitos delas para concretizar a supremacia. Ora bem, se assim é, temos que o tema prescricional em matéria trabalhista deita suas raízes constitucionais diretas, e, exatamente por isso, a hermenêutica que obrigatoriamente deve prevalecer é a do guardião constitucional por excelência, que é o Supremo Tribunal Federal, consequentemente, não se trata de escolha entre as duas súmulas, mas o reconhecimento da hierarquia entre elas, com a superioridade daquela editada pela Corte Constitucional.

O aspecto relativo à aplicabilidade está vencido, como se demonstra, pela ocorrência da constitucionalização do instituto da prescrição e da fixação da interpretação dele pela Suprema Corte, todavia, não será excesso se trazer à colação algumas considerações adicionais, relativas ao aspecto infraconstitucional.

O parágrafo 5º do art. 219 do CPC, alterado pela Lei nº 11.280/06, dispõe que: "o juiz pronunciará de ofício a prescrição" e o § 1º do artigo 884 da CLT prevê que: "a matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida".

Desde logo é necessário deixar claro que a lei processual, ordinária ou comum, contida na Lei Processual Civil, seguramente curvando-se ao preceito de ordem pública derivado do princípio da segurança jurídica e da estabilidade e previsibilidade das relações e instituições, atribui ao prudente arbítrio do juiz (jurisprudência) pronunciar de ofício a prescrição, e a lei trabalhista, ao disciplinar a matéria de defesa em execução, contempla a figura da prescrição da dívida, cabendo aqui esclarecer o que significa. Ora, a dívida de que trata o dispositivo legal em comento é àquela resultante do título executivo judicial e a prescrição dele se opera pelo transcurso do tempo sem ação do exeqüente, ou pela inexistência de bens penhoráveis.

Também a leitura dos dispositivos infraconstitucionais deixa clara a aplicabilidade da prescrição intercorrente em matéria trabalhista, destacando-se a inexistência de palavras inúteis na lei.

<sup>100.</sup> in Introdução ao Direito do Trabalho, ed. LTr.2014, p.113

É relevante acentuar dois aspectos. Primeiro, que o dispositivo acima trazido à colação resulta do movimento denominado de renovação (ou atualização) das normas processuais, voltado a adequar o processo às necessidades contemporâneas, do que decorre sua inteira pertinência como fonte subsidiária do processo trabalhista, considerados, tanto a ausência de disposição especial própria, quanto a compatibilidade sistêmica (inter e intra) das normas processuais.

A propósito, o tema não é novo em discussão, tanto que a lição magistral de Evaristo de Morais<sup>102</sup> enfrentando o assunto, na sua clássica Introdução ao Direito do Trabalho, remetendo à Tissier, resgatando as raízes francesas da doutrina jurídica nacional, acentua que a prescrição decorre da necessidade da estabilidade das situações e, consequentemente, da necessidade de segurança jurídica, contribuindo decisivamente para a necessária paz social, fim do direito (Jehering). E o faz aduzindo a Gabba, a propósito da doutrina da irretroatividade das normas, inaugurada pelo Código Civil Francês, de que a preservação do ato jurídico perfeito (lege tempo factun) do direito adquirido e da coisa julgada nada mais pretende do que proteger, como valor social relevante, as situações consolidadas pelo decurso do tempo, que ipso facto merecem a proteção da ordem jurídica.

"É sempre com fundamento na ordem e na segurança que se explicam e justificam a prescrição e a decadência. Sobreleva a tudo a certeza das relações jurídicas, da sua titularidade, com seus direitos e deveres. Beaudry-Lacantinerie et Tissier apresentam o interesse social como a razão de ser desses institutos extintivos, ficando a liberação presumida a renuncia do titular de um direito prescrito como motivos acessórios e secundários. Dizem eles: "Sem a prescrição não se teria mais segurança nos negócios, nem estabilidade nos patrimônios particulares, nem paz entre as pessoas, nem ordem do Estado." E citam ainda estas palavras de Bigot-Préamineu, quando da elaboração do código civil de 1804: "A justiça geral é satisfeita; por conseguinte, se há interesses particulares que possam ser lesados, devem ceder diante da necessidade manter a ordem social." A prescrição liberatória ou extintiva é um modo de liberação que resulta da inação do credor durante o tempo fixado pela lei (Tissier). Assim, com Câmara Leal, podemos dizer que quatro são os elementos integrantes ou as condições elementares para que ocorra a prescrição: a) existência de uma ação exercitável; b) inércia do titular da ação pelo seu não exercício; c) continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; d) ausência de causas preclusivas de seu curso."

Também no subsistema pertinente ao Direito do Trabalho deve ser assim, especialmente no aspecto processual, considerando que este é instrumento de solução de conflitos (meio de atuação da jurisdição<sup>103</sup>), sendo ilógico e contraditório que, no sentido oposto da solução do conflito e construção da paz, sirva para eternizar o conflito, manter em aberto situação

indefinidamente independente do tempo, o que, a propósito, afronta direta e flagrantemente a preceito constitucional de direito fundamental que estabelece a "razoável duração do processo".

Por derradeiro, considere-se que descabe ao Judiciário e ao Processo, esterilmente, manter em curso demanda que jamais chegará ao termo pelo desaparecimento do réu ou de seu patrimônio. Tem-se nestes casos, que são numerosos, a manutenção inútil da falsa esperança de que num futuro incerto, talvez, se obtenha a concretização do direito. Enquanto isso permanece a incerteza, a insegurança das relações, especialmente em relação a terceiros estranhos a relação litigiosa, nada mais do que isso, que além de tudo concorre fortemente com o enfraquecimento e desprestígio do direito e da jurisdição, minando a credibilidade social pela ineficácia.

Não será demais aqui referir que a jurisdição, em situações tais que cumpriu a sua função constitucional porquanto "disse o direito", restaurou a integridade da ordem jurídica, fez prevalecer o mandamento. A impossibilidade, tanto material quanto jurídica, diz respeito à segunda parte: cumprimento da decisão. Ora, o direito tem limites de possibilidades e, assim, também o Estado, aplicado o princípio da razoabilidade, o da ponderação e, sobretudo, o da possibilidade material, constata-se esgotada a ação estatal. É o limite.

O Jurista José Rogério Cruz e Tucci em recente artigo publicado no site Consultor Jurídico - CONJUR<sup>104</sup>, examinando o tema, reflete:

"...a meu juízo, não pode ser admitida com tamanha amplitude, pois atenta contra o objetivo principal do sistema jurídico que é a pacificação dos conflitos de interesse. Como é cediço, o instituto da prescrição tem por fundamento a segurança jurídica proporcionada às relações jurídicas, fulminando a pretensão pelo transcurso do tempo associado à inércia do credor...esse objetivo de pacificação social não parece ser compatível com prolongamento indefinido de pretensões executórias ao longo do tempo. Quanto a esse ponto no caso dos autos é emblemático, pois a execução permaneceu suspensa por treze anos (de 1999 a 2012), sem qualquer iniciativa da parte credora, quando então os devedores, pretendendo livrarem-se do débito, requereram a declaração da prescrição intercorrente, que teria sido consumada após cinco anos de suspensão do processo, por se tratar de dívida líquida (conf. art. 206, parágrafo 5º, inc. I, Código Civil) Evidentemente, é mais salutar para o sistema jurídico manter a pacificação social do que manter a eficácia do crédito por tempo indefinido."

Dessarte, impossível rechaçar o acolhimento (inelutável, lógico, jurídico e razoável) do instituto da prescrição, mormente quando, por incúria, desatenção ou pouca sorte, a parte titular do direito, defensor do interesse, não conseguiu realizar o que lhe competia, "dormientibus non socurrit jus". É o caso.



<sup>102.</sup> op.cit.p.186/7

<sup>104.</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Revista Digital Consultor Jurídico, site: www.conjur.com.br : Coluna: Paradoxo da Corte, data de 103. v. Chiovenda 03/11/2015, 8h00.

O jurista Sérgio Pinto Martins, em recente acórdão, observou que:

"A prescrição de que trata o parágrafo 1o do artigo 884 da CLT só pode ser, porém, a prescrição intercorrente, quando a parte vai alegá-la nos embargos. Assim, a própria CLT regula a matéria, não há como se aplicar o artigo 40 da Lei no 6.830/80. Não há omissão na execução para se aplicar a lei de execução fiscal (art. 889 da CLT), que é a Lei n.º 6.830/80.

O parágrafo 4.º do artigo 40 da Lei n.º 6.830/80 prevê expressamente a aplicação da prescrição intercorrente na execução. (Acórdão 20150031122, TRT02, Desemb. Relator Sérgio Pinto Martins, data de publicação em 27/05/2015.)"

O que não se pode aceitar é que o impulso oficial, a inquisitoriedade do processo do trabalho, indo além da substitutividade da jurisdição e em nome da tuitividade trabalhista, supra as deficiências da parte, saneie sua incúria, especialmente quando, como na maioria dos casos, está sob o patrocínio técnico de advogado que, por sua natureza, atende à igualdade das partes. A substitutividade da jurisdição não significa, e nem pode significar, substituir a diligência da parte na defesa do interesse que é seu, sob pena de estimular a incúria, a desatenção, o descuido, porque o "Estado-Juiz maternal tudo fará, tudo proverá, sem que o titular da pretensão faça senão esperar comodamente.

Não resta nada senão, como demonstrado, acolher e aplicar a prescrição intercorrente, assente com a doutrina do Excelso Pretório, extinguindo o feito, ad argumentadum tantum. Inserido no texto constitucional o princípio da razoável duração do processo, tal elemento também há de entrar em ponderação na formulação da norma concreta gerada no, pelo e para o processo.

Com efeito, o crédito trabalhista é alimentar e tem privilégios, inclusive sobre os créditos fazendários, porém, no estado de direito democrático não existe direito absoluto, há a natural limitação recíproca da articulação interativa e sistêmica entre eles, estando aí incluídos os princípios tão prestigiados pelo neoconstitucionalismo. O que se infere é a propriedade da sumulação da suprema corte, porquanto, admitir a relação jurídica processual eterna, pendente de fato incerto e indefinido, é negar a natureza do próprio direito, é impropriedade lógica até, e, sob o aspecto material e concreto, o que se entrevê é a cruel venda de ilusão, fomentando a expectativa de um fato futuro impossível pela realidade dos fatos.

Por isto mesmo, como acentua Tissier<sup>105</sup> relembrado na clássica Introdução do Direito do Trabalho de Evaristo de Moraes, ambos antes referidos, a relação entre o tempo e o direito pressupõe a necessidade humana da segurança jurídica e da estabilidade nas relações, e, por certo, este foi o sábio enfoque da Suprema Corte Brasileira no sentido de prestigiar a viabilidade processual de concretização como sendo a possibilidade material real de o processo produzir os seus efeitos no mundo da realidade. É assim que, acompanhando o

STF, guardião constitucional por excelência, que se decreta a ocorrência da prescrição intercorrente no caso concreto, fundando na Súmula ao norte referida.

O que resta a fixar, a esta altura, diz respeito a prazo e termo, o que também, diga-se, não é problema real, senão vejamos.

O dispositivo constitucional ao norte invocado fixa o prazo prescricional geral em matéria trabalhista, em cinco anos. Este prazo é repetido pela lei de execuções fiscais, fonte subsidiária primeira na execução trabalhista, conforme estabelece o art. 889, ora, o art. 40 da LEF estabelece o prazo também de cinco anos.

"Art. 40 da LEF - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

- § 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pú-
- § 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.
- § 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.
- § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.
- § 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 40 deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda."

Assim, a fonte subsidiária resolve o problema. Primeiro, tem-se fixado o prazo prescricional de cinco anos, coincidindo este lapso temporal estabelecido na citada Lei e aquele do dispositivo constitucional também colacionado.

Apenas em abono a tese, não é excesso referir que a doutrina jus laboral autorizada admite o instituto da prescrição intercorrente, como se ilustra:

"Antonio Lamarca<sup>106</sup> declara que "quando a lei fala em prescrição da dívida, refere-se, incontedivelmente, à prescrição superveniente à dívida constante da sentença exequenda."

Wagner Gigli<sup>107</sup> também entende aplicável a prescricão intercorrente no processo do trabalho: "a quitação e a prescrição referidas pelo texto legal são apenas as que se efetivarem depois da sentença, vez que as anteriores cons-



<sup>106.</sup> LAMARCA, Antônio. Execução na Justiça do Trabalho. São Paulo: Fulgor, 1962, p. 168/9.

<sup>107.</sup> GIGLIO, Wagner. Direito Processual do Trabalho. 16ª ed. São Paulo, 2007, p. 587.

<sup>105.</sup> Course de Droit Civil, tome I.

tituíam matéria de discussão na fase cognitiva, já superada: reabrir a discussão seria ofender a coisa julgada".

Leciona Valentin Carrion<sup>108</sup> que "paralisada a ação no processo de cognição ou no da execução, por culpa do autor, por mais de dois anos, opera-se a chamada prescrição intercorrente; mesmo que descabido ao Juiz velar pelo andamento do processo (CLT, art. 765), a parte não perde, por isso, a iniciativa; sugerir que o Juiz prossiga à revelia do autor, quando este não cumpre os atos que lhe foram determinados, é como remédio que mata o enfermo. Pretender a inexistência da prescrição intercorrente é o mesmo que criar a 'lide perpétua' (Russomano, Comentários à CLT), o que não se coaduna com o direito brasileiro".

Amador Paes de Almeida<sup>109</sup> também informa que "a prescrição a que se refere o §1.ª do art. 884 da Consolidação das Leis do Trabalho é a prescrição intercorrente, ou seja, aquela posterior ao julgado que se executa".

Manoel Antonio Teixeira Filho<sup>110</sup> assevera que a prescrição da dívida a que se refere o parágrafo 1.º do artigo 884 da CLT é a prescrição intercorrente.

Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>111</sup> afirma que é "aplicável a prescrição intercorrente no processo do trabalho, como, aliás, prevê o art. 884, §1.º da CLT, que consagra a prescrição como matéria de defesa nos embargos à execução. Ora, tal prescrição só pode ser a intercorrente.

A prescrição de que trata o parágrafo 1.º do artigo 884 da CLT é a intercorrente. Não existe omissão na CLT para se aplicar o artigo 40 da Lei n.º 6.830/80. Não se aplica, portanto, a Súmula 114 do TST, mas a orientação do STF (Súmula 327), que admite a prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho.

O interessado deveria provocar o juízo. A exceção estabelecida pelo artigo 878 da CLT, quanto à possibilidade de execução pelo próprio juiz, ex officio, ocorre quando haja elementos suficientes nos autos para localização da executada, os quais devem ser fornecidos pelo exequente, o que não ocorreu in casu. Trata-se, ainda, de faculdade e não de obrigação do juiz." (Acórdão 20150031122, TRT02, Desemb. Relator Sérgio Pinto Martins, data de publicação em 27/05/2015.)

Acompanhando à elaboração doutrinária (como soe), a jurisprudência começa a sensibilizar-se, seguindo a este mesmo sentido, como se ilustra com os arestos a seguir:

108. CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leios do Trabalho, 33º edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 84.

109. ALMEIDA, Amador Paes de. Curso Prático de Processo do Trabalho, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 398.

110. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. Execução no Processo do Trabalho, 4ª ed. São Paulo: Ltr, 1994, p. 258-259.

111. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho, 8ª ed. São Paulo: 2013, Ltr, p.

"AGRAVO DE PETIÇÃO TRT/SP 01796004019985020011 3ª TURMA Prescrição da pretensão executiva. Inobstante os termos da Súmula 114 do C. TST, que dispõe ser inaplicável no processo do trabalho a prescrição intercorrente admito, com fundamento na Súmula 327 o Supremo Tribunal Federal, que o Direito do Trabalho permite a prescrição da pretensão executiva naquelas hipóteses em que a paralisação do andamento do processo se dá em razão da inércia do interessado (TRT 2ª R., 3ª T., PROCESSO TRT/SP nº 01796004019985020011, Rel. Design. Ana Maria Contrucci Brito e Silva, DJ1.8.2014"

"Execução. Prescrição intercorrente. Não há omissão no parágrafo 1º do artigo 884 da CLT para se aplicar o artigo 40 da Lei n.º 6.830/80. Aplica-se, portanto, a prescrição intercorrente no processo do trabalho Proc. n.º 00576.2002.5.02.0341 (20110329648), Rel. Sergio Pinto Martins, DJ 17.6.2011).

Proc. 0274000-52.2004.5.02.038, Rel. Maria Cristina Fisch:

Proc. 0155700-55.2000.020432, Rel. Lílian Gonçalves; 0215200842002502043, Rel. Regina Maria Vasconcelos Dubugras"

"PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - APLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO CONSUBSTANCIADO NO ENUNCIADO Nº 114/TST - CONDIÇÕES: Conquanto o Enunciado nº 114/TST genericamente negue a aplicabilidade do instituto da prescrição intercorrente no processo trabalhista, tal premissa deve ser avaliada em cotejo com as circunstâncias fáticas de cada caso, porquanto não é compatível com os ideais de economia e agilidade na entrega da prestação jurisdicional o manter-se semelhante critério diante de situações nas quais se dá o estancamento do feito por inércia da parte em praticar atos de sua responsabilidade e interesse. Revista conhecida e não provida. (5ª T., RR - 345154-21.1997.5.09.5555, j. 3/11/1999, Rel. Min. Armando de Brito, D[ 3/12/1999)"

Resta enfrentar o termo inicial. Ora, como disposto na lei de execuções fiscais, com as ressalvas que se fez, quando esgotadas as possibilidades do impulso oficial relativo às diligências e persecução de bens do devedor e sua localização, é de notificar-se o exequente para indicar, em um ano, novos meios, com o que o termo inicial do prazo é o da notificação ao exequente. Vencida também esta matéria.

Vencido o prazo de um ano, é novamente feita a notificação, desta feita tanto ao exequente, quanto ao executado, contando-se, desta notificação, cinco anos, após os quais, não havendo indicação de bens ou localizado o executado, dando-se a inércia do exequente, tem-se operada a prescrição intercorrente, com o que é de se extinguir o processo de execução e arquivar, por findos, os autos, com o que há consonância com o magistério de José da Silva Pacheco no clássico *Comentários à Lei de Execução Fiscal*<sup>112</sup>:



<sup>112.</sup> PACHECO, José da Silva. Comentários à Lei de Execução Fiscal,

"Ela se caracteriza pela ocorrência dos seguintes fatos: a) ter havido execução fiscal com base em certidão de dívida ativa; b) não ter sido encontrado devedor ou seus bens para a penhora; c) suspensão do curso da execução enquanto não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais recair a penhora; d) abertura de vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública; e) decurso do prazo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou seus bens penhoráveis, e, consequentemente, arquivamento dos autos, por despacho do juiz; f) permanência do processo arquivado, sem ter sido encontrado o devedor ou seus bens penhoráveis, por mais de cinco ano, o que implica presunção de inércia do credor e consequente prescrição, que pode ser reconhecida e decretada ex officio pelo juiz, após ouvida a Fazenda Pública, a fim de evitar o absurdo de tornar indefinido o prazo prescricional desse órgão.

Com a introdução do §4º ao art. 40 da Lei n. 6.830/80, ocorrida por força do art. 6º da Lei n. 11.051/2004, ficou explícito que pode o juiz, após a audiência da Fazenda Pública, reconhecer, de ofício, a prescrição intercorrente e decretá-la, imediatamente, se da decisão que ordenar o arquivamento tiver ocorrido o prazo prescricional de cinco anos."

No caso concreto, desde a ciência da necessidade de indicação de novos elementos para seguimento da execução, que equivale à notificação antes prevista e referida, quando transcorridos mais de cinco anos, é, assim, de se aplicar o parágrafo 4º do citado dispositivo, pronunciando a ocorrência da prescrição intercorrente e determinando a extinção do feito, com o arquivamento dos autos. Tal se conclui observando que o emprego ou utilização da fonte subsidiária, que naturalmente tem caráter de supletividade porque complementa, aperfeiçoa, ajusta, noutras palavras, faz o papel de colmatação de insuficiência normativa da fonte principal que, pela sua própria natureza, implica em ajustamento e compatibilização (especialmente teleológica) da fonte subsidiária à principal, aquele deve e precisa ajustar-se a esta.

E nesta configuração que se impõe rememorar os princípios informadores e conformadores, os quais, no dizer de Mascaro Nascimento<sup>113</sup>, são inerentes ao Processo do Trabalho, pertencendo à essência mesmo da sua natureza. Dessarte, a importação do instituto no seu aspecto processual, desde a lei processual fiscal, necessariamente precisa adequar-se a tais princípios, especialmente o da instrumentalidade das formas, da mitigação do formalismo, da concentração e da celeridade.

Considerados os dois primeiros, temos que no processo do trabalho o norte preponderante é a finalidade e o objetivo do ato processual praticado, remetendo-se à forma aquilo absolutamente indispensável, com o que se acentua fortemente o caráter instrumental do processo e, por consequência da regra processual, portanto, direcionado à finalidade da pacificação social pela solução jurídica do conflito, o conjunto

de atos há de ser realizado com eficácia máxima e utilidade plena. Considerados os dois segundos, temos que a prática e realização destes atos, sempre mirando a eficiência e a economia processual, devem ser concentradas e céleres.

Com a aplicação dos princípios processuais invocados é possível fixar a interpretação razoável e lógica do art. 40 da LEF em matéria trabalhista de que, esgotados os meios de persecução patrimonial do devedor, aplicada a desconsideração da personalidade jurídica e demais modos de responsabilização patrimonial e uma vez notificado o exequente para indicar os meios para o prosseguimento da execução, tem-se fixado o termo inicial do prazo prescricional quinquenal, findo o qual, voltando-se a notificá-lo, tem-se consumada a prescrição e a consequente extinção do processo, relembrando o transcurso de mesmo prazo estabelecido na Constituição e na LEF de cinco anos, porquanto a obrigação exequenda nasce com o título executivo judicial instrumentado pela decisão passada em julgado, com liquidez e certeza.

Com isso se demonstra primeiro o cabimento da prescrição intercorrente em matéria trabalhista, depois a forma de sua concretização processual, e terceiro, os critérios de fixação de termos inicial e final do prazo. Destarte, em síntese com fundamento no demonstrado, temos que o termo inicial é a data da notificação do exeqüente para indicar os meios para ao seguimento da execução, o termo final é o quinto ano dessa notificação, com o que se tem operada a prescrição intercorrente, cuja declaração se deve dar pelo Juízo da Execução, do que é conseqüência a extinção do processo e seu arquivamento definitivo pela liberação da obrigação fundante da execução, arrematando que assim é porque desde sempre a execução é fase do processo trabalhista, porquanto não se constituiu, como regra, em processo autônomo, salvo na hipótese dos títulos executivos extrajudiciais que têm rito próprio, sem fase cognitiva exauriente.

Com estes elementos atende-se à segurança jurídica, à estabilidade das relações jurídicas, à previsibilidade da jurisdição e concretiza-se a razoável duração do processo, esta última absolutamente incompatível com a "eternização" do processo e, consequentemente, do litígio e do estado de conflitividade, absolutamente contrário à paz social, finalidade razão de ser da Justiça do Trabalho.

Apenas para estabelecer os limites mais precisos do tema e da abordagem feita, é interessante destacar que não se acolhe a prescrição intercorrente bienal, entendendo que não encontra guarida na ordem jurídica nem em boa construção hermenêutica porque o mesmo dispositivo constitucional invocado (art. 5º da Constituição Federal) ao assinalar o biênio do encerramento da relação de emprego para o ajuizamento da reclamação trabalhista, em nosso modestíssimo ver, não é exatamente prescrição, porque não alcança diretamente o direito material, mas, diversamente, fulmina apenas e tão somente o direito de ação, com o que configura a hipótese da decadência, já que obsta ao exercício do direito subjetivo público abstrato de demandar em juízo direitos de natureza trabalhista, remetendo, quando muito, tais direitos eventualmente existentes e insatisfeitos, à condição de obrigação natural, tal como o determina o Direito Civil.



<sup>12</sup>ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 355.

<sup>113.</sup> in. Processo do Trabalho

### SALVADOR FRANCO DE LIMA LAURINO

Desembargador do TRT-2

Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP

Professor de Direito Processual do Trabalho na Escola Superior da Advocacia da OAB de São Paulo.

### O ARTIGO 15 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS LIMITES DA AUTONOMIA DO PROCESSO DO TRABALHO

Sumário. 1. Introdução: o novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho. 2. A unidade do direito processual: a teoria geral do processo e a aplicação do processo comum como meio de integração das lacunas dos processos especiais. 3. A autonomia do processo do trabalho: o percurso histórico e as regras de procedimento. 4. O devido processo legal: a dimensão constitucional do procedimento. 5. A aplicação do processo civil como meio de integração das lacunas do processo do trabalho. 6. O artigo 15 do novo Código de Processo Civil: a aplicação "subsidiária" e "supletiva" do processo civil ao processo do trabalho. 7. Segue: vantagens e aplicações da distinção trazida pelo artigo 15 do novo Código de Processo Civil. 8. Conclusão: o artigo 15 do novo Código de Processo Civil e a crise da autonomia do processo do trabalho.

### 1. Introdução: o novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho.

Ainda que ao longo dos últimos vinte anos o Código de 1973 tenha sofrido diversas reformas que o mantiveram em condições de fazer frente ao desafio de oferecer adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, as sucessivas alterações que começaram em 1994 afetaram-lhe a coerência sistêmica, que, inspirada no padrão do "processo ordinário de conhecimento", ficou abalada por inovações como a antecipação de tutela, as medidas de coerção destinadas a assegurar a obediência às ordens judiciais, o regime de cumprimento de sentença. <sup>114</sup>

Ao mesmo tempo, estimou-se que inovações mais extensas e profundas ainda seriam necessárias para reforçar a garantia do contraditório, a segurança jurídica e para combater o persistente problema da demora na solução dos litígios. Conquanto pudessem ser introduzidas por meio de reformas pontuais, teriam o inconveniente de aprofundar a desorganização sistêmica, até em função do largo significado político veiculado por algumas delas, como o regime de precedentes, o que decerto concorreu para a elaboração de um novo Código de Processo Civil.

No plano da arquitetura legislativa, o novo Código afastou-se do critério de distribuição das matérias do Código de 1973, que se organizou em torno de quatro Livros: Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Processo Cautelar e Procedimentos Especiais. Agora, o Código estrutura-se em

114. Sobre o modelo do "processo ordinário de conhecimento", v. LUIZ GUILHERME MARINONI, "O procedimento comum clássico e a classificação trinária das sentenças como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos", in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, n. 65/1,

torno de uma parte geral e de uma parte especial, o que resulta em quatro Livros: *i)* a *Parte Geral* -, que concentra grande parte da matéria que estava no Livro destinado ao Processo de Conhecimento - e a *Parte Especial*, que se desdobra em três Livros – *ii)* Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença, *iii)* Processo de Execução e *iv)* Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação das Decisões Judiciais.

A aplicação do processo comum é um tema estratégico para o processo do trabalho. Não sem exagero, já se disse que é o enigma que a esfinge lhe propõe: "Decifra-me ou devoro-te". <sup>115</sup> Daí que a compreensão das mudanças que o novo Código de Processo Civil produzirá no processo do trabalho depende do prévio entendimento do sentido de seu artigo 15, que, juntamente com o velho artigo 769 da Consolidação, passa a disciplinar a aplicação do processo civil ao processo do trabalho.

2. A unidade do direito processual: a teoria geral do processo e a aplicação do processo comum como meio de integração das lacunas dos processos especiais.

Conforme ensina a Teoria Geral do Processo, há uma unidade no direito processual. <sup>116</sup> Em conhecida analogia, o

115. Cf. MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO, "As transformações do Código de Processo Civil e sua repercussão no processo do trabalho", *site da ANAMATRA*, acesso em 29-XI-2008.

116. Sobre as origens e evolução da teoria geral do direito processual, ver NICETO ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, "Trayectoria y contenido de uma teoria general del proceso", in Estudios de teoria general e historia del proceso, México, UNAM, 1992, pp. 513-523. Convém lembrar que o vocábulo "processo" é polissêmico e veicula ao menos quatro significados. Primeiro, designa a "ciência", isto é, o direito processual, um ramo do conhecimento jurídico. Nesse sentido, a teoria geral do direito processual é também conhecida como teoria geral do "processo". Segundo, designa o objeto material dessa ciência. Aqui, "processo" significa o sistema processual, o conjunto operativo de normas que disciplina o exercício da jurisdição. Em terceiro lugar, "processo" é um método dialético de debate que se realiza por meio de afirmações, oposições e sínteses. Nesse sentido abrangente, é categoria presente em todas as funções públicas, bem como em atividades privadas, como os processos eleitorais e disciplinares de clubes, sindicatos etc. Em quarto lugar, a palavra "processo" designa o processo judicial, que é o arquétipo, o paradigma das demais espécies de processo. Assim, com o vocábulo "processo" nomeamos tanto i) a ciência - o direito processual –, como ii) o seu objeto material – o sistema processual -, iii) um *método dialético de debate*, utilizado tanto em atividades públicas como privadas - o processo, e iv) um dos institutos fundamentais do



direito processual é como uma árvore, cujo tronco comum cresce até certa altura quando começam a surgir os seus variados ramos: processo penal, processo civil, processo do trabalho, processo eleitoral, processo tributário. Apesar das diferenças que existem entre eles, todos derivam de uma mesma base jurídica, a qual lhes condiciona a estrutura, a dinâmica e as funções. 117

Nessa analogia, o tronco da árvore representa o núcleo jurídico comum a todos os ramos do direito processual, ou seja, um sistema jurídico cuja estrutura compreende os princípios constitucionais que governam o direito processual ("acesso à justiça", "devido processo legal" e "independência dos juízes"), os institutos fundamentais, que representam as grandes unidades sistemáticas do direito processual ("jurisdição", "ação", "defesa" e "processo"), e a finalidade do sistema processual ("tutela jurisdicional"). 118

Em essência, é legítimo dizer que o processo civil e o processo do trabalho são iguais. Por uma perspectiva política mais abrangente, ambos são instrumentos por meio do qual o Estado exerce a jurisdição com o objetivo de solucionar conflitos e atribuir tutela jurisdicional a quem tem razão no litígio, seja o autor, seja o réu.

No plano da ciência jurídica, a unidade do sistema processual permite a elaboração de uma teoria geral do direito processual, uma disciplina de introdução ao estudo do direito processual cujo objeto é o corpo de conhecimentos comuns a todos os ramos do direito processual, o que abrange os métodos, os princípios constitucionais, os institutos fundamentais e as finalidades do sistema. 119

sistema processual, que é o processo judicial.

117. Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "Das medidas cautelares na Justiça do Trabalho", in Fundamentos do processo civil moderno, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, 347.

118. Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Processo trabalhista e processo comum", in O processo em sua unidade, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 123. "Sistema é um conjunto fechado de elementos interligados e conjugados em vista de objetivos externos comuns, de modo que um atua sobre os demais e assim reciprocamente, numa interação funcional para a qual é indispensável a coerência entre todos. Sistema processual é um conglomerado harmônico de órgãos, técnicas e institutos jurídicos regidos por normas constitucionais e infraconstitucionais capazes de propiciar a sua operacionalização segundo o objetivo externo de solucionar conflitos" (Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, I, São Paulo, Malheiros, 2001, n. 67).

119. Cf. ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRI-NOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Teoria geral do processo, São Paulo, Malheiros, 2014, pp. 27-30. Ao mesmo tempo em que é uma disciplina dogmática, voltada ao estudo sistemático das normas do sistema processual, ordenando-as em vista de sua aplicação prática, a teoria geral do processo, como qualquer teoria geral no campo do Direito, é também uma abordagem *crítica*, com uma função especulativa que não se limita às questões de natureza formal, indagando também sobre o papel político e social do sistema processual, o que a leva a buscar o apoio do direito comparado, da filosofia e de ciências humanas como a história, a sociologia, a antropologia e a ciência política (Cf.

No plano da *norma posta*, a unidade permite a aplicação do processo comum como meio de integração das lacunas dos processos especiais, o que é particularmente importante para o processo do trabalho, cuja "simplicidade" acarreta uma elevada dependência do "processo comum". 120 A operacionalidade do processo do trabalho é possível exatamente porque há uma unidade que permite a interação dos elementos do sistema processual em ordem a complementá-lo por meio das regras do "processo comum". 121

Apesar da unidade do sistema, num dado momento termina o tronco das regras comuns e começam a surgir diferenças entre os variados ramos do direito processual, 122 o que decorre do caráter instrumental do processo, que, conquanto autônomo, está conexo à pretensão de direito material. 123

Dessa necessidade de "adequação" resulta a "autonomia" do processo do trabalho. Cuida-se, todavia, de uma "autono-

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Introdução ao estudo do direito, São Paulo, Atlas, 1988, pp. 42-46).

120. Convém lembrar que nem sempre o processo civil é o "processo comum". Embora as lacunas do processo individual de conhecimento sejam sanadas por meio da aplicação do Código de Processo Civil (CLT, art. 769), as lacunas do processo de execução são superadas por meio da aplicação da Lei de Execução Fiscal (CLT, art. 889), enquanto as lacunas do processo coletivo do trabalho são superadas com a aplicação do chamado "processo coletivo comum", cuja base é formada pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor (CLT, art. 769 e artigos 1º e 21, IV, da LACP). Quando exerce a função de "processo comum", o processo civil abarca as mais variadas espécies de posições jurídicas ativas e passivas de direito material, independentemente da existência de processo especial destinado à disciplina de situações específicas. Essa característica leva BARBOSA MOREIRA a afirmar que "o conceito de processo civil é, por assim dizer, residual, e não exclui certa heterogeneidade das matérias a cujo respeito, no seu âmbito, se exerce a atividade judicial" (Cf. "As bases do direito processual civil", in Temas de direito processual (primeira série), São Paulo, Saraiva, 1988, p.8).

121. Na velha lição de EDUARDO COUTURE, "interpretar a lei não é interpretar o Direito, mas um fragmento deste. Interpretar o Direito, isto é, averiguar o sentido de uma norma em sua acepção integral, pressupõe o conhecimento do direito em sua integridade, bem como a necessária integração entre a parte e o todo" (Cf. Interpretação das leis processuais, tradução Gilda Meyer Russomano, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 2).

122. Como explica CÂNDIDO DINAMARCO, "Não passam despercebidas as diferenças que existem entre os diversos ramos do direito processual, que são independentes a partir do ponto de inserção no tronco comum. Mas a seiva que vem do tronco é uma só, o poder, a alimentar todos os ramos. Embora cada um deles tome a sua direção, nunca deixará de ser um ramo da árvore do processo, nem pode se afastar tanto que dê a impressão de se isolar do sistema" (Cf. A instrumentalidade do processo, São Paulo, Malheiros, 1993, n. 8, p. 73).

123. Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Processo trabalhista e processo comum", in O processo em sua unidade, cit., p. 123.



mia relativa", <sup>124</sup> visto que o processo do trabalho está sujeito a uma "dupla dependência". Primeiro, vincula-se à base jurídica comum a todos os ramos do direito processual – o "modelo constitucional de processo", referido no artigo 1º do novo Código de Processo Civil -, <sup>125</sup> e, depois, ao "processo comum", com o qual tem uma controvertida relação de complementação que condiciona a sua autonomia.

Em face dessa condicionante, há quem negue a autonomia do processo do trabalho frente ao processo civil. <sup>126</sup> Nessa linha, OCTÁVIO BUENO MAGANO pondera que os princípios que justificariam a autonomia do processo do trabalho "surgiram quase todos a modo de contraponto aos princípios e peculiaridades do processo comum, quando este possuía feições marcadamente individualistas, o que não mais ocorre nos dias atuais". <sup>127</sup> No mesmo sentido, o jurista argentino RAMIRO PODETTI, para quem os princípios que presidem o processo do trabalho também podem se aplicar ao processo civil, "com levíssimas variações de intensidade", <sup>128</sup> e VALENTIN CARRION, que argumenta que o processo do trabalho não possui princípio próprio algum, uma vez que todos os princípios que o norteiam - oralidade, celeridade etc. - são comuns ao processo civil. <sup>129</sup>

# 3. A autonomia do processo do trabalho: o percurso histórico e as regras de procedimento.

Na primeira metade do século XX, o processo do trabalho conquistou o estatuto de ramo autônomo do direito processual ao romper com os postulados liberais do processo civil, em

124. Cf. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Tratado de direito judiciário do trabalho*, São Paulo, LTr, 1977, p. 41.

125. Conforme CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, o artigo 1º do Novo Código de Processo Civil "alberga a necessidade de o CPC ser 'ordenado, disciplinado e interpretado' com observância do 'modelo constitucional' ou, como nele está escrito, 'conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República'. É certo que, em rigor, a norma é desnecessária em função, justamente, 'da força normativa da Constituição'. Trata-se, de qualquer sorte, de iniciativa importante para fins didáticos, quiçá educacionais e que, por isso mesmo, deve ser muito bem recebida pela comunidade do direito processual civil como um todo" (Cf. Novo Código de Processo Civil anotado, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 41).

126. A propósito das correntes doutrinárias sobre a autonomia do processo do trabalho, ver CÁSSIO COLOMBO FILHO, "A autonomia do direito processual do trabalho e o novo CPC", in Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, n. 39, 2015, pp. 118-127

127. Cf. Manual de direito do trabalho – parte geral, São Paulo, LTr, 1990, pp. 78-79.

128. Cf. *Tratado del proceso laboral*, Buenos Aires, Ediar, 1949, *apud* AMAURI MASCARO NASCIMENTO, *Curso de direito processual do trabalho*, São Paulo, Saraiva, 2014, p. 107.

129. Cf.  $Coment\'{a}rios$  à  $consolida\~{c}\~{a}o$  das leis do trabalho,  $S\~{a}o$  Paulo, Saraiva, 2000, p. 557.

especial o individualismo e o abstencionismo. <sup>130</sup> O esforço de "adequação" aos valores protegidos pelo Direito do Trabalho resultou na formação de um processo simples, rápido, econômico e eficiente, que pretendia assegurar o equilíbrio entre litigantes de forças desiguais. <sup>131</sup>

Enquanto o processo civil se destinava à solução de conflitos entre litigantes que estariam em pé de igualdade, o processo do trabalho buscava equilibrar uma relação marcada pela desigualdade. O impulso oficial, o poder de instrução do juiz, o recurso contra sentença sem efeito suspensivo, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, o poder do juiz de iniciar a execução eram inovações que rompiam com a concepção liberal do processo civil, pela qual o juiz deveria agir como mero espectador, sem maiores poderes de impulso e instrução justamente para impedir que sua intervenção viesse a desequilibrar um duelo de iguais.

Essas inovações causaram significativo impacto na ciência processual. Ao lado de FRANCESCO CARNELUTTI, <sup>132</sup> a quem se atribui o reconhecimento da autonomia do processo do trabalho, <sup>133</sup> NICOLA JAEGER vislumbrou no processo do trabalho uma categoria intermediária entre o processo civil e o processo penal. <sup>134</sup> Com posição mais radical, EDUARDO COUTURE referia um processo estranho a todos os princípios do processo civil, <sup>135</sup> enquanto o mexicano ALBERTO TRUEBA URBINA dizia que o processo do trabalho estava fora da teoria geral do processo, que seria a *teoria geral do processo burguês*, sujeitando-se à *teoria geral do processo social*. <sup>136</sup>

Naquela quadra da história, o processo do trabalho surgia como algo radicalmente diferente. Mas a evolução científica e legislativa do processo civil na segunda metade do século XX mostrou que a ruptura não foi assim tão profunda. As transformações que sucederam à Segunda Guerra Mundial – a crise do positivismo jurídico, a abordagem constitucional do processo, o movimento de acesso à justiça – aproximaram o processo civil do mesmo ideal de efetividade do processo do

130. Cf. EDUARDO COUTURE, "Algunas nociones fundamentales de derecho procesal del trabajo", in *Tribunales del trabajo*, Santa Fé, 1941, pp. 112-113.

131. Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Processo trabalhista e processo comum", cit., p. 123.

132. Cf. "Funzione del processo del lavoro", in Rivista di diritto processuale civile, Padova, v. VII, 1930, p. 109.

133. Cf. CARLOS COQUEIJO COSTA, *Direito processual do trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 12.

134. Cf. Corso de diritto processuale del lavoro, Padova, IDEA, 1932, p. 11.

135. Cf. "Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo", cit., p. 128.

136. Cf. Nuevo derecho procesal del trabajo, México, Porrua, 1941, I, pp. 10-25.



trabalho e confirmaram que a base jurídica deste, cujos fundamentos estão na Constituição, é exatamente a mesma que define a estrutura e a dinâmica dos demais ramos do direito processual. <sup>137</sup>

Daí que a identidade do processo do trabalho não está em "objetivos" ou em "princípios" específicos. A diferença em relação ao processo civil está no plano do "procedimento", num conjunto especial de normas que assegura o equilíbrio entre os litigantes na solução dos conflitos decorrentes da relação de trabalho. É a partir desse conjunto de regras de procedimento que se deve identificar a "compatibilidade" que, na forma do artigo 769 da Consolidação, permitirá ou não a aplicação "supletiva" de que trata o artigo 15 do novo Código de Processo Civil.

### 4. O devido processo legal: a dimensão constitucional do procedimento.

Como qualquer outro ramo do Direito Público, o processo do trabalho opera de maneira a equilibrar a tensão entre a *autoridade* do Estado e a *liberdade* dos indivíduos ou grupos de pessoas. No campo do direito processual, essa tensão é equilibrada por meio dos princípios do *acesso à justiça* e do *devido processo legal*, que, exprimindo as bases políticas do sistema processual, constituem os pontos de partida que orientam a *interpretação* e a *aplicação* das regras de direito processual.

O acesso à justiça representa a autoridade. É o direito à jurisdição, a garantia de que as pretensões dirigidas ao sistema judiciário serão aceitas, processadas e julgadas de maneira a atribuir tutela jurisdicional a quem tem razão. O direito de livre e amplo acesso à jurisdição é o pressuposto de eficácia de todos os demais direitos da ordem jurídica. De pouco valeriam as leis se não houvesse instituições judiciárias independentes e com força superior aos litigantes para impor o cumprimento da lei sempre que faltasse a obediência espontânea. 138

O devido processo legal representa a liberdade. A liberdade tem duas dimensões. Uma dimensão negativa, de feição liberal, concebida como proteção contra o arbítrio, e uma dimensão positiva, de feição democrática, que diz com a oportunidade de participação na formação das decisões do poder público e de acesso a prestações essenciais à dignidade da pessoa humana, como é a justiça. 139

O princípio assegura o direito a um "processo justo". Por definição, o processo judicial é um procedimento em contra-

137. Cf. OCTÁVIO BUENO MAGANO Manual de direito do trabalho – parte geral, cit., pp. 78-79. Sobre o tema a transição metodológica no direito processual após a Segunda Guerra Mundial, ver o nosso Tutela jurisdicional – cumprimento dos deveres de fazer e não fazer, São Paulo, Campus, 2010.

138. Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, I, cit., p. 199.

139. Cf. NORBERTO BOBBIO, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1990, p. 32.

ditório. <sup>140</sup> Enquanto o procedimento é a garantia de legalidade, de que as atividades realizadas no processo, destinadas à aplicação da lei, serão também guiadas pela lei, o contraditório é a garantia de que os litigantes terão ciência dos atos praticados no processo para que possam participar da formação do convencimento do juiz, formulando alegações, produzindo provas, interpondo recursos a fim de obter um provimento favorável à própria esfera de interesses. <sup>141</sup>

De modo a assegurar o direito ao "processo justo", o *devido processo legal* encerra um conjunto de garantias que se consolidou ao longo da história de lutas da humanidade contra o arbítrio das autoridades. <sup>142</sup> Além do direito ao *procedimento* e ao *contraditório*, que são como o *corpo* e a *alma* do processo judicial, o princípio abrange também as garantias do juiz natural, da ampla defesa, da publicidade, da prova, da coisa julgada, que se coordenam em torno de um "método dialético de debate" cujo objetivo é impedir que alguém venha a perder a liberdade ou o patrimônio sem a oportunidade de participar na formação do convencimento de um juiz independente e imparcial em ordem a obter proteção judicial.

Em dimensão política, o *contraditório* significa a *participação*. Como os demais ramos do direito processual, o processo do trabalho é um espelho, um microcosmo do Estado democrático de direito. Tal como é a liberdade de imprensa, combinada com a participação da sociedade em eleições regulares, que legitima o exercício do poder dos governantes, é a garantia da ciência dos atos processo, conjugada com a oportunidade de participação na formação do convencimento do juiz, que confere legitimidade ao provimento de poder emitido no processo. 143

Nessa dimensão política, o *procedimento* representa a *legalidade*. A legalidade é elemento essencial à consecução do fim de justiça abrigado no princípio do *devido processo legal* porque a *liberdade* – em seus dois sentidos, como *autonomia* e como *participação* na formação das decisões do poder político - depende da possibilidade de calcular ações futuras com um mínimo de *previsibilidade*, <sup>144</sup> o que é impossível de se

140. Cf. ELIO FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, UTET, 1983, pp. 51-54.

141. Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "O princípio do contraditório" in Fundamentos do processo civil moderno, cit., p. 90

142. Cf. CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 85.

143. *Idem*, p. 93.

144. O princípio da *segurança jurídica* desenvolve-se em torno de dois eixos: *i) estabilidade* (eficácia *ex post*) – as decisões do poder público não podem ser arbitrariamente modificadas quando adotadas em consonância com os procedimentos legais, salvo em situações particularmente relevantes; e *ii) previsibilidade* (eficácia *ex ante*) – que representa a exigência de certeza e de calculabilidade dos efeitos jurídicos das normas (Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 380).



conseguir com a irrestrita liberdade de o juiz alterar as regras de procedimento sempre que as julgar inadequadas às suas concepções pessoais de efetividade da tutela jurisdicional. <sup>145</sup>

No processo do trabalho, uma corrente doutrinária defende que o "princípio de proteção" contido no caput do artigo 7º da Constituição justificaria abrandar a legalidade do procedimento. Nesse sentido, MAURO SCHIAVI: "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 normas 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 CLT". 146 Na mesma linha, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR: "Na atuação voltada à efetividade dos direitos trabalhistas, cumpre reconhecer, sem traumas, que o juiz possui poderes para criar, em situações concretas, o procedimento necessário para conferir efetividade ao direito material, partindo do pressuposto, sobretudo, da desigualdade das partes". 147

Embora seja pedra angular do Direito do Trabalho, o "princípio de proteção" não é absoluto. A reconhecida exigência de "adequação" do processo ao objeto de sua proteção está longe de significar que o processo do trabalho seja regido por um princípio de direito material. 148 Alguma incidência do "princípio de proteção" no campo processual não prescinde da ponderação com outros princípios constitucionais, em particular com o princípio do devido processo legal, ao qual o "princípio de proteção" não se sobrepõe. A busca pela efetividade da ordem jurídica não é exclusividade do processo do trabalho, já que decorre do princípio do acesso à justiça.

145. Como lembra CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "um sistema ideal e utópico de liberdade formal absoluta, em que fosse permitido a todos os sujeitos processuais externar suas intenções e vontades como bem entendessem, seria porta aberta à insegurança e ao arbítrio. A construção formal do sistema do processo, temperada pelas regras de tolerância contidas na garantia constitucional de liberdade dos litigantes e na instrumentalidade das formas, é penhor de fidelidade da ordem processual aos valores inerentes ao devido processo legal. A experiência milenar mostra que a probabilidade de obter resultados justos pela via processual depende de ter sido 'justo e équo' o próprio processo e que este não o será quando não for realizado segundo as cautelas representadas por exigências formais razoáveis" (Cf. *Instituições de Direito Processual Civil*, III, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 530).

146. Cf. "Novas reflexões sobre a aplicação do art. 475-J do CPC ao processo do trabalho à luz da recente jurisprudência do TST", *in* Revista LTr, v. 72, n. 3, p. 274.

147. Cf. "O conflito entre o novo CPC e o processo do trabalho", site da ANAMATRA, acesso em 05-VII-2015.

148. Cf. VALENTIN CARRION, *Comentários à consolidação das leis do trabalho*, cit., p. 557.

Não apenas o processo do trabalho, mas todos os ramos do direito processual visam efetiva, adequada e tempestiva tutela jurisdicional - a proteção que a jurisdição dispensa a quem tem razão no litígio, seja o autor, seja o réu -, o que invalida a linha de pensamento que sobrevaloriza o "princípio de proteção" para o fim de afastar a legalidade do procedimento no processo do trabalho.

O exercício da jurisdição no Estado democrático de direito é governado por ética de responsabilidade. A generosidade abrigada no "princípio de proteção" não justifica desviar dos caminhos formais que a Constituição traça para atribuir tutela jurisdicional. No Estado democrático de direito não se busca efetividade a qualquer preço, mas com *justiça*. Efetividade sem as garantias do devido processo legal é ética de convicção, o discurso autoritário em que a crença na generosidade dos fins justifica qualquer meio para atingi-los, o que significa a própria negação da ideia de justiça, cuja concretização não prescinde de critérios impessoais e objetivos. 149

Como adverte FERRUCIO TOMMASEO, é preciso evitar a armadilha que se esconde na velha polêmica contra o formalismo. Confundir o formalismo com suas degenerações alimenta uma atitude perniciosa que coloca em dúvida a utilidade das formas processuais e, ao mesmo tempo, fomenta uma postura de hostilidade que favorece o que se chamou de a "grande ilusão", a enganosa concepção de que a jurisdição pode ser bem exercida com uma desmedida redução das formas processuais. 150

5. A aplicação do processo civil como meio de integração das lacunas do processo do trabalho: a norma do artigo 769 da Consolidação.

Embora não haja diferença ontológica entre processo do trabalho e o processo civil – afinal, ambos são instrumentos com que, por meio de um método dialético de debate, o Estado exerce a jurisdição para o fim de solucionar conflitos e proteger a esfera jurídica de quem tem razão -, é certo que, no plano das regras do procedimento, se estabelece uma controversa relação de complementação, visto que as lacunas do processo do trabalho devem ser integradas por normas do "processo comum". 151



<sup>149. &</sup>quot;A revolta contra o formalismo? Sempre foi uma típica característica das ditaduras, que não tem freios nem limites ao arbítrio de suas autoridades. Certamente não é necessário que se recorde a apaixonada defesa feita por CALAMANDREI do princípio da legalidade. E, no fundo, em que consiste o princípio da legalidade, senão em uma forma de designar mais amavelmente o formalismo. Naturalmente, tudo isto não impede a jurisprudência de orientar a interpretação da lei, adaptando-a, quando é necessário, às variáveis exigências da sociedade, da economia e dos costumes" (Cf. ENRICO TULLIO LIEBMAN, "A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei", in Revista de Processo n. 43, p. 60).

<sup>150.</sup> Cf. *Appunti di diritto processuale civile – nozione introdutive,* Torino, Giappichelli, 1995. pp. 14-15.

<sup>151.</sup> Sobre o conceito de "processo comum", ver nota n. 8.

Com o propósito de ser simples e, portanto, acessível, rápido e eficiente, o processo do trabalho não regula temas essenciais ao exercício da jurisdição, o que acarreta uma significativa dependência do processo comum. Na jurisprudência, é pacífico o cabimento da aplicação ao processo do trabalho de um alargado conjunto de regras do processo civil sobre pedido, contestação, antecipação de tutela, litisconsórcio, assistência, regime de produção de provas, extensão e profundidade dos efeitos dos recursos, limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, eficácia preclusiva da coisa julgada, ação rescisória, ação declaratória, matéria de embargos à execução, embargos de terceiro, poder geral de cautela.

Nesses casos, a aplicação do processo civil decorre de um *imperativo jurídico*. Pese embora a omissão do processo do trabalho em se ocupar desses temas ao detalhe, impõe-se que os valores contidos nos princípios constitucionais, sobre os quais se estrutura o processo judicial em sua unidade, notadamente o acesso à justiça e o devido processo legal, prevaleçam na disciplina concreta, prática, cotidiana de um determinado processo judicial.

Em outros casos, a aplicação do processo comum justifica-se por um *juízo de conveniência*. Conquanto não haja um imperativo jurídico que imponha a aplicação do processo comum - tal como sucede em temas fundamentais para o exercício da jurisdição, como o regime da coisa julgada -, a aplicação do processo civil justifica-se por uma fórmula de aprimoramento do processo do trabalho. É o que se dá, por exemplo, com as figuras da reconvenção e da denunciação da lide, que, embora admitidas pela jurisprudência, poderiam ser excluídas do processo do trabalho em nome da celeridade, uma vez que podem ser comodamente substituídas pela via da "ação autônoma de regresso". 152

Desde os anos 1940, quando ainda vigorava o Código de Processo Civil de 1939, a norma de regência para a aplicação subsidiária do processo civil é o artigo 769 da Consolidação: "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". 153

152. Nessa linha, o art. 125 do Código de 2015 acaba com a obrigatoriedade da denunciação da lide, ressalvando a via da ação autônoma de regresso "quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida".

153. A interpretação da regra do artigo 769 da Consolidação é objeto de disputa por duas correntes: a *tradicional* e a *reformista*. Amparada na letra do artigo 769 da Consolidação, a corrente *tradicional* defende que a aplicação do processo comum depende de duas premissas: *i*) a omissão do processo do trabalho em cuidar de determinada situação processual e *ii*) a compatibilidade da norma de processo comum com o procedimento do processo do trabalho. A corrente *reformista* opõe-se afirmando que a utilização conjugada das ideias de *omissão* e de *compatibilidade* tende a levar a um bloqueio exagerado na relação do processo do trabalho com o processo comum, pelo que a aplicação do processo comum deve ser orientar não por uma "compatibilidade formal" com as normas do processo do trabalho, mas com seus "princípios informadores" e com seus "objetivos institucionais". Assim, independentemente da compatibilidade com as regras de procedimento,

De maneira analítica, a aplicação subsidiária do processo civil justifica-se pelo binômio "omissão + compatibilidade": i) omissão do processo do trabalho ("Nos casos omissos...") e ii) compatibilidade com o regime do processo do trabalho ("...o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título").

Dois desafios interpretativos são corriqueiros na dinâmica do processo do trabalho. O primeiro é distinguir as "verdadeiras lacunas" das "falsas lacunas", também conhecidas como "silêncio eloquente". No primeiro caso, em nome da simplicidade do procedimento, a lei apenas relega ao processo comum a disciplina pontual de determinadas matérias; no segundo caso, o sistema jurídico deliberadamente deixa de disciplinar determinada situação exatamente para excluir a aplicação do processo comum.

Além da chamada "lacuna normativa", que significa a ausência de norma específica para regular determinada situação, a doutrina mais recente menciona a "lacuna axiológica", que representa a ausência de norma justa para a solução de um caso específico - embora exista um preceito normativo específico, sua aplicação levaria a um resultado injusto ou insatisfatório -, e a "lacuna ontológica" - apesar da existência de norma específica para o caso, ela perdeu atualidade em virtude da evolução das relações sociais. <sup>154</sup>

Identificada a omissão, o segundo desafio interpretativo, não menos polêmico, é encontrar a solução mais adequada para a integração da lacuna. Nesses casos, a aplicação do processo civil legitima-se pela "compatibilidade" com a lógica formal dos procedimentos do processo do trabalho, na linha do que dispõe o artigo 769 da Consolidação - "... exceto naquilo que for incompatível com as normas deste Título" -, que é o Título X da Lei, que se ocupa do "Processo Judiciário do Trabalho".

O juízo de "compatibilidade" deve ser formulado em face da lógica formal dos procedimentos e não de "princípios" do processo do trabalho, que, em essência, são os mesmos dos demais ramos do direito processual: acesso à justiça, devido processo legal e independência dos juízes. O que a doutrina aponta como "princípios" do processo do trabalho são, na verdade, "regras" de procedimento ligadas à oralidade e que estão presentes em outros campos do processo civil,

seria legítima a aplicação de toda norma do processo comum que suponha uma "abreviação" ou "simplificação" do processo do trabalho, que busque dinamizá-lo com o propósito de lhe conferir maior eficiência. Sobre o tema, ver o nosso "Aplicação subsidiária do processo comum ao processo do trabalho", in Curso de Direito do Trabalho, III, coordenação de Jorge Luiz Souto Maior e Marcos Orione Gonçalves Correia, São Paulo, LTr, 2009, e MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO, "As transformações do CPC e sua repercussão no processo do trabalho", cit.

154. Sobre as variadas espécies de lacunas, ver MARIA HELENA DINIZ, Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada, São Paulo, Saraiva, 1994, P. 97. Sobre a aplicação ao processo do trabalho, ver LUCIANO ATHAYDE CHAVES, "As lacunas no Direito Processual do Trabalho", in Direito Processual do Trabalho: reforma e efetividade, org. Luciano Athayde Chaves, São Paulo, LTr, 2007, p. 52-96.



como, por exemplo, nos Juizados Especiais Federais, que se destinam à proteção de direitos tão relevantes quanto os que emergem da relação de emprego, <sup>155</sup> pelo que não tem estatura jurídica para se sobrepor à garantia do "procedimento" contida no princípio do devido processo legal.

6. O art. 15 do novo Código de Processo Civil: a aplicação "subsidiária" e "supletiva" do processo civil ao processo do trabalho.

Decerto com o propósito de reforçar a segurança jurídica na relação entre o processo civil e os processos especiais, em particular com o processo do trabalho, <sup>156</sup> o artigo 15 do novo Código de Processo Civil fixou que "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".

À partida, não há contradição dessa norma com o artigo 769 da Consolidação, o que exclui a hipótese de revogação. O artigo 15 do novo Código dispõe sobre a aplicação do processo civil aos *processos especiais* – isto é, "processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos" -, sem se referir exclusivamente ao processo do trabalho. Daí que possui a natureza de "lei geral", que, em virtude do atributo de generalidade, não revoga a "lei especial" anterior, conforme resulta do disposto no parágrafo 2º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. <sup>157</sup>

Se não houve revogação integral, cumpre indagar se houve revogação parcial do artigo 769. Por esse ângulo, a comparação entre as normas mostra coincidência quanto ao critério de *omissão* - "Nos casos omissos..." (CLT, art. 769) e "Na ausência de normas que regulem processos..." (NCPC, art. 15) -, sendo que as diferenças surgem em relação: *i)* à *forma de aplicação do processo civil* - a Consolidação menciona somente a aplicação "subsidiária", ao passo que o novo Código de Processo Civil acrescenta a hipótese de aplicação "supletiva" -, e *ii)* à *exigência de "compatibilidade"* - o novo Código nada dispõe a respeito, enquanto que a Consolidação condiciona a aplicação do processo civil à "compatibilidade" com o processo do trabalho ("... exceto naquilo que for incompatível com as normas deste Título").

155. Assim os benefícios previdenciários e a remuneração de servidores públicos. A propósito, ver a Lei  $n^{o}$  10.259, de 12 de julho de 2001.

156. Cf. PAULO CESAR PINHEIRO CARNEIRO, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, coordenado por Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 94.

157. "Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali' ('a lei geral posterior não derroga a lei especial anterior') é máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento da norma ampla causar, por si só, a queda da autoridade da prescrição especial vigente... Em princípio não se presume que a lei geral revogue a especial; é mister que esse intuito decorra claramente do contexto. Incumbe, entretanto, ao intérprete verificar se a norma recente eliminou só a antiga regra gera, ou também as exceções respectivas" (Cf. CARLOS MAXIMILIANO, in Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 360).

A propósito da "compatibilidade", o silêncio do artigo 15 é irrelevante. Como tem a natureza de "regra geral", a norma do novo Código cede passo à "regra especial" do artigo 769 da Consolidação, que subordina a aplicação do processo comum à "compatibilidade" com o processo do trabalho. 158 Nem poderia ser diferente. Se o requisito da "compatibilidade" fosse desnecessário, estaríamos diante da revogação integral não apenas do artigo 769, mas de todo o processo do trabalho, o que evidentemente não é o caso.

Segue-se que a alteração trazida pelo artigo 15 do novo Código resume-se ao acréscimo do vocábulo "supletivo" a par da tradicional fórmula de aplicação "subsidiária". Tomando-se em consideração o cunho vernáculo das palavras, até seria possível defender uma sinonímia. 159 À objeção de que a lei não contém palavras inúteis, valeria lembrar que o preceito não é absoluto. 160 O próprio Código de 1973 tem exemplos que o desmentem, mostrando que nem sempre as palavras podem ser interpretadas por seu valor de face. O artigo 268 diz que "O pedido deve ser certo ou determinado", embora a doutrina sempre tenha entendido a conjunção alternativa "ou" pela aditiva "e", que é exatamente o contrário do que está escrito. 161 Em outro trecho, o inciso VIII do artigo 485 dispõe que a sentença de mérito pode ser objeto de ação rescisória quando houver fundamento para invalidar a "desistência". Ocorre que a sentença que homologa a "desistência" não faz coisa julgada material, pelo que o vocábulo "desistência" sempre foi entendido como "renúncia", já que o texto inspirou-se no Código de Processo Civil de Portugal, em que "desistência da instância" correspondia à nossa "renúncia". 162 Ainda no campo da ação rescisória, a hipótese do inciso IX do artigo 485 – "[sentença de mérito] fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa" – apenas adquire sentido

158. Cf. NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código de processo civil comentado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 232.

159. Nesse sentido, o significado jurídico de "subsidiário" apontado por DE PLÁCIDO E SILVA: "Do latim *subsidiarius* (que é de reserva, que é de reforço), na linguagem vulgar designa o que vem *em segundo lugar*, isto é, é *secundário*, *auxiliar*, ou *supletivo* (grifei). Nesta razão, o que se mostra *subsidiário*, como secundário, revela, ou pressupõe, o *principal*, a que vem, conforme as circunstâncias, *auxiliar*, *apoiar*, ou *reforçar*" (Cf. *Vocabulário jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, IV, p. 278).

160. Cf. CARLOS MAXIMILIANO, in Hermenêutica e Aplicação do Direito, cit., p. 251.

161. "A certeza e a determinação não são sinônimos, nem requisitos alternativos. A partícula 'ou', dessa forma, deve ser entendida como 'e', de tal modo que todo pedido seja sempre 'certo e determinado" (Cf. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Curso de direito processual civil, I, 1985, p. 387).

162. Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, V, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 167.



razoável quando a palavra "resultante" é substituída pela expressão "que transparece", que corresponde à tradução mais adequada do verbo "risultare" contido no texto inspirado no Código de Processo Civil da Itália: "errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa". 163

De outra parte, é sabido que a interpretação sistemática sobrepõe-se à interpretação gramatical em termos de eficiência para apurar o exato sentido da norma. Como explica EROS GRAU, não se interpreta o direito "em tiras", "aos pedaços", mas no seu todo. "Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum". <sup>164</sup> Entretanto, mesmo com o auxílio desse método, a comparação da letra do artigo 15 com outras disposições do novo Código que também empregam os vocábulos "supletivo" e "subsidiário" – artigos 196, 318, 326, além do parágrafo único do artigo 771 - mostra que não há uniformidade de sentido que elimine as dúvidas semânticas e permita aportar num significado inequívoco para esses dois termos.

Apesar dos sinais de uma possível sinonímia, é aconselhável seguir a lição da Hermenêutica clássica. Como ensina CARLOS MAXIMILIANO, "na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último". 165 Adotado esse caminho, convém começar pelas explicações do legislador. Em emenda ao artigo 15, o Deputado REINALDO AZAMBUJA justificou a distinção entre "supletivo" e "subsidiário". Argumentou que, com frequência, os termos tem sido usados como sinônimos, quando, na verdade, não o são. Segundo o parlamentar, a aplicação subsidiária visa aplicação do processo civil de modo a preencher as lacunas dos processos especiais, enquanto que a aplicação supletiva ocorre quando uma lei complementa a outra. 166

Alinhada com esse entendimento, embora focada no campo dos negócios jurídicos privados, aponta-se a doutrina de JOSÉ TAVARES BORBA, para quem a aplicação subsidiária

163. *Idem*, pp. 171-172.

164. Cf. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 40.

165. "Se de um trecho não se colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta, inclinase para o que decorre do emprego de outros recursos aptos da a dar o verdadeiro alcance da norma. Bem avisados, os norte-americanos formulam a regra de Hermenêutica nestes termos: 'deve-se atribuir, quando for possível, algum efeito a toda palavra, cláusula ou sentença'. Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra, supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo de seus autores. Todavia é possível e não muito raro, suceder o contrário; e na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último. Quando, porém, o texto é preciso, claro o sentido e o inverso se não deduz, indiscutivelmente de outros elementos de Hermenêutica, seria um erro postergar expressões, anular palavras ou frases, a fim de tornar um dispositivo aplicável a determinada espécie jurídica (Cf. Hermenêutica e Aplicação do Direito, cit., p. 251).

166. http://www.camara.gov.br/sileg/integras/922280, acesso em 15 de março de 2015 significa a integração da legislação para preencher as lacunas com preceitos imperativos, ao passo que a *aplicação supletiva* destina-se a incidir naquelas hipóteses dispositivas em que o contrato poderia ter regulado a matéria. <sup>167</sup>

No plano do Direito Processual, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO sublinha que "existe uma diferença entre aplicação supletiva e aplicação subsidiária. A primeira se destina a suprir algo que não existe em uma determinada legislação, enquanto a segunda serve de ajuda ou de subsídio para a interpretação de alguma norma ou mesmo um instituto". Acrescenta que, "na prática, tem-se confundido a etimologia destas palavras, aplicando, uma ou outra, nos dois sentidos", como mostra a regra do artigo 769 da Consolidação. 168

O confronto dessas notas com a jurisprudência dos tribunais do trabalho permite uma primeira aproximação ao sentido do artigo 15 do novo Código. Vimos que o processo civil tem aplicação ao processo do trabalho em duas situações: i) quando há um imperativo jurídico de integração destinado à superação de uma "lacuna" e ii) quando está em causa um juízo de conveniência voltado ao aprimoramento do processo do trabalho perante os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal.

A primeira hipótese visa à integração de "lacuna" em matérias essenciais ao exercício da jurisdição, como o regime de coisa julgada, em que a aplicação do processo civil sempre foi obrigatória. Na segunda, embora não haja "lacuna", a aplicação do processo civil passa a ser obrigatória se existir compatibilidade com a lógica formal dos procedimentos do processo do trabalho, o que exclui o escrutínio de compatibilidade com "objetivos" ou "princípios" do processo do trabalho.

A prestigiar o sentido como o vocábulo é empregado na jurisprudência dos tribunais do trabalho, podemos avançar que haverá "aplicação subsidiária" quando estiver em causa um imperativo jurídico de integração, ao passo que haverá "aplicação supletiva" quando, suposta a compatibilidade com a lógica formal dos procedimentos, estiver presente um juízo de conveniência voltado ao aprimoramento do processo do trabalho à luz da Constituição e em conformidade com a pauta de valores estabelecida pelo novo Código de Processo Civil. 169

7. Segue: vantagens e aplicações da distinção trazida pelo artigo 15 do novo Código de Processo Civil.

Ainda que o artigo 15 do novo Código não signifique uma novidade na forma como a jurisprudência admite a aplicação do processo comum ao processo do trabalho, visto que o sentido de "supletivo" já está abrangido na maneira ampla

167. Cf. *Direito societário*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 121-123.

168. Cf. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil, cit., p. 94.

169. Ainda que com outra terminologia, parece ser a conclusão de *CÉLIO HORST WALDRAFF:* "No caso de subsidiariedade, há lacuna completa; no caso de supletividade, a lacuna é parcial" (Cf. "A aplicação supletiva e subsidiária do novo CPC ao processo do trabalho", in *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, n. 39, cit., p. 88).



como se interpreta a aplicação "subsidiária", é inegável que a inovação, para além de seu sentido prescritivo, exprime valiosa forma de sistematização de um antigo costume na Justiça do Trabalho.

Ao explicitar a exigência de aplicação do processo civil tanto em caso de *necessidade* de integração da lacuna como em caso de *conveniência* para o aprimoramento do processo do trabalho, diferença sobre a qual não se tinha clara consciência, apesar de comum no cotidiano forense, será possível aportar em aplicação mais criteriosa do processo civil, o que vai ao encontro do princípio da segurança jurídica.

Nesse esforço de busca por precisão conceitual – "medese o grau de desenvolvimento de uma ciência pelo refinamento maior ou menor de seu vocabulário específico" -, <sup>170</sup> é possível dizer que a "aplicação supletiva" envolve aqueles casos em que, apesar de não existir propriamente uma "lacuna", que é o que justifica a "aplicação subsidiária", também não se configura o "silêncio eloquente". Embora nessas situações o processo do trabalho mostre-se operacional mesmo sem a aplicação do processo comum, como ilustram as já mencionadas hipóteses da reconvenção e da denunciação da lide, por opção do legislador do Código de 2015 configura-se a "omissão" que, em nome de um dado juízo de aprimoramento dos processos especiais, torna obrigatória a aplicação do processo civil.

Em contrapartida a essa abertura ao processo civil, do imperativo de segurança jurídica veiculado pelo novo Código decorre a exigência de "compatibilidade" com a lógica formal do procedimento do processo do trabalho, o que exclui a *aplicação* ou o *afastamento* do processo civil por parâmetros subjetivos e de duvidosa cientificidade como "princípios informadores" ou "objetivos institucionais" do processo do trabalho.

Por isso, para o bem e para o mal, descarta-se qualquer hipótese de "aplicação supletiva" do processo civil quando não existir "compatibilidade" com a lógica formal dos procedimentos do processo do trabalho. Assim, não se aplica ao processo do trabalho a norma contida no artigo 219 do novo Código, que fixou a contagem de prazos apenas em dias úteis, uma vez que conflita com o critério do artigo 775 da Consolidação. <sup>171</sup> Também não tem aplicação o artigo 459 do novo Código de Processo Civil, que permite aos advogados formular as perguntas diretamente às testemunhas, já que o artigo 820

170. "Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados sem inclusão em uma estrutura adequada, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem e as palavras se usem sem grande precisão técnica. Em direito também é assim. À medida que a ciência jurídica se aperfeiçoa, também o vocabulário do jurista vais sentindo os reflexos dessa evolução, tornando-se mais minucioso e apurado" (Cf. CANDIDO RANGEL DINAMARCO, "Vocabulário de direito processual", in Fundamentos do processo civil moderno, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 136-137).

171. Em sentido contrário: PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 95.

da Consolidação tem disposição diferente sobre a matéria. 172

Por igualdade de motivos, não subsiste justificativa para aplicação da multa prevista no parágrafo 1º do artigo 523 do novo Código, que corresponde ao antigo artigo 475-J do Código de Processo Civil. Em que pese eventual conveniência para a efetividade da execução, não há compatibilidade lógico-formal com o procedimento que a Consolidação estabeleceu para a fase de execução no processo do trabalho. 173

De outro lado, há temas estruturantes do sistema processual que, situados no plano do "modelo constitucional de processo", afetarão o processo do trabalho por meio da *aplicação subsidiária* ou, no limite, por *aplicação supletiva* do processo civil. Nesse sentido, a força atribuída à garantia do contraditório, que se irradia por todo o sistema processual como expressão do princípio do devido processo legal. <sup>174</sup>

Ao proibir a chamada "decisão-surpresa", aquela proferida sem que as *partes* tenham a prévia oportunidade de se manifestar, <sup>175</sup> a norma do artigo 10 do novo Código assegura também aos *terceiros* a oportunidade de manifestação antes de eventual decisão que possa vir a afetá-los, o que, no fundo, nada mais é do que efetivação do princípio do devido processo legal, pelo qual, por definição, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem oportunidade de participar da formação da convicção de um juiz independente e imparcial.

Nessa linha de valorização do contraditório, tem particular importância para o processo do trabalho a regra contida no artigo 18 do novo Código que, com pequena diferença de linguagem, praticamente reproduz a regra de legitimação do velho artigo 6º do Código de 1973 - "Ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado *pelo ordenamento jurídico*" - mas acrescenta, no parágrafo único, que, "Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial".

O objetivo da novidade é assegurar o contraditório ao terceiro que, embora não seja sujeito do processo, é sujeito da relação jurídica controvertida. <sup>176</sup> Como a garantia do contra-

174. Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Novo Código de Processo Civil anotado*, cit., pp. 46-48.

175. *Idem*, p. 47.

176. Conforme a lição de ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, que reproduz o entendimento uniforme da doutrina, o conceito de *terceiro* é obtido



<sup>172. &</sup>quot;Art. 820. As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos juízes classistas, seus representantes ou advogados".

<sup>173.</sup> Sobre a incompatibilidade da aplicação de regra com a estrutura lógico-formal do procedimento de execução do processo do trabalho, ver, por todos, ESTÊVÃO MALLET, "O processo do trabalho e as recentes modificações do Código de Processo Civil", Revista LTr, vol. 70/6, 2006, p. 670. No mesmo sentido, a Súmula n. 31 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região: "Multa do art. 475-J do Código de Processo Civil. Inaplicabilidade ao processo do trabalho. A multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil não é aplicável ao Processo do Trabalho".

ditório exprime-se no binômio "ciência necessária + reação possível", é obrigatório que o titular da relação jurídica controvertida seja informado da instauração do processo ("ciência necessária") para que possa escolher um de três caminhos ("reação possível"): i) ignorar a comunicação e consentir com os resultados do processo sobre sua esfera jurídica, o que legitima a vinculação a um julgado negativo; ii) pedir a exclusão do processo, com o que não será beneficiado nem prejudicado pelo resultado do processo, ou iii) intervir como assistente litisconsorcial para exercer sua própria defesa no processo instaurado pelo substituto processual.

Em face do alcance da norma, é legítimo dizer que, com uma fórmula discreta, o novo Código adotou os mecanismos da "fair notice" ("ciência necessária") e do "right to opt out" ("reação possível") do regime da *class action* do direito norte -americano, <sup>177</sup> com o que se eliminam antigas dúvidas sobre a constitucionalidade da sujeição do substituído ao julgado negativo formado em processo para o qual não foi oficialmente comunicado. <sup>178</sup>

Sublinhe-se que a hipótese do parágrafo do artigo 18 diz respeito apenas e tão-somente à defesa de direitos individuais heterogêneos, assim definidos como aqueles em que as questões individuais a cada substituído prevalecem sobre as questões comuns a todos. <sup>179</sup> A regra não se aplica à substituição processual para a defesa de direitos individuais homogêneos, que não é regida pelo Código de Processo Civil, mas pelo "processo coletivo comum", cuja base é formada pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de

em contraposição ao conceito de parte, que, na conhecida definição de ENRICO TULLIO LIEBMAN, é o sujeito do contraditório instaurado perante o juiz (Cf. Manual de direito processual civil, trad. Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo, Forense, 1985, p. 89). "No plano do direito processual, o conceito de terceiro terá de ser encontrado por negação. Suposta uma relação jurídica processual pendente entre A, como autor, e B, como réu, apresentam-se como terceiros C, D, E etc., ou seja, todos os que não forem partes no processo pendente" (Cf. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, Intervenção de terceiros, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 49). Portanto, terceiro é aquele que não é parte no processo e parte é quem participa do contraditório instaurado perante o juiz, condição esta que o autor adquire por meio da demanda, o réu da *citação* e o terceiro da *intervenção*. Assinale-se que o conceito de parte é "puramente processual", uma vez que prescinde de qualquer cogitação no plano da legitimidade, isto é, da maneira como se desenvolveu eventual relação jurídica no plano do direito material (Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, II, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 276).

177. Cf. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, "Class action" e mandado de segurança coletivo, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 23-28.

178. Cf. EDUARDO TALAMINI, *A coisa julgada e sua revisão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pp. 113-114.

179. Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Da class action for damages à ação de classe brasileira", in Ação civil pública: 15 anos, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.

Defesa do Consumidor. 180

Em razão da inovação do parágrafo do artigo 18, doravante a petição inicial da demanda ajuizada por entidades sindicais para a defesa de direitos individuais heterogêneos deverá ser acompanhada pela relação dos substituídos, condição necessária para que possam ser *identificados* e *comunicados* da instauração do processo de forma a exercerem o direito ao contraditório da maneira como julgarem mais adequada. O mesmo raciocínio aplica-se à *ação de liquidação por artigos* da sentença genérica proferida na defesa de direitos individuais homogêneos, cujo objeto configura hipótese de direito individual heterogêneo. <sup>181</sup>

Outro efeito derivado do "modelo constitucional de processo" é o "Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica", cuja compatibilidade com o processo do trabalho é confirmada pela Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, que, em seu artigo 68, reproduz o mesmo cuidado com o contraditório e com a segurança jurídica contido no método agora delineado pelos artigos 133 a 137 do novo Código. 182

A diferença é que, na linha do Código de 1973, a norma do Tribunal Superior do Trabalho prevê o direito ao processo apenas após a decisão que declara a desconsideração, ao passo que agora a validade da decisão está sujeita ao prévio contraditório. Em uma palavra, o direito do sócio ao processo passa a preceder a ordem de pagamento, enquanto no regime anterior o direito ao processo – por meio de embargos à execução ou embargos de terceiro – sucedia à decisão de desconsideração e à ordem para garantia do juízo. 183

180. Cf. ELTON VENTURI, *Execução da tutela coletiva*, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 40-43.

181. Cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "As três figuras da liquidação de sentença", in Fundamentos do processo civil moderno, cit., p. 1255. Em linhas gerais, foi o que defendemos em "Questões atuais sobre a substituição processual", in Revista do Tribunal Superior do Trabalho, n. 74-3, 2008, pp. 93-104.

182. "Art. 68. Ao aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão fundamentada, cumpre ao juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências: I - determinar a reautuação do processo, a fim de fazer constar dos registros informatizados e da capa dos autos o nome da pessoa física que responderá pelo débito trabalhista; II - comunicar imediatamente ao setor responsável pela expedição de certidões no Judiciário do Trabalho a inclusão do sócio no pólo passivo da execução, para inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso; III - determinar a citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade (art. 596 do CPC) ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, discussão sobre a existência ou não da sua responsabilidade executiva secundária".

183. O artigo 591 do Código de 1973 estabelece o princípio pelo qual "O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições previstas em lei". Entretanto, com o propósito de prevenir atos de disposição capazes de desfalcar o patrimônio do devedor que impeçam a satisfação



O objetivo é assegurar ao sócio a oportunidade de interferir na formação do convencimento do juiz de modo a mostrar que não tem responsabilidade executiva e, assim, impedir uma incabível agressão ao seu patrimônio pessoal, o que pode suceder em inúmeras hipóteses, como a prescrição, o pagamento, a retirada da sociedade antes da formação da dívida, a novação que resulta da conciliação, exemplos de situações jurídicas que, salvo fraude, excluem a responsabilidade executiva secundária.

Na perspectiva de valorização do contraditório, é legítimo especular que, além de compatível com o processo do trabalho, a novidade se aplica a outras situações em que pessoas que não estão integradas ao processo possam ter seus patrimônios diretamente atingidos pela decisão judicial, como é o caso do *cônjuge*, da *sucessão de empregador* e do *grupo de empresas*, quando reconhecidos na fase de execução.

Por esse enfoque, não se justifica a recusa à aplicação do Incidente a pretexto de assegurar a "surpresa" do terceiro, mesmo que em nome da ampliação da probabilidade de afetar patrimônio à execução. Em sintonia com o artigo 10 do Código de 2015, o objetivo da inovação é justamente evitar essa "surpresa" para quem não é sujeito do processo, em ordem a equacionar a efetividade da tutela jurisdicional com a segurança jurídica que deriva das garantias do devido processo legal. 184

Está descartada a possibilidade de instauração do Incidente por iniciativa do juiz. A regra do artigo 765 da Consolidação restringe-se ao impulso oficial. 185 Não prevalece sobre o pos-

coativa da obrigação, o Código prevê exceções ao princípio em seus artigos 592 e 593. É a "responsabilidade executiva secundária", em que o patrimônio de terceiro, cujo nome não figura do título, pode responder para a satisfação da obrigação sem que seja necessária prévia condenação. É uma hipótese de "extensão subjetiva da eficácia do título executivo", que se justifica pela proximidade que o terceiro mantém com a relação jurídica litigiosa. Essa técnica não conflita com o princípio do *devido processo legal*, segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o direito a um "processo justo". Apenas se opera uma inversão. Embora a apreensão de bens seja anterior ao contraditório, o responsável sempre pode proteger seu patrimônio através das ações de embargos à execução ou de terceiro, conforme a hipótese, obtendo, caso tenha razão, provimento destinado a desconstituir o título ou afastar sua responsabilidade (Cf. ARAKEN DE ASSIS, *Manual da execução*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, pp. 198-205).

184. "A norma [art. 10] exige que as *partes* sejam ouvidas previamente. É possível interpretar a palavra mais amplamente para se referir aos terceiros, assim entendido também o Ministério Público quando atuante na qualidade de fiscal da ordem jurídica? A resposta só pode ser *positiva* porque, a insistência nunca será demasiada, o contraditório deriva diretamente do 'modelo constitucional do direito processual civil', sendo mera expressão redacional sua a contida no dispositivo anotado" (Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, *Novo Código de Processo Civil anotado*, cit., p. 48).

185. Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

tulado de iniciativa de parte, abrigado no princípio do acesso à justiça e reproduzido no artigo 133 do Código de 2015. 

186 A finalidade da legitimação do credor é justamente excluir a iniciativa oficial para o fim de reforçar a *imparcialidade* do julgamento, elemento essencial para concretizar o direito ao "processo justo", que estaria ameaçado se o mesmo sujeito que instaura o incidente pudesse também julgá-lo.

Não é demais lembrar que o processo é um método dialético de debate que envolve três personagens: *juiz*, *autor* e réu. Sem essa dialética, não existe processo no sentido *democrático* da expressão. Com a instauração do Incidente por iniciativa oficial, os litigantes, em vez de participar da formação da convicção de um juiz imparcial, seriam reduzidos à condição de figurantes de um espetáculo em que o julgamento não é a síntese do embate de vontades contrapostas, como acontece no *processo de partes ou de ação*, mas o corolário do arbítrio solitário de uma única vontade, que encena o processo como um artifício formal destinado a oferecer uma ilusória justificação retrospectiva de uma decisão já tomada *a priori*. <sup>187</sup>

De todo modo, não se exclui a necessidade de adaptações de maneira a respeitar as especificidades dos procedimentos do processo do trabalho, como faz sugerir a Instrução Normativa n. 27 do Tribunal Superior do Trabalho, editada em semelhante momento de transição com o objetivo de esclarecer as regras procedimentais a que deveriam se submeter os processos que foram deslocados da competência da Justiça Comum para a da Justiça do Trabalho por força da Emenda n. 45.

As dúvidas envolvem matérias sensíveis, como, por exemplo, o prazo para resposta do réu, que no regime do processo do trabalho é de cinco dias (CLT, art. 841, "in fine"), <sup>188</sup> em vez dos 15 dias previstos no artigo 135 do novo Código. <sup>189</sup> Outro ponto que justifica reflexão é a previsão de imediata impugnação da decisão que acolhe a desconsideração (NCPC, art. 136), <sup>190</sup> o que contraria a regra de irrecorribilidade imediata

186. **Art. 133.** O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

187. Cf. NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, "Liberalismo y autoritarismo en el processo", in Estudios de teoría general e historia del processo, II, México, UNAM, 1992, pp. 245-292; PIERO CALAMANDREI, Processo e democrazia, in Opere Giuridiche, I, Napoli, Morano Editore, 1965, pp. 678-689.

188. Art. 841 - Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.

189. **Art. 135.** Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

190. Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.



das decisões interlocutórias em incidentes do processo do trabalho (CLT, art. 893, § 1º).  $^{\rm 191}$ 

Nesse quadro, é razoável defender que o prazo para resposta seja de cinco dias e que a decisão que admite a desconsideração não possa ser impugnada de imediato, o que permitirá ordenar ao sócio o imediato pagamento ou a garantia da execução, na forma do artigo 880 da Consolidação, relegando-se para após os embargos à execução a oportunidade para o recurso (CLT, art. 884, "caput"), assim como já sucede com o agravo de petição contra a sentença de liquidação. 192

# 8. Conclusão: o artigo 15 do novo Código de Processo Civil e a crise da autonomia do processo do trabalho

Assim como acontece em outros países, também entre nós a autonomia do processo do trabalho em relação ao processo civil está em crise, por um motivo sistemático e por um motivo axiológico. 193

Do ponto de vista sistemático, a "simplicidade" que impõe a aplicação subsidiária abrandou ao longo do tempo a fronteira com o processo civil, favorecendo uma aproximação pela qual o processo do trabalho vem se beneficiando da evolução do processo civil ao longo das últimas décadas.

Do ponto de vista *axiológico*, os atributos que diferenciavam o processo do trabalho foram gradativamente incorporados pelo processo civil, <sup>194</sup> resultado da tendência de "socialização" desencadeada pelo próprio processo do trabalho na primeira metade do *século XX*. <sup>195</sup>

Em decorrência dessa aproximação, é legítimo dizer que não se descortinam mais "eixos valorativos", "objetivos institucionais" ou "princípios informadores" que diferenciem o processo do trabalho do processo civil, que, cada vez mais, configura-se como um "processo especial" vinculado ao processo civil. <sup>196</sup>

Cumpre-se a previsão de RAMIRO PODETTI, que, no contexto das transformações que sucederam à Segunda Guerra, calculou que o processo civil e o processo do trabalho "marchavam para um futuro comum", <sup>197</sup> o que afinal se confirmou

pela conjugação de fatores como a crise do positivismo jurídico, os estudos constitucionais do processo e o movimento de acesso à justiça.

Agora, o artigo 15 do novo Código reforça a convergência do processo do trabalho para o "modelo constitucional de processo", o que exprime um ajuste no equilíbrio entre direitos de liberdade e direitos sociais, que, em essência, é a marca axiológica do Estado democrático de direito. 198

so comum, com levíssimas variações de intensidade e é de se esperar que assim suceda no futuro. Eu vejo nosso processo comum e nosso processo laboral, tão díspares no momento presente, marchando para um futuro comum, pela assimilação, por parte daquele das conquistas deste" (Cf. *Tratado del proceso laboral*, cit., p.107).

198. O Estado democrático conjuga o *individualismo*, no sentido filosófico, compreendido como a prioridade dos valores humanos, com o *universalismo*, pautado pela democracia. Na lição de FRANCISCO AMARAL, "Chega-se a uma posição de síntese, com o homem no centro e como destinatário da ordem jurídica. Não mais como indivíduo, mas como pessoa integrada no meio social, interessada na realização do bem comum, com a ajuda do Estado. E como valores fundamentais do direito, a segurança e a liberdade, expressão do individual, e a justiça, o bem comum e a igualdade, expressão do social. Não mais uma oposição sistemática entre a doutrina individualista e a doutrina do direito social, mas uma influência recíproca e concorrente" (Cf. FRANCISCO AMARAL, "Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos?", *in Revista de direito civil*, n. 71, 199, p. 75).

194. Idem, p. 30.

 $195.\,\mathrm{Cf.}$  ADA PELLEGRINI GRINOVER, "Processo trabalhista e processo comum", cit., pp. 124-125

196. Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, "Processo do trabalho: autonomia ou especialidade em relação ao processo civil", p. 31. 197. "Eu não creio na sua autonomia [do processo do trabalho], porque os princípios que o presidem poderão, também, aplicar-se ao proces-



<sup>191.</sup> Art. 893 - Das decisões são admissíveis os seguintes recursos: (...) §  $1^{\circ}$  - Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva.

<sup>192.</sup> Por todos, ver MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO, *Execução no processo do trabalho*, São Paulo, LTr, 2005, pp. 356-357.

<sup>193.</sup> Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, "Processo do trabalho: autonomia ou especialidade em relação ao processo civil", *in Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, VI, Lisboa, Almedina, 2012, pp. 21-31.

### **JURISPRUDÊNCIA**

### SENTENÇA

76º. VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO TERMO DE AUDIÊNCIA Processo no. 00021863420105020076

Aos dezesseis dias do mês de dezembro do ano de dois mil e onze, as 16:00h, na sala de audiências desta Vara, sob a Presidência do MM. Juiz do Trabalho, **Dr. HELCIO LUIZ ADORNO JÚNIOR**, foram apregoados os litigantes ALBERTO GAIDYS JUNIOR, BTG PACTUAL WM GESTÃO DE RECURSOS LTDA e UBS AG. Ausentes as partes, restou prejudicada a conciliação. Submetido o processo a julgamento, foi proferida a seguinte

#### SENTENÇA

ALBERTO GAIDYS JUNIOR propõe em face de BTG PACTUAL WM GESTÃO DE RECURSOS LTDA e de UBS AG, a presente reclamação, postulando, com os aditamentos de fls. 40/44 e às fls. 56/62, a condenação das reclamadas ao pagamento de bônus de retenção e reflexos, a declaração de nulidade de alteração de datas de opções de compras de ações, o ressarcimento de valores descontados para a aquisição de ações, multa do artigo 477, § 8º., da CLT e honorários de advogado, atribuindo à causa do valor de R\$ 25.000,00. Em defesa, a primeira reclamada suscita, preliminarmente, compromisso arbitral, ilegitimidade passiva, inépcia da inicial e falta de interesse de agir; argúi prescrição total e parcial, requerendo a desconsideração dos aditamentos à inicial; no mérito, sustenta que não estão preenchidos os requisitos de norma interna para o recebimento do bônus de retenção, que esse título não tem natureza salarial por ser prêmio e que havia mera expectativa de direito à compra de ações, rompida com a extinção do contrato de trabalho. A segunda reclamada invoca ilegitimidade de parte e prescrição total e parcial, aduzindo que os valores pleiteados são indevidos. Foram ouvidos o reclamante, a segunda reclamada e uma testemunha, após o que se encerrou a instrução processual e se designou o julgamento. Vieram aos autos a réplica (fls. 364/370) e os memoriais de razões finais de fls. 371/377 e 378/381.

É o relatório. DECIDE-SE

### INÉPCIA DA INICIAL

Rejeita-se a preliminar de inépcia suscitada pela primeira reclamada, porque a petição inicial reúne os requisitos exigidos pelo artigo 840 da CLT. Contém breve exposição dos fatos e os pedidos, de maneira a permitir o exercício do direito de defesa, o que de fato foi feito sem qualquer dificuldade de compreensão da demanda.

### CARÊNCIA DE AÇÃO

O reclamante não é carecedor de ação, pois estão presentes as condições para o exercício do direito de acesso ao Judiciário. As partes são legítimas, há interesse de agir e os pedidos são possíveis. As matérias debatidas em preliminares pelas reclamadas confundem-se com o mérito dos pedidos e somente com podem ser dirimidas. Afastam-se.

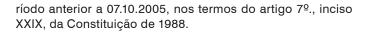
#### **COMPROMISSO ARBITRAL**

A indisponibilidade dos direitos trabalhistas e a hipossuficiência do trabalhador são os motivos que têm impedido o reconhecimento da validade da cláusula arbitral no contrato de trabalho. Não é essa, porém, a situação materializada neste feito. O reclamante tem notável formação acadêmica e exercia a função de alto executivo da reclamada, para a qual auferia expressivos vencimentos, como ficou incontroverso. Não pode ser entendido, diante deste quadro, que foi implicitamente coagido a aceitar os termos do contrato de gratificação (documento 53 do primeiro volume em apenso), pois detinha todas as condições para negociar livremente sua contratação. Esse contrato previa o pagamento de bonificação ao reclamante para a hipótese de não se desligar voluntariamente do emprego, exigindo, ainda, a abstenção da prática de atos de concorrência comercial. O bônus em questão é, por evidência, prêmio que se destina a incentivar a permanência de profissionais altamente qualificados no emprego, fugindo do padrão dos títulos de natureza traba-Ihista. Aplica-se ao caso concreto, assim, o artigo 104 do Código Civil, pois o reclamante aceitou livremente os termos do "plano de retenção" que lhe foram oferecidos. Os agentes deste ato jurídico são capazes, o objeto é lícito e a forma não é defesa em lei, o que valida os termos da contratação. Se o ajuste é válido, o mesmo efeito deve ser reconhecido à cláusula que estipulou a obrigatoriedade de se submeter a solução de eventual litígio à câmara de arbitragem do Rio de Janeiro. A eleição da arbitragem como meio de solução de eventual conflito, feita pelas partes no ato da contratação, é válida. Ficam, portanto, extintos sem resolução do mérito os pedidos de letras "a" e "b" da peça inicial, nos termos do artigo 267, incisos IV e VII, do CPC, diante da presença de pressuposto processual negativo a impedir a válida instauração do processo.

### PRESCRIÇÃO TOTAL E PARCIAL

Quanto ao requerimento de aplicação da prescrição total do direito de ação, assiste razão às reclamadas. A interrupção da contagem do prazo de prescrição ocorreria somente em relação aos pedidos que já haviam sido formulados na petição inicial (Súmula 218 do C. Tribunal Superior do Trabalho). O reclamante inovou em seus aditamentos de fls. 40/44 e 56/62, que foram apresentados, respectivamente, em 13.11.2010 e 15.08.2011. Incluiu, no rol de pedidos, a multa do artigo 477, § 8º., da CLT e a indenização por prejuízos decorrentes de suposta desvalorização de ações. Não observou o biênio legal, pois a dispensa ocorreu em 13.10.2008, pelo que se declara a prescrição dos pedidos que apresentou nos aditamentos à peça inicial, os quais ficam extintos com resolução do mérito, nos termos do artigo 269, IV, do CPC. Estão igualmente prescritos os títulos referentes ao pe-





# AÇÕES: OPÇÕES DE COMPRA E RESSARCIMENTO

O reclamante aduz que adquiriu ações nos anos de 2005, 2006, 2007 e 2008 e que o prazo originalmente estipulado para a opção pela compra de novas ações, que era de dez anos, teria sido reduzido unilateralmente pela reclamada. Sustenta, ainda, que os valores destinados à compra de ações de 2008 foram compulsoriamente retidos do montante a que tinha direito pela participação nos lucros e resultados da reclamada. A Súmula 294 do C. Tribunal Superior do Trabalho deve ser interpretada à luz do artigo 7º., inciso XIX, da Constituição de 1988, não se aplicando ao caso concreto. Não está materializada a prescrição total do direito de ação suscitada em defesa, considerada a data da alegada alteração do pactuado. No mérito, entretanto, não assiste razão ao reclamante. Os planos de participação acionária que foram juntados aos autos (documentos 54, 64, 66, 95 e 103 do primeiro volume de documentos) já previam a possibilidade de redução dos prazos de opção de compra de novas ações para as hipóteses de mudança no controle acionário. Foi o que ocorreu em 2009, com a redução desse prazo de dez para seis anos, quando houve a sucessão entre as co -rés. Além dessa expressa previsão contratual a legitimar a alteração do prazo de opção de compra de ações, deve ser considerado que o reclamante atuou no mesmo ramo das reclamadas após sua dispensa em empresa na qual já figurava como sócio de sua esposa durante o contrato de trabalho, como confessou ao confirmar a realidade que já se extraia da prova documental apresentada com a defesa. Segundo as normas regulamentares internas que tratam da opção de compra de ações, o direito encerra-se com a situação de concorrência, condição contratual esta que não está eivada de nulidade. Deste modo, não há nulidade de alteração contratual a ser declarada quanto ao prazo para a opção de compra de novas ações. Por fim, resta por ser apreciado o pedido de ressarcimento de valores retidos para a aquisição de ações. O regulamento de participação acionária, com o qual o reclamante anuiu, deixa clara a autorização pelos interessados para a retenção de valores relativos a participação nos lucros e resultados como forma de pagamento na compra de ações. O reclamante esclareceu, ainda, que tinha plena liberdade para negociá-las livremente no mercado de ações, o que de fato reconheceu que fez, e que a identificação do melhor momento para tanto estava relacionada à função que exercia. Já havia esclarecido, ainda, que as ações que adquiria por ambos os planos existentes na reclamada tinham os mesmos significados e importância junto ao mercado. Não procedem, assim, os pedidos de letras "c" e "d" da peça inicial.

Pelo exposto, a 76ª. Vara do Trabalho de São Paulo declara extintos sem resolução do mérito os pedidos de letras "a" e "b" da peça inicial (artigo 267, IV e VII, do CPC), extintos com resolução do mérito os pedidos referentes ao período anterior a 07.10.2005 e os que foram apresentados nos aditamentos de fls. 40/44 e 56/62 (artigo 269, IV, do CPC), e julga **IMPRO-**

CEDENTE a reclamação que ALBERTO GAIDYS JUNIOR propõe em face de BTG PACTUAL WM GESTÃO DE RECURSOS LTDA e de UBS AG, para absolver as reclamadas dos demais pedidos formulados na petição inicial. Fica prejudicada a apreciação do pedido de honorários de advogado, diante do resultado da demanda. Custas pelo reclamante, calculadas sobre o valor de R\$ 25.000,00, atribuído à causa na peça inicial, no importe de R\$ 500,00, a serem recolhidas em cinco dias, sob pena de execução. Intimem-se as partes.

HELCIO LUIZ ADORNO JÚNIOR

Juiz do Trabalho







# **SENTENÇA**

PROCESSO N. 0000874-78.2013.5.02.0444

RITO: Ordinário

**RECLAMANTE: Lúcia Mara Batista Malta** 

RECLAMADA: Tivit Terceirização de Processos, Servi-

ços e Tecnologia S.A.

DATA: 20.02.2014 (5º feira). HORA: 08h00 JUIZ DO TRABALHO: Igor Cardoso Garcia

Na data e no horário acima assinalados determinei a abertura da presente sessão, com vistas à prolação da seguinte sentença:

# I - RELATÓRIO.

A reclamante ajuizou ação trabalhista em face da reclamada deduzindo as pretensões descritas nas fls. 24-27. Juntou documentos. A reclamada apresentou contestação escrita, conforme fls. 142-168, resistindo aos pleitos da exordial. Juntou documentos. Foi realizado o interrogatório das partes, a oitiva de quatro testemunhas e encerrada a instrução processual (fls. 137-139). Em razões finais os litigantes mantiveram suas posições antagônicas, restando frustradas as propostas conciliatórias. É o relatório.

# II - FUNDAMENTAÇÃO.

#### a) Horas extras.

A reclamante alega que as horas extras não eram computadas corretamente e, como consequência, não eram devidamente pagas, o que ora requer. A ré nega a acusação.

Analiso.

Os controles de ponto não eram assinados pela autora (fls. 198-220), tendo sido produzidos unilateralmente, sem qualquer participação do trabalhador, o que os torna imprestáveis como meio de prova.

Ora, por qual motivo o trabalhador não pode assinar os espelhos de ponto que lhe são entregues, como forma de fiscalizar se os horários registrados são os reais e avalizar o que ali se encontra registrado? O único motivo parece ser o de alterar os horários registrados, afinal, não há razão para a não assinatura do trabalhador.

Assim, incumbe à ré a prova de que a jornada de trabalho da autora difere da alegada em petição inicial. Todavia, não produziu a ré qualquer prova nesse sentido.

Aliás, o seguro depoimento prestado pela 1ª testemunha ouvida foi no sentido da realização de constante sobrejornada, em quatro ou cinco dias na semana, totalizando de 08 a 20 horas extras. E nessas ocasiões a autora deveria ter intervalo de pelo menos uma hora, pois superada a jornada de seis horas. Porém, tal jornada não consta dos "controles de ponto".

Nesse contexto, concluo que a autora faz jus a 25 horas extras semanais, equivalentes a 108,25 horas extras mensais (utilizado o multiplicador 4,33 – quantidade média de semanas num mês), além de dez horas mensais em dobro, equivalentes aos domingos e feriados laborados.

Destarte, julgo procedente o pedido de 108,25 (cento e oito vírgula vinte e cinco) horas extras por mês trabalhado,

exceto férias e meses de afastamento, com adicional de 50%, utilizado o divisor 180, e, em razão da habitualidade, reflexos em repousos semanais remunerados e, com estes, em aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e recolhimentos ao FGTS + 40%, com base no art. 7º, XIII, da Constituição Federal.

Julgo procedente o pedido de 10 (dez) horas extras por mês trabalhado em dobro, exceto férias e meses de afastamento, utilizado o divisor 180, e, em razão da habitualidade, reflexos em aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e recolhimentos ao FGTS + 40%, com base no art. 7º, XIII, da Constituição Federal e art. 9º da Lei 605/49.

Julgo improcedente o pedido de reflexos das horas em dobro em repousos semanais remunerados pela vedação do bis in idem.

Tais pedidos englobam a hora ficta noturna.

Não se há falar em compensação de horas, pois a sobrejornada era habitual, nos termos da Súmula 85, IV, do Eg. TST.

Fica autorizada a dedução dos valores comprovadamente pagos a idêntico título, de maneira global.

# b) Adicional noturno. Hora noturna reduzida.

O juízo considera que a metade das horas extras arbitradas foi prestada em período noturno, sem o devido adicional.

Assim, julgo procedente o pedido de adicional noturno à razão de 20% sobre as horas extras laboradas em período noturno (metade das arbitradas acima, inclusive em domingos e feriados), observado o divisor 180, exceto férias e meses de afastamento, e reflexos em repousos semanais remunerados e, com estes, em aviso prévio, férias + 1/3, 13º salários e recolhimentos ao FGTS + 40%, nos termos do art. 73, § 5º, da CLT e item II da Súmula 60 do Eg. TST.

O adicional noturno deve integrar a base de cálculo das horas extras noturnas, nos termos do art. 73 da CLT e da OJ 97 da SBDI-1 do Eg. TST.

A redução da hora noturna foi realizada no arbitramento das horas extras, pelo que não deve ser feita novamente.

Não se há falar em outras horas noturnas pagas sem o respectivo adicional, uma vez que não apontadas pela autora.

# c) Diferenças de recolhimentos ao FGTS + 40%.

A reclamante não juntou aos autos qualquer comprovante de que os recolhimentos ao FGTS não foram realizados na integralidade, bem como não apontou os meses em que isso supostamente ocorreu.

Assim, julgo improcedente o pedido de diferenças de recolhimentos ao FGTS + 40%.

No mais, o FGTS incidente sobre as demais parcelas consta nos respectivos tópicos.

# d) Vale-transporte.

A reclamada alega que pagou o vale-transporte pleiteado pela autora, contudo não apontou os documentos que isso comprovam e muito menos os valores pagos, não se desincumbindo, pois, de seu encargo probatório, a teor do disposto no art. 333, II, do CPC.

Assim, julgo procedente o pedido de indenização equivalente a R\$ 5,80 (cinco reais e oitenta centavos) por dia

trabalhado, arbitrados em seis por semana, nos meses de dezembro de 2012 e de janeiro a março de 2013.

#### e) Vale-refeição.

A reclamante sequer apontou qual a diferença existente entre o vale-refeição pago e o constante em CCT, pelo que concluo inexistir diferenças a seu favor.

Assim, julgo improcedente o pedido em referência.

# f) Reparação por danos morais.

O dano de índole moral decorre da ação ou omissão que ofenda os direitos da personalidade humana, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, valores esses protegidos no contexto social (art. 5, V e X da Constituição Federal e art. 11 do Código Civil). Para a existência da responsabilidade civil, necessária a existência de três requisitos: ato ilícito, dano e nexo entre um e outro (Código Civil, art. 186 e 187).

Vejamos se isso ocorreu no caso em análise.

A primeira testemunha ouvida, de maneira segura e, portanto, convincente, afirmou o seguinte:

"(...) que como faziam muitos atendimentos telefônicos tinham que beber bastante água e em razão disso tinham que ir ao banheiro com mais frequência; que a partir de cerca de 4 idas ao banheiro durante a jornada de trabalho a empresa passava a chamar a atenção dos trabalhadores; que a chamada de atenção era feita na frente de todos os empregados e constrangia os trabalhadores; que não havia uma conversa privativa ou questionamento sobre o motivo da ida, mas sim tudo feito na frente dos demais colegas de trabalho; que havia um gráfico constando a primeira pausa de 10 minutos, a segunda pausa de 20 minutos e a terceira pausa de 10 minutos; que quando o trabalhador ia ao banheiro em horário fora dessas pausa, a empresa descontaria essa ia ao banheiro do horário de intervalo; que isso ocorria com todos os trabalhadores; que havia um gráfico geral e o gráfico de cada um dos trabalhadores; que cada supervisor(a) controlava o gráfico dos trabalhadores de sua equipe; que é bastante comum os trabalhadores da ré sofrerem de infecção urinária; que a empresa fazia muitos descontos dos minutos gastos no banheiro e em razão disso os trabalhadores não bebiam água para não irem ao banheiro; que em razão disso acabavam contraindo infecção urinária; que a depoente já teve infecção urinária, assim como a reclamante; que nos períodos de horas extras o gráfico era aplicado da mesma forma; que havia muitas cobranças na ré com relação a atrasos, idas ao banheiro, produção; que saiu da empresa em razão do excesso de pressão psicológica; que às vezes o vale alimentação e transporte era concedido em quantidade inferior a necessidade do trabalhador e o valor do desconto era mantido o mesmo; que fazia de 70 a 90 atendimentos por dia; que quando o atendente atingia a meta havia comissão; que toda quinzena o espelho de ponto era entregue para conferência; que quando o trabalhador vai ao banheiro tem

que pausar o sistema, a fim de que não caia ligação em seu ponto de atendimento; que em razão disso o sistema demonstra para o supervisor(a) que determinado trabalhador está no banheiro possibilitando o controle por meio do gráfico; que quando teve infecção urinária foi orientada pelo médico a beber mais água e em razão disso teve de ir com mais frequência ao banheiro e por isso foi descontada; que soube da reclamante e de uma outra colega que teve infecção urinária; que saberia sobre infecção urinária de cinco pessoas que compunham sua equipe (...)" (grifos nossos)

Por sua vez, a segunda testemunha ouvida afirmou o sequinte:

"Que trabalhou na reclamada por 3 meses, de fevereiro a abril de 2012, na função de teleatendente; que havia um gráfico que aparecia na tela do operador e o supervisor(a) tinha acesso; que se o trabalhador excedesse no intervalo o computador seria bloqueado e apenas o supervisor(a) faria o desbloqueio; que quando o trabalhador vai ao banheiro antes do horário de intervalo o tempo gasto no banheiro é descontado do intervalo; que isso aparece na tela do operador pois o gráfico vai mudando de cor a indicar que o intervalo está sendo reduzido; que acontece do trabalhador ter horário descontadas em razão de exceder o intervalo estabelecido pela empresa; que o trabalhador podia ir apenas uma vez no banheiro fora dos intervalos; que se fosse ao banheiro mais de uma vez fora dos intervalos levaria uma advertência escrita; que não havia plano de metas, mas plano de trabalho em folgas; que atuava na mesma operação que a reclamante; que fazia 60 a 70 atendimentos por dia e se chovesse, mais de cem; que pediu para ser desligada da empresa em razão de muita bagunça no local, pois tinha muitas folgas trocadas" (grifos nossos)

A terceira testemunha ouvida, que tem o depoimento valorado de maneira diversa das duas primeiras testemunhas, eis que ocupante do cargo de supervisor, que possui certo grau de confiança perante o empregador, afirmou o seguinte:

"Que trabalha na reclamada há um ano e meio; que há um gráfico chamado detalhamento de pausas; que na verdade é uma ferramenta chamada WFM; que esta ferramenta controla o tempo de atendimento e pausas; que os trabalhadores possuem 10 minutos de pausa para descanso, 20 minutos de pausa para lanche e mais 10 minutos de pausa para descanso; que os horários das pausas são fixos, de acordo com escala de trabalho de cada trabalhador; que os trabalhadores de uma mesma equipe possuem vários horários de ingresso e saída; que além dessas pausas, há no sistema a opção de inserir a pausa banheiro, que é ilimitada; que quando o trabalhador usa a pausa banheiro a cor de seu gráfico vai sendo alterada; que a cor azul significa atendimento, verde disponível e amarelo que está no banheiro; que a cor fica amarela apenas enquanto o trabalhador está na sua pausa de banheiro; que a pausa banheiro não é descontada



dos 10 minutos de intervalo; que a depoente usa o gráfico para saber o número de pessoas em atendimento; que há metas; que as metas possuem dois indicadores: tempo médio de atendimento e qualidade do atendimento; que se a pessoa ficar muito tempo no banheiro o tempo médio de atendimento será reduzido; que há metas individuais e por equipe; que o supervisor(a) incentiva os trabalhadores a atingirem as metas" (grifos nossos)

No contexto, o juízo conclui o seguinte:

- (i) que a ré controla as idas ao banheiro por parte de seus empregados;
- (ii) que o controle é feito por meio de login no sistema de trabalho;
- (iii) que o sistema possui gráficos que demonstram ao supervisor quanto tempo o trabalhador fica no banheiro;
- (iv) que uma das metas existentes refere-se ao tempo em que o trabalhador fica logado no sistema;
- (v) que o tempo em que o trabalhador permanece no banheiro prejudica-lhe no atingimento de metas;
- (vi) que, premido pela necessidade de atingir metas, o trabalhador bebe menos água, a fim de que use com menos frequência o banheiro;
- (vii) que, por isso, as teleatendentes do gênero feminino sofrem com frequência de infecção urinária; e
- (viii) que, a fim de que o trabalhador e sua equipe atinjam as metas, os supervisores efetuam cobranças quando estes vão com frequência ao banheiro. Caso contrário, por que haveria gráfico indicador do tempo durante o qual o trabalhador está no banheiro? Por que a empresa possui sistema que controla, inclusive, o tempo em que o trabalhador fica no banheiro?

A ré obviamente poderia adotar indicador de metas não vinculado ao tempo durante o qual o trabalhador passa no banheiro, utilizando a quantidade e qualidade dos atendimentos que efetua, por exemplo.

Todavia, opta por utilizar indicador que fere de maneira indelével a dignidade humana, controlando – pasmem - o tempo durante o qual seus empregados passam no banheiro!

A simples adoção de critério de atingimento de metas equivalente ao menor tempo que o trabalhador passa no banheiro é algo que fere sua dignidade, pois não o respeita enquanto pessoa, tratando-o, em verdade, como mero insumo utilizado na produção de algo.

A ofensa agrava-se quando o supervisor realiza cobranças quanto ao tempo despendido pelo trabalhador no banheiro, na frente de seus colegas. Ora, o tempo gasto e o que cada um foi fazer no banheiro é algo íntimo, que diz respeito apenas à própria pessoa.

Saliento, por oportuno, que não há qualquer alegação e muito menos prova de que a autora abusasse das idas ao banheiro.

A situação é tão grave que os teleatendentes deixam de beber água para não ter de ir ao banheiro! Ora, pessoas que trabalham utilizando a voz – como os teleatendentes – necessitam ingerir líquido com frequência. E isso é algo óbvio.

Todavia, com receio de não atingirem as metas e medo de passarem por constrangimento público, os empregados da ré deixam de beber água para irem pouco ao banheiro.

Trata-se, enfim, de patente ofensa à honra da autora.

E mais, a ré foi condenada inúmeras vezes por este Egrégio Tribunal em razão da restrição das idas ao banheiro – seja de forma ostensiva, seja de maneira sutil, conforme os seguintes processos, os quais se encontram abaixo referidos.

Enfim, mesmo após diversas condenações, a ré continua praticando ato ilícito de maneira proposital, em menoscabo às decisões do Poder Judiciário.

Presentes, pois, o ato ilícito, aliás, vários ilícitos, o dano à honra e nexo entre um e outro.

No sentido da existência de ofensa aos direitos de personalidade do trabalhador em decorrência da restrição do uso de banheiro a emblemática ementa de acórdão oriundo do Eg. TST, da lavra do Eminente Ministro Mauricio Godinho Delgado:

"(...) USO DO BANHEIRO - DANO MORAL - DESRESPEITO AO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PES-SOA HUMANA. A conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural - o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito à indenização por danos moral e material encontra amparo nos arts. 186, 927 do Código Civil, c/c art. 5º, X, da CF, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88). Na hipótese, foi consignado pelo Tribunal Regional que houve ofensa à dignidade do Reclamante, configurada na situação fática de restrição ao uso do banheiro, em prol da produtividade. O empregador, ao adotar um sistema de fiscalização que engloba inclusive a ida e controle temporal dos empregados ao banheiro, ultrapassa os limites de atuação do seu poder diretivo para atingir a liberdade do trabalhador de satisfazer suas necessidades fisiológicas, afrontando normas de proteção à saúde e impondo-lhe uma situação degradante e vexatória. Essa política de disciplina interna revela uma opressão despropositada, autorizando a condenação no pagamento de indenização por danos morais. Ora, a higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna, que se agrega à genérica anterior (artigo 7º, XXVIII, da CF). Re-



cursos de revista não conhecidos, neste aspecto. (...)." (RR-580-39.2010.5.03.0109, Data de Julgamento: 30/04/2012, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2012) (grifos nossos)

Tendo em vista o acima exposto, conjugado com a capacidade econômica do ofensor (grande), bem como com o seu grau de culpa (grande), além do grau de ofensa à vítima (alto), fixo a reparação por danos morais em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Portanto, julgo procedente o pedido de reparação por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizados até a presente data, com base nos arts. 186, 421, 927 e 944 do Código Civil e no princípio da boa-fé contratual (aplicado em toda relação contratual, especialmente nos contratos de trabalho e consumo).

# g) Indenização punitiva. Punitive damages. Medida de desestímulo.

Conforme extraído pelo ilustre desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro André Gustavo Corrêa de Andrade do *Black's Law Dicitionary*, os *punitive damages* são definidos como "indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo" e constituem:

"uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos compensatory damages, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria." (grifo nosso)

A indenização punitiva possui a finalidade de dissuadir o agente ofensor da reiteração da prática do ato ilícito, quando a simples reparação do dano não é suficiente a tanto.

Isso geralmente ocorre quando "o custo da indenização é menor do que o custo de evitá-la; ou quando o proveito obtido com o ato danoso supera o prejuízo resultante da reparação do dano"<sup>200</sup>.

Hodiernamente, numa sociedade de massas, a responsabilidade civil deixou de preocupar-se apenas com a reparação do dano, preocupa-se também – e corretamente – com a prevenção de novos danos.

E a indenização punitiva possui tal função, pois, ao punir o ofensor, inibe a prática de novas condutas ilícitas.

E mais, a indenização punitiva elimina o lucro ilícito obtido pelo ofensor com a prática do ato ilícito, mantendo-se a con-

199. ANDRADE. André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva. Os Punitive Damages na Experiência do Commom Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. 2ª Edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, pág. 186.

200. ANDRADE. André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva. Os Punitive Damages na Experiência do Commom Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. 2ª Edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, pág. 229.

corrência entre as empresas em patamares leais e lícitos.

Segundo o mencionado desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade:

"Como já se expôs, há situações nas quais os direitos de personalidade não têm como ser efetivamente protegidos se não através da imposição de uma soma em dinheiro que constitua fator de coerção sobre o causador do dano e de terceiros. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que o ofensor obtém lucro com a atividade lesiva ou em que o responsável deixa de investir em mecanismos de controle e prevenção, em razão dos custos destes. É o que se dá, também, nos casos em que, a despeito de qualquer proveito econômico, o agente demonstre que a compensação ou reparação do dano constitui um preço que ele se encontra disposto a pagar pela prática do ato lesivo. Presentes situações fáticas desse tipo, a indenização punitiva, diferentemente da indenização meramente compensatória, revela-se um meio de proteção eficaz dos direitos da personalidade."<sup>201</sup>

Ainda, deve-se ressaltar que a obtenção de "lucro ilícito", em razão da prática deliberada de atos ilícitos, fere o próprio sistema capitalista sob o qual vivemos, pois gera concorrência desleal, prejudicando a sociedade como um todo.

E, nessa toada, aquele que não cumpre a Lei deve sofrer efetiva punição pelo ato ilícito, pois, se esta não existir, basta que ninguém a cumpra, pois, no futuro, se for descoberto – apenas se for descoberto -, o máximo que vai acontecer é ter de cumprir a Lei, inexistindo qualquer benefício ao cumpri-la espontaneamente.

O empresário que atua na legalidade, honrando com dificuldades seus compromissos, não verá benefício nenhum em assim agir, pois seu concorrente, que não respeita a lei, na eventualidade de ser descoberto, não sofre qualquer punição, mas apenas cumpre a lei extemporaneamente. Em assim sendo, deve a parte que descumpre a lei de maneira deliberada, lucrando indevidamente com isso, arcar com punição pedagógica.

Ainda segundo o desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade:

"Quando se impõe uma sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, está sendo assinalado para o ofensor em particular e para a sociedade em geral que aquela conduta é inaceitável, reprovável, intolerável e não se deve repetir. Toda pena, incluída a de multa, tem uma finalidade de prevenção: especial, quando visa a dissuadir o ofensor de persistir ou reincidir na prática de condutas ilícitas; geral, porque adverte toda a comunidade e os potenciais causadores de condutas dessa natureza"<sup>202</sup>. (grifo nosso)

<sup>202.</sup> ANDRADE. André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização



<sup>201.</sup> ANDRADE. André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva. Os Punitive Damages na Experiência do Commom Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. 2ª Edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, págs. 292-293.

A adoção dos *punitive damages* possui como principais as seguintes funções: punição, prevenção, eliminação do lucro ilícito, preservação da liberdade contratual, manutenção do equilíbrio nas relações de trabalho e defesa de contratantes que se encontram em posição de inferioridade.

No caso, a ré merece punição em razão de adotar prática ilícita – uso de idas ao banheiro como critério de (não) atingimento de metas -, a fim de que passe a não mais praticar essa conduta – o que já deveria ter feito, eis que foi condenada inúmeras vezes por restringir idas ao banheiro de seus empregados -, pois a prática lhe gera lucros ilícitos – o que é vedado no sistema capitalista adotado pela nação -, infringindo a liberdade contratual entre partes desiguais – eis que sujeita seus empregados a atos ilícitos -, gerando desequilíbrio nas relações de trabalho – o que é vedado, uma vez que as partes contratantes devem atuar nos limites de seus direitos, respeitando, sempre, a boa-fé.

Saliento, por oportuno, que a ré foi condenada por todas as Colendas Turmas deste Egrégio Tribunal em razão de restringir a ida de seus empregados ao banheiro, conforme os seguintes processos, além de vários outros:

- (i) 0000638-25.2011.5.02.0371, oriundo da Colenda 1ª Turma, com reparação fixada em R\$ 5.000,00;
- (ii) 0001752.33.2010.5.02.0371, oriundo da Colenda 2ª Turma, com reparação fixada em R\$ 3.000,00;
- (iii) 0000123-50.2012.5.02.0372, oriundo da Colenda 3ª Turma, com reparação fixada em R\$ 1.200,00;
- (iv) 0002323-61.2011.5.02.0373, oriundo da Colenda 4ª Turma, com reparação fixada em R\$ 14.300,00;
- (v) 0185200-07.2010.5.02.0016, oriundo da Colenda 5ª Turma, com reparação fixada em R\$ 8.000,00;
- (vi) 000187611.2013.5.02.0371, oriundo da Colenda 6ª Turma, com reparação fixada em R\$ 5.000,00;
- (vii) 0241100-54.2008.5.02.0077, oriundo da Colenda 7ª Turma, com reparação fixada em R\$ 5.000,00 (segundo valor arbitrado à condenação);
- (viii) 00698.2008.058.02.00-5, oriundo da Colenda 8ª Turma, com reparação fixada em R\$ 10.000,00;
- (ix) 0001388-56.2013.5.02.0371, oriundo da Colenda 9ª Turma, com reparação fixada em R\$ 10.000,00;
- (x) 0002106-58.2010.5.02.0080, oriundo da Colenda 10ª Turma, com reparação fixada em R\$ 10.000,00;
- (xi) 0000881-66.2011.5.02.0371, oriundo da Colenda 11ª Turma, com reparação fixada em R\$ 20.000,00;
- (xii) 0001682-16.2010.5.02.0371, oriundo da Colenda 12ª Turma, com reparação fixada em R\$ 10.000,00;
- (xiii) 0000164-54.2011.5.02.0371, oriundo da Colenda 13ª Turma, com reparação fixada em R\$ 5.000,00;
- (xiv) 000238170.2011.5.02.0371, oriundo da Colenda 14ª Turma, com reparação fixada em R\$ 10.000,00;
- (xv) 0000509-49.2013.5.02.0371, oriundo da Colenda 15ª Turma, com reparação fixada em R\$ 5.000,00;

Punitiva. Os Punitive Damages na Experiência do Commom Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro. 2ª Edição. Lumen Juris, Rio de Janeiro, pág. 228.

- (xvi) 0000781-08.2011.5.02.0373, oriundo da Colenda 16ª Turma, com reparação fixada em R\$ 2.500,00;
- (xvii) 0084900-88.2008.5.02.0054, oriundo da Colenda 17ª Turma, com reparação fixada em R\$ 5.870,40; e
- (xviii) 00001012920115020371, oriundo da Colenda 18ª Turma, com reparação fixada em R\$ 20.000,00.

Alguns dos v. julgados tratam, juntamente à restrição ao uso do banheiro, de ofensas e condições degradantes de trabalho, o que não impacta diretamente no tema em discussão. Isto porque se pretende frisar a quantidade de condenações de reparação por danos morais que a ré sofreu decorrentes de uma mesma prática ilícita – restrição de uso do banheiro.

Sigamos. Os pressupostos para a adoção dos *punitive da*mages são os seguintes: ocorrência de dano moral, culpa grave do ofensor e obtenção de lucro com o ato ilícito. Vejamos se estão preenchidos.

- (i) ocorrência de dano moral: a reclamada foi condenada no tópico acima por ter ofendido a honra da obreira, pelo que preenchido este requisito.
- (ii) culpa grave do ofensor: a culpa da reclamada pela ofensa à honra da autora é grave, uma vez que adota conduta de patente desrespeito aos direitos da personalidade de seus empregados, de maneira deliberada, desconsiderando-os enquanto pessoas dotadas de dignidade, conforme frisado no tópico acima. A ofensa à honra da autora não decorreu de fato excepcional, único, de um erro, mas sim de prática deliberada e constante, inserida no dia a dia dos trabalhadores da ré.
- (iii) obtenção de lucro com o ato ilícito: a ré obtém lucro com o ato ilícito, uma vez que ao forçar seus empregados a não irem ao banheiro durante a jornada, estes ficam mais tempo nos pontos de atendimento (Pas) logados, aguardando ou fazendo chamadas. Em razão de ficarem mais tempo logados, produzindo, a ré obtém lucro com isso, porém de maneira ilícita, eis que à custa da saúde alheia.

Preenchidos, pois, os requisitos necessários à aplicação da indenização punitiva.

Passo aos critérios para fixação da indenização.

Condições do ofensor. Constitui-se o ofensor numa das maiores empresas nacionais de teleatendimento, com capital social de R\$ 260.674.781,00 (duzentos e sessenta milhões, seiscentos e setenta e quatro mil, setecentos e oitenta e um reais), conforme seu estatuto social (fl. 121). Trata-se, pois, de grande empresa.

Gravidade do dano. Utilizar a ofensa à honra dos trabalhadores como forma de majorar seu lucro, de maneira deliberada e constante, constitui dano de natureza grave. Notadamente quando existem diversas condenações judiciais a reprimir o ato ilícito que continua sendo praticado.

Obtenção de lucro com o ato ilícito. A cada trabalhador que deixou de ir ao banheiro para atingir suas metas, ou com



receio de sofrer represálias, a ré aumentou seu lucro de maneira indevida. O lucro se deu com base na prática de ato ilícito. E o lucro certamente não foi pequeno, pois se o fosse, após várias condenações em razão da mesma ofensa, a ré teria deixado de praticar o ilícito.

Caso o Poder Judiciário não passe a adotar a indenização punitiva, repressora da prática do ato ofensor gerador do lucro ilícito, terá de criar infinitos cargos de juízes e servidores, custeando-os, pois o sistema tradicional brasileiro fracassou. Fracassou porque não inibe as práticas ilícitas geradoras de lucro e, em razão disso, a quantidade de processos em tramitação aumenta ano a ano.

O sistema judicial brasileiro, como funciona atualmente, é um grande estimulador de conflitos e processos, notadamente para as grandes empresas, as quais lucram com os atos ilícitos praticados e, quando condenadas, pagam parcas indenizações.

Estimula-se, pois, o descumprimento da lei. Não se combate o problema no seu nascedouro. Atua o Poder Judiciário como "enxugador de gelo". Com isso, jamais alcançaremos os objetivos fundamentais da República constantes do inciso I do art. 3º da Constituição Federal, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Por fim, a adoção dos *punitive damages* inibe os pedidos de reparação de danos industrializados, a uma porque eventual condenação não conterá caráter punitivo, diminuindo o interesse na parcela, a duas porque a indenização punitiva não se destinará ao ofendido, mas à sociedade e, uma vez aplicada, servira como efetiva medida de desestímulo na prática do ato ofensivo gerador do lucro ilícito.

Nesse contexto, **condeno a reclamada a pagar indenização punitiva no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)**, atualizada até a presente data, destinada ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) ou a instituições idôneas em Santos-SP, indicadas pelo Ministério Público do Trabalho, com base nos arts. 186, 187, 404, 421 e 927 do Código Civil, art. 652 "d" e 832, § 1º, da CLT e no princípio da boa-fé contratual (aplicado em toda relação contratual, especialmente nos contratos de trabalho e consumo).

Oficie-se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em razão da prática de concorrência desleal por parte da reclamada, a Superintendência Regional do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho.

#### h) Rescisão indireta.

Considerando que a ré (i) não pagou a totalidade das horas extras prestadas pela autora; (ii) não pagou a totalidade do adicional noturna a que faz jus a autora; (iii) não pagou a totalidade do vale-transporte a que faz jus a autora; e (iv) ofendeu a honra da autora dolosa e deliberadamente, concluo que a empresa incidiu nas hipóteses previstas nas alíneas "b", "d" e "e" do art. 483 da CLT.

Destarte, declaro a rescisão indireta do contrato de trabalho em 08.04.2013 e julgo procedente o pedido de pagamento das seguintes parcelas: (i) aviso prévio indenizado equivalente a 33 dias; (ii) 13º salário proporcional (04/12); (iii) férias + 1/3 integrais de 2012/2013 e proporcionais (03/12),

considerada a projeção do aviso prévio; (iv) multa de 40% sobre os recolhimentos ao FGTS; (v) indenização equivalente ao seguro-desemprego, no total de R\$ 2.712,00 (dois mil, setecentos e doze reais), com base no art. 7º, II, da Constituição Federal, art. 5º da Lei 7.998/90 e arts. 5º e 9º da Resolução CODEFAT n. 467/05.

Determino a expedição de alvará autorizando o levantamento dos valores recolhidos ao FGTS.

A reclamada deverá anotar a CTPS da autora para que conste a dispensa em 08.05.2013 (considerada a projeção do aviso prévio), no prazo de 15 dias após sua notificação para cumprir a obrigação, que ocorrerá após a juntada da CTPS aos autos por parte da autora, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), até o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), revertido à reclamante, com base no art. 461, § 5º, do CPC.

Caso a reclamada não anote a CTPS da autora no prazo acima, a secretaria desta Vara do Trabalho deverá fazê-lo<sup>203</sup>.

Saliento, por oportuno, que a correta anotação em CTPS é matéria de ordem pública, a teor do disposto no art. 39 da CLT e no art. 297, § 3º, II, do Código Penal, pelo que deve o magistrado fiscalizar sua realização. Em havendo qualquer erro, deve o magistrado atuar de ofício para o fim de determinar a retificação do documento, a fim de que retrate a realidade havida.

# i) Multa do art. 467 da CLT.

Em razão da não quitação das verbas rescisórias em audiência e da controvérsia não ter se mostrado razoável, **julgo procedente o pedido de pagamento da multa prevista no art. 467 da CLT**, a incidir sobre o aviso prévio indenizado, 13º salário proporcional e férias + 1/3 proporcionais.

# j) Honorários de sucumbência. Indenização por perdas e danos.

Tendo em vista que (i) a Lei 5.584/70 trata na realidade da assistência judiciária gratuita na Justiça do Trabalho e não de honorários advocatícios devidos pela sucumbência; (ii) inexiste qualquer determinação de que *na Justiça do Trabalho os honorários advocatícios somente são devidos quando houver assistência por sindicato*; (iii) o princípio da sucumbência vige no processo do trabalho, pois o art. 16 assinala que os honorários advocatícios devem ser pagos *pelo vencido* e o sucumbente paga as custas processuais, inclusive o trabalhador (art. 789, II, § 1º da CLT), o que se dá também com relação aos honorários pericias (art. 790-B da CLT); (iv) o disposto no art. 11 da

<sup>203.</sup> Na hipótese de anotação da CTPS pela Secretaria da Vara, não deve ser utilizado qualquer registro no campo "Anotações Gerais", assim como não deve ocorrer a utilização de carimbos ou insígnias identificadoras do Poder Judiciário ou mesmo do servidor que efetuou as anotações, devendo constar no campo "Assinatura do Empregador" somente denominação da empresa ou pessoa física, subscrita com a assinatura do servidor, como se empregador fosse. A certidão relativa ao cumprimento da determinação deverá ser emitida em separado, em três vias. A primeira deverá ser entregue à parte autora, com cópia da sentença, quando da devolução do documento; a segunda, encaminhada ao INSS, em cumprimento ao art. 34, II, da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho e a terceira, anexada aos autos.



Lei 1.060/50 foi tacitamente revogado pela Lei n. 5.869/73 (Código de Processo Civil), que deu novo tratamento ao tema em seu art. 20, tanto que nos processos cíveis são os sucumbentes condenados com base no art. 20 do CPC e não mais com base no art. 11 da Lei n. 1.160/50; (v) a Lei n. 5.584/70 não mais pode ser invocada no que tange à assistência judiciária gratuita, posto que derrogados os dispositivos que tratam desse tema pela Lei n. 10.288/01, ao incluir o § 10 no art. 789 da CLT; (vi) atualmente, confere-se a faculdade ao juiz de conceder os benefícios da assistência judiciária gratuita, sem qualquer vinculação à assistência sindical, conforme o § 3º do art. 790 da CLT; (vii) não se pode argumentar que a faculdade de postular sem a presença de advogado (art. 791 da CLT) elimina a existência dos honorários advocatícios pela sucumbência no processo do trabalho, primeiro porque o jus postulandi é excepcional, segundo porque não é recomendável, face às cada vez mais complexas relações trabalhistas, terceiro porque é uma faculdade da parte, que não pode ser prejudicada ao não exercê-la; (viii) a prestação jurisdicional justa consiste na recomposição integral do patrimônio material ou imaterial da parte lesada, sem que sofra qualquer diminuição nestes, de maneira que a parte ofensora arque com todos os custos para a recomposição integral da lesão que causou; (ix) o atual Código Civil determina que o devedor que não cumpre sua obrigação oportunamente responde por perdas e danos, acrecidos de juros, atualização monetária e honorários advocatícios, assim, tais honorários são devidos pelo mero inadimplemento de uma obrigação, independentemente da sucumbência no processo, que devem ser pagos, com muito maior razão, quando a parte inadimplente é sucumbente num processo; (x) a escolha dada ao trabalhador é a seguinte: ou atua sem advogado e suas chances de vitória serão muito reduzidas, além de não saber o que efetivamente pleitear, ou contrata advogado, aumentando suas chances de vitória, e abre mão de 20 ou 30% do seu verdadeiro crédito.

É ou não uma meia justiça? Meia justiça não, melhor seria justiça com 20 ou 30% de desconto!

E, para o empregador, que não pagou oportunamente seu empregado, acaba sendo um bom negócio o processo, pois pode ter que pagar o que deve, mas pode pagar menos do que deve, pois a prova no processo pode não ser favorável ao trabalhador e, ainda que este ganhe tudo que tinha direito, não receberá a totalidade, pois tem que arcar com os custos de quem também trabalhou, seu advogado.

Trata-se de evidente e injusta *vitória moral* do empregador descumpridor das leis trabalhistas, pois sabe que seu empregado não receberá tudo que tinha direito!

De todo o exposto, a ré deverá arcar com honorários advocatícios decorrentes da sucumbência no total de 20% (vinte por cento) sobre o valor a ser pago ao autor, de acordo com o art. 20, § 3º do CPC, arts. 389 e 402 do Código Civil, Enunciado n. 79 da I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho<sup>204</sup>, princípios da integral reparação e

teoria da causalidade.

Saliento que a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios pela sucumbência independe de pedido expresso da parte, conforme entendimento do Eg. Supremo Tribunal Federal constante na Súmula 256<sup>205</sup> de sua jurisprudência.

Em decorrência do quanto exposto, deverão os honorários pagos a título de sucumbência serem descontados do total a ser recebido pelo patrono da parte (honorários contratados), a fim de que o trabalhador tenha sua lesão patrimonial efetivamente reparada e o profissional receba sua justa recompensa.

# k) Litigância de má-fé. Alteração da verdade dos fatos. Tentativa de indução do juízo a erro. Juntada de documentos com teor sabidamente falsos.

A reclamada em contestação afirmou que a jornada da autora era a constante dos controles de ponto juntados aos autos.

Entretanto, os horários registrados em tais documentos são muito distintos do apurado pelo juízo, notadamente quanto à sobrejornada.

Ao juntar tais documentos a ré pretende que o Juízo acredite nas informações neles constantes.

Contudo, em razão da disparidade da jornada apurada, é óbvio que as anotações em tais documentos (controles de ponto) não são verdadeiras, tendo sido forjadas.

Do contexto, chego à conclusão que a ré tentou induzir o juízo a erro, com a deliberada finalidade de fraudar os mais elementares direitos trabalhistas do obreiro, ao juntar documentos (cartões de ponto) com o teor sabidamente inidôneo.

O ilustre Marcus Vinícius Rios Gonçalves, afirmando que para haver ofensa ao dever de falar a verdade expõe que<sup>206</sup>:

"é preciso que deliberadamente se falseie a verdade sobre fato fundamental da causa. Só haverá má-fé se ficar comprovado que o participante conhecia a verdade, e sabia que sua

na Justiça do Trabalho: "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. II – Os processos recebidos pela Justiça do Trabalho decorrentes da Emenda Constitucional 45, oriundos da Justiça Comum, que nesta esfera da Justiça tramitavam sob a égide da Lei nº 9.099/95, não se sujeitam na primeira instância aos honorários advocatícios, por força do art. 55 da Lei 9.099/95 a que estavam submetidas as partes quando da propositura da ação." (grifo nosso)

205. Súmula 256: "É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil". Tal súmula foi elaborada na vigência do CPC de 1939, mas mantém aplicação com o atual Código de Processo Civil.

206. GONÇALVES. Marcus Vinícius Rios. Novo curso de direito processual civil. Saraiva, 2006, p. 129.

<sup>204.</sup> Enunciado n.º 79 da I Jornada de Direito Material e Processual



afirmação não correspondia a ela, pois ela não pode deixar de dizer a verdade quando a conhece. O que não se admite é a mentira consciente e intencional." (grifo nosso).

No caso, a deturpação da realidade foi consciente e intencional, com o deliberado intuito de induzir o juízo a erro sobre fato fundamental da causa, o que não se admite.

Veja-se também o que pensa o ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Roberto dos Santos Bedaque<sup>207</sup> sobre o tema:

"A visão parcial da realidade é admissível, a deturpação intencional dela, não" (grifo nosso).

Tais fatos claramente se subsumem às hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 14 e inciso II do art. 17 do CPC, que tratam do ato atentatório ao exercício da jurisdição e da litigância de má-fé por alteração da verdade dos fatos.

Diante disso, reputo que a reclamada agiu ao arrepio dos princípios da lealdade e boa-fé processuais, alterando a verdade dos fatos, quiçá apostando numa incúria deste magistrado em face do número excessivo de processos que tramitam neste foro, fato público e notório.

Há que se ressaltar que o processo é um instrumento ético de busca da verdade e entrega do direito material a quem tem esse direito.

Nessa toada, reconheço que a reclamada litiga de má-fé e atenta contra o exercício da jurisdição, nos termos dos arts. 14, I e II e 17, II, do CPC e a condeno no pagamento em favor do reclamante da multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa (R\$ 300,00 - fl. 27) mais 20% (vinte por cento) também sobre o valor da causa (R\$ 6.000,00 - fl. 27), a título de indenização, nos termos dos arts. 14 e 18, caput e § 2º, do CPC, como forma pedagógica de coibir tais abusos.

Tendo em vista a possível prática do crime de falsificação de documento particular (art. 297 do Código Penal) e do crime de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal) por parte dos diretores e representantes da ré, determino a extração de cópias da petição inicial, defesa, controles de ponto, ata de audiência e desta decisão e o envio, via ofício, à Delegacia da Polícia Federal e ao Ministério Público Federal em Santos, para apuração do quanto noticiado, com base no art. 40 do Código de Processo Penal<sup>208</sup>, independente do trânsito em julgado.

# I) Recolhimentos previdenciários e fiscais.

Não incide contribuição fiscal sobre os juros de mora.

Em atenção ao disposto no artigo 832, § 3º, da CLT, aponto o caráter indenizatório das seguintes parcelas: recolhimentos

207. BEDAQUE. José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil Interpretado. Atlas. 2004, p. 84 (comentário ao art. 14).

208. Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

ao FGTS + 40%, reparação por danos morais, indenizações, multa e honorários de sucumbência.

A reclamada deverá efetuar os recolhimentos previdenciários e fiscais incidentes sobre as verbas a que foi condenada, sendo vedada a dedução de quaisquer valores do crédito da reclamante, uma vez que é a única responsável pela não realização dos recolhimentos nas épocas próprias, com base no art. 33, § 5º da Lei 8.212/91²09, art. 402 do Código Civil e princípio da integral reparação.

# m) Demais considerações.

Fica autorizada a dedução dos valores comprovadamente pagos a idêntico título.

Em liquidação de sentença, observar a evolução salarial da autora e o período efetivamente trabalhado.

Concedo à reclamante os benefícios da justiça gratuita, de acordo com o artigo 790, § 3º, da CLT.

Juros de 1% ao mês, *pro rata die*, a teor do art. 39 da Lei 8.177/1991 e correção monetária pelo INPC/IBGE, a incidir a partir do mês seguinte ao da prestação dos serviços, de acordo com o art. 459 da CLT e Súmulas 200 e 381 do Eg. TST.

O valor da reparação por danos morais deverá ser atualizado a partir do proferimento da presente, aplicados os juros desde o ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 439 do Eg. TST<sup>210</sup>.

Ficam afastadas todas as alegações que sinalizam em sentido contrário ao aqui esposado, seguindo a mesma sorte a aplicação de diretrizes legais e/ou jurisprudenciais que da mesma forma não se coadunem com o presente comando decisório.

Ficam advertidas as partes, desde logo, que os embargos declaratórios com intuito meramente procrastinatório sofrerão uma rejeição pedagógica, com aplicação das penalidades legais, a fim de se garantir respeito aos princípios da duração razoável do processo e da boa fé processual.

Advirto, também, que os embargos de declaração que não aleguem efetiva omissão, obscuridade ou contradição – tal como as apresentadas alegando falta de congruência do decisório com súmula de jurisprudência ou lei - não serão





<sup>209.</sup> Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (...)

<sup>§ 5</sup>º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei. (grifo nosso)

<sup>210.</sup> SÚMULA 439. DANOS MORAIS. JUROS DE MORA E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. 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.

conhecidos, eis que os pressupostos de conhecimento do recurso apresentado não estarão presentes.

No mais, o juízo não está obrigado a fazer da fundamentação uma resposta simétrica aos argumentos lançados pelas partes. Deve expor os motivos que conduziram sua persuasão racional de forma clara (princípio do livre convencimento motivado, CF, art. 93, IX e CPC, art. 131).

#### n) Cumprimento desta decisão.

Fica a reclamada desde já cientificada de que deverá pagar o valor da condenação dentro de 08 (oito) dias, a contar da notificação com o valor liquidado da obrigação, com base no art. 832, § 1º, da CLT, sob pena de acréscimo à conta da multa de 10% (dez por cento) e imediata penhora de bens (CLT, 878), independentemente de mandado de citação, sendo intimado o executado por seu advogado.

# o) Execução provisória.

Na hipótese de interposição de recurso ordinário pelas partes, fica desde já autorizada a expedição de carta de sentença para viabilizar a execução provisória da reclamada.

# p) Hipoteca judiciária.

O art. 466 do Código de Processo Civil estipula que a sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos e que a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária (...) embora a condenação seja genérica, (...) pendente arresto de bens do devedor, (...) e (...) ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho tem reiteradamente decidido que esse dispositivo legal deve ser aplicado na Justiça do Trabalho, sendo instituto processual de ordem pública que o juízo deve aplicar para a efetividade do processo trabalhista, levando em conta a natureza alimentar dos créditos discutidos<sup>211</sup>.

Assim, determino a hipoteca judiciária dos bens dos devedores na quantidade suficiente para a satisfação do débito, no valor equivalente ao total arbitrado à condenação, na forma

211. Do que temos como exemplo a seguinte ementa: "(...) HIPOTECA JUDICIÁRIA. APLICAÇÃO AO PROCESSO TRABALHISTA. DETERMI-NAÇÃO EX OFFICIO. POSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte adota o entendimento de que a hipoteca judiciária de que trata o artigo 466 do CPC é compatível com o processo do trabalho, não havendo óbice para sua declaração. Esta Corte também firmou a tese da possibilidade da declaração de ofício da hipoteca judiciária. Dessa forma, como este Tribunal adota o entendimento de que é aplicável a hipoteca judiciária, prevista no artigo 466 do CPC, ao processo trabalhista, mostra-se impossível a caracterização de conflito de teses, por meio dos arestos colacionados pela recorrente, em face do disposto no artigo 896, § 4º, da CLT e na Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido." (grifo nosso) (RR - 141300-64.2008.5.03.0129 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 10/04/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2013)

prevista na Lei dos Registros Públicos.

# III - CONCLUSÃO.

Isto posto e mais o que consta nos autos da ação trabalhista movida pela reclamante Lúcia Mara Batista Malta em face da reclamada Tivit Terceirização de Processos, Serviços e Tecnologia S.A., Decido julgar procedentes em parte os pedidos deduzidos na petição inicial para condenar a reclamada a cumprir obrigação de fazer consistente em (i) anotar a ctps da autora para que conste a dispensa em 08.05.2013 (Considerada a projeção do aviso prévio), no prazo de 15 dias após sua notificação para cumprir a obrigação, que ocorrerá após a juntada da ctps aos autos por parte da autora, sob pena de multa diária de r\$ 1.000,00 (Mil reais), até o limite de r\$ 10.000,00 (Dez mil reais), revertida à reclamante; e a cumprir obrigação de pagar à reclamante o valor referente às seguintes parcelas:

- (I) Aviso prévio indenizado equivalente a 33 dias;
- (II) 13º salário proporcional (04/12);
- (III) Férias + 1/3 integrais de 2012/2013 e proporcionais (03/12);
- (IV) Multa de 40% sobre os recolhimentos ao fgts;
- (V) Indenização equivalente ao seguro-desemprego no total de r\$ 2.712,00 (Dois mil, setecentos e doze reais);
- (VI) Multa prevista no art. 467 Da clt;
- (VII) 108,25 (cento e oito vírgula vinte e cinco) horas extras por mês trabalhado, exceto férias e meses de afastamento, com adicional de 50%, utilizado o divisor 180, e reflexos em repousos semanais remunerados e, com estes, em aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e recolhimentos ao fgts + 40%;
- (VIII) 10 (dez) horas extras por mês trabalhado em dobro, exceto férias e meses de afastamento, utilizado o divisor 180, e reflexos em aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e recolhimentos ao fgts + 40%;
- (IX) Adicional noturno à razão de 20% sobre as horas extras laboradas em período noturno (metade das arbitradas acima, inclusive em domingos e feriados), observado o divisor 180, exceto férias e meses de afastamento, e reflexos em repousos semanais remunerados e, com estes, em aviso prévio, férias + 1/3, 13º salários e recolhimentos ao fgts + 40%;
- (X) indenização equivalente a r\$ 5,80 (cinco reais e oitenta centavos) por dia trabalhado, arbitrados em seis por semana, nos meses de dezembro de 2012 e de janeiro a março de 2013;
- (XI) Reparação por danos morais no valor de r\$ 20.000,00 (Vinte mil reais), atualizados até a presente data;
- (XII) Multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa (r\$ 300,00);
- (XIII) Indenização equivalente a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa (r\$ 6.000,00);
- (XIV) Honorários de sucumbência no total de 20% (vinte por cento) sobre o valor líquido a ser pago à reclamante;
- (XV) Além de juros e correção monetária, esta pelo inpc/ibge.





O adicional noturno deve integrar a base de cálculo das horas extras noturnas. Determino a expedição de alvará autorizando o levantamento dos recolhimentos ao fgts. Fica autorizada a dedução dos valores comprovadamente pagos a idêntico título, de maneira global. Concedo à reclamante os benefícios da justiça gratuita. A reclamada deverá pagar indenização punitiva no valor de r\$ 500.000,00 (Quinhentos mil reais), atualizada até a presente data, destinada ao fundo de amparo ao trabalhador (fat) ou a instituições idôneas em santos-sp, indicadas pelo ministério público do trabalho. Fica a reclamada responsável por recolhimentos previdenciários e fiscais, vedada a dedução do crédito do reclamante. Os reco-Ihimentos previdenciários incidentes sobre as parcelas julgadas procedentes devem ser realizados mediante guia gps-nit, tendo o pis do trabalhador como identificador, em regime de competência. Improcedem os demais pedidos. A obrigação de pagar deverá ser cumprida no prazo de oito dias, a contar da notificação do advogado da parte contendo o valor liquidado da condenação, sob pena de multa de 10% (dez por cento) e imediata penhora. Tudo nos termos e limites da inicial e da fundamentação supra. Custas pela reclamada, no valor de r\$ 10.800,00 (Dez mil e oitocentos reais), calculadas sobre o valor arbitrado à condenação, de r\$ 540.000,00 (Quinhentos e quarenta mil reais). Encaminhar ofícios à superintendência regional do trabalho e emprego, ao ministério público do trabalho, ao ministério público federal, à delegacia da polícia federal em santos-sp e ao conselho administrativo de defesa econômica - cade, de maneira imediata. Cientificar as partes. Nada mais.

IGOR CARDOSO GARCIA

Juiz do Trabalho Substituto







# SENTENÇA

# 71º VARA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DE SÃO PAULO TERMO DE AUDIÊNCIA PROCESSO Nº 02094-2009-071-02-00-4

Aos 24 dias, do mês de setembro, de dois mil e doze, às 15:00 horas, na sala de audiências desta Vara, sob a presidência da MMª Juíza Federal do Trabalho Substituta, Drª. MARA CARVALHO DOS SANTOS, foram, por ordem da MMª Juíza Presidente, apregoados os litigantes: WANG YEE SHUN, reclamante e TAM LINHAS AÉREAS S/A, reclamada.

Ausentes as partes.

Conciliação prejudicada.

Submetido o processo a julgamento, proferiu-se a seguinte

# SENTENÇA

**WANG YEE SHUN**, qualificado nos autos, ajuizou a presente demanda em face de **TAM LINHAS AÉREAS S/A**, também qualificada, pleiteando, com fundamento de fato e de direito, o que consta da peça inicial.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 150.000,00 e juntou documentos.

Infrutífera a conciliação, a reclamada ofereceu resposta escrita. Impugnou especificamente as pretensões autorais e requereu a improcedência da demanda. Juntou documentos.

Réplica escrita às fls. 76 e seguintes.

Audiência de instrução às fls. 119 e seguintes.

Determinada a realização de perícia técnica para a apuração do alegado labor insalubre e/ou perigoso (fl. 123).

Laudo pericial acostado às fls. 154 e seguintes.

Esclarecimentos do perito às fls. 183 e seguintes.

Sem outras provas, encerrou-se a instrução processual.

Razões finais oportunizadas.

Rejeitada a nova proposta de conciliação.

É o relato do necessário.

DECIDO.

# PRELIMINARMENTE DA IMPUGNAÇÃO AOS DOCUMENTOS E VALORES Rejeito.

As impugnações feitas pela parte ré são genéricas, não atacando o conteúdo dos documentos. O valor probante de aludida documentação será analisado quando do julgamento do mérito.

# DO MÉRITO DA PRESCRIÇÃO

A demanda foi ajuizada em 25/09/2009 (fl. 02).

Nos termos do art. 7º, XXIX da Constituição Federal o prazo prescricional é de cinco anos para trabalhadores urbanos e rurais, limitados a dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Com efeito, acolho a prescrição quinquenal para declarar prescritas as pretensões de cunho condenatório, cuja exigibilidade seja anterior a 25/09/2004, na forma do art. 269, IV do CPC, com ressalva feita ao pedido de reconhecimento de

vínculo de emprego, posto que imprescritível, e recolhimentos fundiários, ante o disposto na Súmula 362 do C. TST.

# DO VÍNCULO DE EMPREGO

O reclamante pretende o reconhecimento de vínculo de emprego com a reclamada no período de 12/03/1996 a 01/02/2009, na função de instrutor, percebendo como última remuneração mensal a quantia de R\$ 16.332,30.

A ré nega a existência de vínculo de emprego, sustentando que o autor prestava serviços como autônomo, sem qualquer subordinação jurídica.

Estes são os limites da lide.

Com efeito.

Faz-se necessário analisarmos, a princípio, a própria relação de emprego, bem como suas principais características. Na relação de trabalho o vínculo empregatício é regra, a autonomia exceção. Esta pressupõe liberdade na prestação dos serviços, sem subordinação, caracterizada quando se insere o trabalhador nos mecanismos dirigidos de produção da empresa.

Muito embora a reclamada tenha admitido a prestação de serviços do autor, o que em tese, geraria presunção favorável à existência de relação de emprego, é certo que no caso vertente, o próprio reclamante ofertou elementos que derrubam a tese inicial. Ademais, as testemunhas e os documentos carreados aos autos confirmam a inexistência de relação de emprego.

Vejamos por que.

Por primeiro, o autor confessou que prestava serviços para a reclamada, através de empresa da qual era sócio, inclusive tendo como clientes outras empresas diversas da ré. Note-se que as empresas do reclamante não foram "abertas" para a prestação de serviços na ré, e nem mesmo emitiam notas sequenciais. Ao contrário, o autor era empresário e tinha, dentro se sua área de prestação de serviços, diversos clientes, tais como: CHUBB do Brasil Cia de Seguros SA, Ocean Air Linhas Aéreas, BRA Transportes Aéreos Ltda, entre outras.

Por segundo, o reclamante confirmou que em caso de necessidade de falta (doença, por exemplo), "tentava ajustar este problema" (fl. 120). Referida afirmação revela que não havia reprimenda, desconto de salário ou qualquer medida punitiva por parte da ré, o que rechaça a existência de pacto de emprego.

Por terceiro, o autor declarou em depoimento pessoal que atendia prioritariamente a ré, quando era fornecida a programação, e, quando não, atendia outras empresas (fl. 120), derrubando a pessoalidade.

Por quarto, o reclamante confessou que o conteúdo das aulas é preparado pelo fabricante da aeronave e o conteúdo é fiscalizado pela ANAC, revelando a ausência de ingerência da ré na prestação de serviços do autor.

Por quinto, a testemunha do autor afirmou que "poderiam recusar escalas" e que "priorizavam a reclamada para depois ver se poderia atender outros terceirizados".

Por sexto, as testemunhas da ré confirmaram que o reclamante podia recusar escalas, inclusive tendo feito para visitar o pai nos Estados Unidos, realizar curso na Embraer e viajar para a China. Além disso, afirmaram que o autor poderia modificar os horários, sem qualquer penalidade.



Por sétimo, a 2ª testemunha da ré afirmou, devidamente compromissada, que já chegou a prestar serviços para a empresa do reclamante, por meio de contrato verbal com o mesmo celebrado, para a concretização de três treinamentos na empresa Apsa Cargo.

Por final, a farta prova documental dos autos revela, sem sombra de dúvidas, que o autor não era empregado da ré, mas prestador de serviços, inclusive com inúmeras transações realizadas com outras empresas, trabalhando com emissão de notas fiscais não sequenciais, sem qualquer indício de subordinação e pessoalidade no labor.

Atente-se que a prova documental confirma que o reclamante era sócio de empresa especializada em aeronáutica em geral, atendendo inúmeras empresas, inclusive com poderes para prestar serviços de homologação de aeronaves, validação de homologação estrangeira, ensaios em voos, consultoria aeronáutica em aeródromos e helipontos.

Conclui-se, de toda a prova colhida nos autos, que não só estava ausente a subordinação, como também a pessoalidade.

Ora, qualquer presunção pode ser elidida pelos demais elementos de convicção apresentados ao Juízo, sendo certo, que na hipótese dos autos, os mesmos convergem para o acolhimento da tese da defesa.

Por todo o exposto, entendo que restou demonstrado que o reclamante prestou serviços à reclamada na qualidade de autônomo, portanto, não há que se falar em reconhecimento do vínculo empregatício entre as partes, nos termos preceituados nos artigos 2º e 3º da CLT

Improcede o pedido "1" da prefacial.

Porque acessórios, seguindo a mesma sorte do principal, improcedem os pedidos "3" a "39" da prefacial.

# DA JUSTIÇA GRATUITA

Concedo ao autor o benefício da justiça gratuita, em razão da declaração juntada à fl. 22, na forma do art. 790, § 3º da CLT.

# DOS JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. COM-PENSAÇÃO E DEDUÇÃO. HONORÁRIOS DE ADVOGADO

Indefiro os requerimentos, ante a improcedência de todos os pedidos formulados na inicial.

#### DA CONCLUSÃO

Ante o exposto e considerando o que mais dos autos consta e o direito aplicável, rejeito a preliminar ventilada e acolho a prescrição quinquenal para declarar prescritas as pretensões de cunho condenatório, cuja exigibilidade seja anterior a 25/09/2004, na forma do art. 269, IV do CPC, com ressalva feita ao pedido de reconhecimento de vínculo de emprego, posto que imprescritível, e recolhimentos fundiários, ante o disposto na Súmula 362 do C. TST. No mérito, julgo IMPROCEDENTE a reclamatória trabalhista ajuizada por WANG YEE SHUN em face de TAM LINHAS AÉREAS S/A para, nos termos da fundamentação, absolvê-la de todos os pedidos formulados na inicial.

Concedo os benefícios da justiça gratuita ao reclamante.

Pelos honorários periciais responderá o reclamante, porque parte sucumbente no ponto objeto da prova técnica (Súmula no. 236 do C. TST), ora arbitrados em R\$ 1.000,00. Entretanto, tendo em vista que a parte autora é beneficiária da Justiça Gratuita, o pagamento dos honorários periciais deverá ser feito, após o trânsito em julgado da decisão, nos termos dos artigos 141 a 145 do Provimento GP/CR no. 13/2006. **Providencie a Secretaria da Vara.** 

Custas processuais pelo reclamante, no importe de R\$ 3.000,00, calculadas sobre o valor de R\$ 150.000,00, provisoriamente atribuído à condenação, das quais fica **isento** (art. 790-A da CLT).

Cumpra-se após o trânsito em julgado. Intimem-se as partes.

NADA MAIS.

# MARA CARVALHO DOS SANTOS

Juíza do Trabalho Substituta







# SENTENÇA

# 43º VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO (SP) TERMO DE AUDIÊNCIA

Processo nº 1093/2014 (0001093-96.2014.5.02.0043)

Aos 14 dias do mês de outubro do ano de 2015 às 17:01 horas, na sala de audiências desta Vara, sob a presidência do MM. Juiz do Trabalho, **Dr. RICARDO APOSTÓLICO SILVA**, foram, por sua ordem, apregoados os litigantes:

Consignante: METALFRIO SOLUTIONS S/A

Consignado: ESPÓLIO DE JOÃO BATISTA DE SOUZA

Ausentes as partes.

Submetido o processo a julgamento, foi proferida a seguinte

# **SENTENÇA**

METALFRIO SOLUTIONS S/A ajuizou a presente ação de consignação em pagamento em face do ESPÓLIO DE JOÃO BATISTA DE SOUZA, alegando, em síntese, que o pacto laboral fora rescindido em 03/05/2014, em decorrência do falecimento do consignado; que desconhece os destinatários das verbas rescisórias e demais consectários legais devidos ao consignado, motivo pelo qual, disponibilizou valores nestes autos. Junta documentos, às fls. 6/13.

Responde os filhos do *de cujus*, Sra. MARIA APARECIDA CORREIA DE SOUZA, Sra. FERNANDA DA SILVA SOUZA, e Sr. LEANDRO DA SILVA SOUZA, todos maiores, dizendo-se únicos herdeiros do falecido-consignado, consoante motivos de fato e de direito declinados na defesa às fls. 23/25. Não juntaram documentos. Outras manifestações, às fls. 60/60-vº, 74/74-vº.

Responde a suposta companheira do *de cujus*, Sra. HER-CÍLIA RODRIGUES LEITE DE LIMA, igualmente afirmando ser a única herdeira dos bens do espólio, consoante motivos de fato e de direito declinados na defesa às fls. 28/31. Junta documentos às fls. 32/52. Outros petitórios e documentos, às fls. 54/56, 58/58-vº, 69/71-vº, 77/81-vº

Encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Tentativas conciliatórias, prévia e final, frustras.

É o relatório.

# **DECIDE-SE**

# Da Comissão de Conciliação Prévia

Os filhos do *de cujus* suscitaram a inobservância do preconizado no art. 625-D, *caput*, da CLT.

Referido dispositivo legal estabelece que a demanda de natureza trabalhista será submetida a Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade houver sido instituída tal Comissão.

Nada obstante, extinguir o presente feito, e remeter as partes à referida comissão, seria medida inócua, além de desperdício do tempo já gasto pelas partes e pelo Juízo.

Aliás, o próprio espólio, representado por seus filhos, ao mesmo tempo em que roga pela extinção do feito, contraditoriamente concorda em receber o valor disponibilizado da empresa-consignante.

E se isso não bastasse, a jurisprudência majoritária tem entendido que referido dispositivo legal não tem o condão de afastar

o princípio constitucional de livre acesso do cidadão ao Poder Judiciário. Nesse sentido a Súmula nº 2 ²¹², deste E. 2º Regional.

Afasta-se, portanto, a preliminar de extinção do feito por descumprimento da Lei 9958/2000.

# Da ação de consignação em pagamento: DO FUNDAMENTO LEGAL:

A presente ação de consignação em pagamento é uma forma substitutiva de cumprimento da obrigação, e possui previsão legal nos arts. 334 usque 345, do CC, bem como nos arts. 890 usque 900, do CPC.

#### **DO OBJETIVO E LIMITES:**

Especificamente no Direito Processual do Trabalho, tem a mesma eficácia que a declaração de quitação realizada na forma do art. 477, § 2º, da CLT.

Não se examina, assim, nesta sentença, o motivo que ocasionou a rescisão do contrato de trabalho, nem se as verbas pagas pela consignante estão corretas.

Nessa senda, também não há que se falar em qualquer declaração de quitação plena, geral e irrevogável do extinto contrato de trabalho (inclusive quanto aos depósitos do FGTS).

Por conseguinte, limita-se a decisão a dar por cumprida a obrigação da consignante em relação aos valores consignados nestes autos, sem prejuízo a eventuais diferenças passíveis de discussão em Reclamação Trabalhista própria.

# **DOS VALORES CONSIGNADOS:**

A empresa-consignante disponibilizou em Juízo as seguintes importâncias:

- a) R\$ 12.782,57 (doze mil setecentos e oitenta e dois reais e cinquenta e sete centavos), à fl. 68, a título de verbas rescisórias, de acordo com o valor líquido indicado no TRCT de fls. 37/38;
- b) R\$ 1.029,33 (mil e vinte nove reais e trinta e três centavos), à fl. 84, referente à participação nos lucros e resultados PLR.

No total, encontra-se consignado nos autos o importe de R\$ 13.811,90 (treze mil oitocentos e onze reais e noventa centavos).

# DA MULTA DE 40% S/ FGTS:

Os filhos do *de cujus* suscitam em defesa o fato de a consignante ter deixado de juntar aos autos cópia da guia de recolhimento da multa rescisória de 40% s/ FGTS.

Entretanto, os filhos do *de cujus* se olvidam que o falecimento do empregado, ainda que decorrente de acidente do trabalho (o que não é o caso), extingue automaticamente o seu contrato de trabalho, de modo involuntário, equivalendo a pedido de demissão, uma vez que o empregador não deu

<sup>212.</sup> Súmula nº 2, do E. TRT 2ª Região – COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EXTINÇÃO DE PROCESSO. O comparecimento perante a Comissão de Conciliação Prévia é uma faculdade assegurada ao obreiro, objetivando a obtenção de um título executivo extrajudicial, conforme previsto pelo artigo 625-E, parágrafo único da CLT, mas não constitui condição da ação, nem tampouco pressuposto processual na reclamatória trabalhista, diante do comando emergente do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.



causa à ruptura do pacto laboral.

Dessa forma, não é devida, na hipótese destes autos, a multa de 40% do FGTS, cuja penalidade se aplica ao empregador que despede o obreiro sem justa causa.

Nada obstante, conforme já exposto no item "b" acima, quaisquer diferenças de haveres deverá ser objeto de reclamatória própria.

# DO MÉRITO:

Trata-se de ação de consignação em pagamento, com fulcro no inciso IV <sup>213</sup>, do art. 335, do CC, e art. 895 <sup>214</sup>, do CPC, ao fundamento de que há dúvida acerca das pessoas que devem receber o crédito decorrente de falecimento do ex-empregado da consignante Sr. João Batista de Souza, ocorrido em 03/05/2014.

Tendo em vista que o espólio-consignado não se opõe a receber a importância consignada nos autos, **forçoso reconhecer a procedência do pedido**.

# DA SUPOSTA EXISTÊNCIA DE COMPANHEIRA DO *DE CUJUS*:

A Sra. Hercília Rodrigues Leite de Lima aduziu em contestação ter convivido com o espólio-consignado, em regime de união estável, como faz prova o contrato de fls. 44/47, a declaração firmada pelo sobrinho do falecido, de fl. 48, inclusive corroborada pela identidade de endereço em que ambos residiam, consoante comprovantes de fls. 49/52.

Os filhos do *de cujus* refutaram a defesa oferecida pela Sra. Hercília. Para tanto, até reconhecem que a Sra. Hercília não era apenas vizinha (fl. 25), mas também "namorada do *'de cujus'"* (fl. 24), entretanto, enfatizam que entre eles jamais existiu gualquer união estável.

Em que pese a tese defensiva dos filhos do consignado, razão não lhes assiste.

Vejamos.

Ab initio, observa-se que as partes acordaram em audiência inaugural (ata de fl. 15) "que o embate seja decidido, inicialmente, pelo Órgão Previdenciário, com vistas a saber exatamente a quem cabem os direitos discutidos neste processo", motivo pelo qual ali fora determinado o sobrestamento do feito.

Porém, depois de receber comunicação de decisão desfavorável por parte do INSS (fl.  $55-v^2$ ), a Sra. Hercília noticiou o ajuizamento de ação perante a MM. Justiça Federal (fl. 56), na qual fora reconhecida sua alegada relação de dependente do segurado, em virtude da comprovação de união estável, como se observa da r. sentença ali prolatada, com cópia às fls.  $70/71-v^2$ .

Em seguida, dada ciência aos filhos *de cujus*, à fl. 72, estes se limitaram a impugnar o teor de referida r. sentença, neste feito, por meio do petitório protocolado em 13/02/2015, às fls.

74/74-vº, quedando-se silentes naqueles autos, o qual posteriormente transitou em julgado em 23/02/2015 (fl. 78).

Assim sendo, urge ressaltar que os filhos do *de cujus*, repita-se, muito embora tenham sido instados, sequer ingressaram naquele processo proposto pela Sra. Hercília, na oportunidade em que lhes foi oferecida, sendo certo que ali poderiam ter se insurgido na condição de terceiro interessado, mormente mediante o respectivo remédio jurídico (recurso para atacar r. sentença do MM. Juizado Especial Federal),

Pelo exposto, tendo em vista que os filhos do *de cujus* tiveram plena ciência de que a questão relativa à alegada situação de convivente da Sra. Hercília não seria objeto de análise perante esta esfera laboral (fls. 15, 57, e 61), e que inclusive já estaria *sub judice* (fls. 72 e 75), cuja inércia permitiu a coisa julgada, impõe-se seja respeitada e cumprida a aludida r. sentença de fls. 70/71-vº, na qual fora reconhecido o convívio estável entre a Sra. Hercília e o espólio-consignado.

# DOS BENEFICIÁRIOS DO ESPÓLIO-CONSIGNADO:

Consoante exposto no tópico anterior, a r. sentença de fls. 70/71-vº, já acobertada pelo manto da coisa julgada, reconheceu a Sra. Hercília na condição de única dependente do *de cujus*, para fins previdenciários, r. decisão que inclusive já fora cumprida pelo INSS, mediante a expedição da certidão de habilitação fl. 81-vº.

Entretanto, pela certidão de óbito de fl. 36, constata-se que o *de cujus* teve três filhos, srs. Maria Aparecida, Sra. Fernanda e Sr. Leandro, todos maiores, já qualificados nestes autos.

Diante do exposto, nada obstante a condição de dependente comprovada pela Sra. Hercília, entendo que pelo ordenamento jurídico, que rege a sucessão em vigor, não se pode ignorar a existência de herdeiros necessários do *de cujus*, por serem seus descendentes, nos termos do artigo 1.845 <sup>215</sup>, do Código Civil, os quais também possuem direito nas verbas que a consignante disponibilizou em Juízo, uma vez que, repita-se, a companheira apresenta a condição de dependente tão-somente para fins de recebimento de benefício previdenciário, nos moldes do § 1º <sup>216</sup>, do art. 16, da Lei 8.213/91.

# DO QUINHÃO A CADA UM DOS HERDEIROS:

Para reger a hipótese em análise, em que concorrem na herança a companheira e filhos não comuns do *de cujus*, deverá ser aplicado o disposto no inciso II, do artigo 1.790, do CC, *in verbis*:

<sup>(...) (</sup>n. n.)



<sup>213.</sup> Art. 335, do CC – A consignação tem lugar:

<sup>(...</sup> 

IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;

<sup>(...)</sup> 

<sup>214.</sup> Art. 895, do CPC – Se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o pagamento, o autor requererá o depósito e a citação dos que o disputam para provarem o seu direito.

<sup>215.</sup> Art. 1.845, do CC – São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

<sup>216.</sup> Art. 16, da Lei 8.213/91 – São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

<sup>(...)</sup> 

 $<sup>\</sup>S~1^\circ$  – A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

Art. 1.790, do Código Civil – A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (...)

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; (...) (g. n.)

De acordo com o dispositivo legal acima invocado, à companheira do *de cujus*, fica destinada a metade da quota de cada um dos herdeiros, mediante o seguinte cálculo:

100% =	+ X (ao 1º filho)	+ X (ao 2º filho)	+ x (ao 3º filho)	+ x / 2 (à companheira, metade do que é devido a cada um dos três filhos)
1	multiplicando-se a equação por 2, temos:			
1100% =	+ 2x (ao 1º filho)	+ 2x (ao 2º filho)	+ 2x (ao 3º filho)	+ x (à companheira)
100% =	7x			
x =	1/7			

Assim, o valor consignado será assim repartido:

- a) 2/7 à 1<sup>a</sup> filha do de cujus, Sra. MARIA APARECIDA CORREIA DE SOUZA;
- b) 2/7 à 1ª filha do *de cujus*, Sra. FERNANDA DA SILVA SOUZA;
- c) 2/7 ao 3º filho do de cujus, Sr. LEANDRO DA SILVA SOUZA e;
- d) 1/7 à companheira do *de cujus*, Sra. HERCÍLIA RODRI-GUES LEITE DE LIMA.

# DOS RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS:

Quanto à importância consignada à fl. 68, de R\$ 12.782,57 (doze mil setecentos e oitenta e dois reais e cinquenta e sete centavos), a título de verbas rescisórias, note-se que já computado o valor líquido, inexistindo por obviedade, incidência de contribuições previdenciárias e fiscais.

E em relação ao importe consignado à fl. 84, de R\$ 1.029,33 (mil e vinte nove reais e trinta e três centavos), referente à participação nos lucros e resultados – PLR, muito embora possua natureza indenizatória, afastando qualquer recolhimento previdenciário, no particular (Lei 8.212/91, art. 28, parágrafo 9º, alínea "j", e RPS (Dec. 3.048/99), parág. 9º, inciso X), e nada obstante incida na parcela o devido recolhimento fiscal (RIR/99 (Dec. 3000/99), art. 43, inciso IV), infere-se que essa quantia se encontra abaixo do valor mínimo legal para a aplicação de qualquer alíquota de IR, de acordo com a Tabela Aplicável Exclusivamente para Participação nos Lucros ou Resultados (MP 597/2012, convertida na Lei 12.832/2013, e Instrução Normativa RFB 1.558/2015 - Art. 6).

Destarte, não há qualquer incidência de contribuições previdenciárias e fiscais.

# DA JUSTIÇA GRATUITA

Os benefícios da justiça gratuita são concedidos a todos os que alegaram serem destinatários dos bens deixados pelo espólio-consignado, porque preenchidos os requisitos legais, Sra. MARIA APARECIDA CORREIA DE SOUZA (declaração de

fl. 18), Sra. FERNANDA DA SILVA SOUZA (declaração de fl. 20), Sr. LEANDRO DA SILVA SOUZA (declaração de fl. 22), e Sra. HERCÍLIA RODRIGUES LEITE DE LIMA (declaração de fl. 27).

# DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Descabem honorários advocatícios, isto porque o artigo 133, da Constituição Federal não revogou o *jus postulandi* na Justiça do Trabalho, mas apenas elevou a nível constitucional o que dispunha o artigo 68, da Lei nº 4.215/63.

Na seara trabalhista, somente são devidos honorários advocatícios desde que atendidos os pressupostos da Lei nº 5.584/70; hipótese, contudo, inocorrente *in casu*.

No mais, deve ainda ser salientado, que a empresa consignante contratou advogado particular por sua livre escolha, pois como acima mencionado poderia ter optado por utilizarse do *jus postulandi*, e se assim não fez, assumiu as despesas que serão efetuadas.

Improcede.

PELO EXPOSTO, a 43ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAU-LO (SP), julga **PROCEDENTE EM PARTE** a ação de consignação em pagamento proposta por METALFRIO SOLUTIONS S/A em face de ESPÓLIO DE JOÃO BATISTA DE SOUZA, para, nos termos da fundamentação supra, declarar os seguintes habilitados ao recebimento da importância consignada à fl. 68 e à fl. 84, totalizando a quantia de R\$ 13.811,90 (treze mil oitocentos e onze reais e noventa centavos), de acordo com as cotas abaixo:

- a) 2/7 à 1º filha do de cujus, Sra. MARIA APARECIDA CORREIA DE SOUZA;
- b) 2/7 à 1<sup>a</sup> filha do *de cujus*, Sra. FERNANDA DA SILVA SOUZA; c) 2/7 ao 3<sup>o</sup> filho do *de cujus*, Sr. LEANDRO DA SILVA SOUZA e; d) 1/7 à companheira do *de cujus*, Sra. HERCÍLIA RODRI-
  - GUES LEITE DE LIMA.

Conforme exposto no tópico "II", item "i" supra, não há qualquer incidência de contribuições previdenciárias e fiscais sobre os valores consignados.

Ficam deferidos os benefícios da Justiça gratuita à Sra. MARIA APARECIDA CORREIA DE SOUZA, Sra. FERNANDA DA SILVA SOUZA, Sr. LEANDRO DA SILVA SOUZA, e à Sra. HERCÍLIA RODRIGUES LEITE DE LIMA.

Custas pelo espólio-consignado, no importe de R\$276,24, calculados sobre o valor consignado (R\$13.811,90), de cujo pagamento fica isento, na forma da lei.

Intimem-se.

Decorrido o prazo legal in albis, fica desde já determinada a expedição de alvarás de levantamento pela Secretaria da Vara aqueles habilitados acima discriminados, em nome dos respectivos I. Patronos.

E depois de liberado o valor consignado, remetam-se os autos ao Arquivo Geral.

Nada mais.

RICARDO APOSTÓLICO SILVA

Juiz do Trabalho Diretor de Secretaria





VARA: 5ª VARA DO TRABALHO DE SANTOS AÇÃO: RECLAMAÇÃO TRABALHISTA Processo № 0000118-32.2014.5.02.0445

Reclamante: BÁRBARA ALMEIDA

Reclamadas: COSTA CRUZEIROS AGÊNCIA MARÍTIMA

E TURISMO LTDA. E OUTRA Julgamento: 5.FEV.2015, ÀS 17 H

#### Relatório

Bárbara Almeida distribuiu reclamação trabalhista, alegando, em resumo, o seguinte: ambas as reclamadas compõem um grupo econômico; trabalhou como empregada consoante a lei brasileira, mas fraudulentamente foi formalizado um contrato em inglês com a empresa CSCS; cumpria jornada excessiva, mas as horas extras e o adicional noturno não eram pagos; várias verbas trabalhistas foram-lhe sonegadas; sofreu danos materiais e morais a bordo, pelo que tem direito a indenizações. A petição inicial foi aditada. Postulou a reparação das lesões relatadas.

A 2ª rda., Costa Crociere SPA, foi declarada revel e confessa (fl. 194). A 1ª rda. defendeu-se (fls. 212 ss.).

Docs. foram jungidos. Houve realização de prova oral. As tentativas conciliatórias restaram frustradas.

# FUNDAMENTAÇÃO DA JURISDIÇÃO

Nos termos do art. 12, *caput*, 1ª hipótese, da LINDB, art. 88, inc. I e par. ún., do CPC e 651, § 2º, da CLT tem-se que o Judiciário brasileiro detém competência para a composição da desinteligência. Rejeita-se a defesa processual de inexistência de jurisdição brasileira.

# DA LEGITIMIDADE PASSIVA DA 1º RDA.

Segundo a inicial, houve um contrato de emprego entre a reclamante e as rdas., daí a 1ª ré figurar legitimamente no polo passivo da relação processual. Registre-se que a análise das condições da ação é feita *in statu assertionis*, isto é, à luz das afirmações deduzidas pelo autor na peça de ingresso, independentemente da subsequente apreciação meritória. Se o relato autoral está ou não consentâneo com o direito, ou seja, se a reclamante foi realmente empregada da 1ª rda., isso é algo a ser dirimido em sede de *meritum causae* e tal circunstância, frise-se, só reforça a legitimidade *ad causam* da 1ª rda. Fica afastada a defesa processual em apreço.

# DA REVELIA E CONFISSÃO DA 2ª RDA.

Quanto à citação válida da 2ª rda., Costa Crociere Spa, revelia e confissão dessa ré, reporto-me à deliberação de fl. 194. Obviamente é rejeitado o pedido de desentranhamento dos docs. que embasaram o despacho de fl. 194. Mais. Está formalmente rejeitado o pedido de reconsideração daquela decisão, formulado na contestação da 1ª demandada. A contestação desta, no entanto, aproveita à 2ª acionada conforme o inc. I do art. 320 do CPC.

# DOS DOCUMENTOS EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

Tanto a reclamante como a 1ª rda. juntaram documentos em língua estrangeira. A empresa providenciou a versão em vernáculo por intermédio de tradutor juramentado; a autora não. Assim, os docs. em apreço, colacionados pela demandante, são desconsiderados (CPC, art. 157), sendo, no entanto, desnecessário seu desentranhamento. Por outro lado, em a 1ª ré tendo juntado e traduzido docs. iguais aos trazidos pela trabalhadora, a tradução logicamente aproveitará à laborista.

# DO ADITAMENTO À INICIAL

Indefere-se o aditamento à petição inicial, por 2 motivos, o primeiro coadjuvante; o segundo determinante.

- (1º) A 1ª rda. já havia sido citada, então o aditamento não era possível sem sua anuência (CPC, art. 294).
- (2º) O aditamento, apresentado na mesma peça em que a reclamante postulou o decreto de revelia e confissão da 2ª rda., é incompatível com este, como se extrai do art. 321 do CPC. Bem, a revelia e confissão da 2ª rda. foram decretadas (fl. 194), o que torna inválido o aditamento.

# DO CONTRATO DE TRABALHO, DIREITO APLICÁVEL E CONSEQUÊNCIAS

Conforme esquematizado pela 1ª rda. à fl. 225, o contrato de trabalho da autora durou de 21 de janeiro a 4.out.2012, tendo ela embarcado no Brasil, laborado em águas nacionais por 27 dias, em águas internacionais por 223 dias e desembarcado na Itália. O depoimento pessoal da demandante confirma tudo isso, como se lê à fl. 278.

O art. 8º da Resolução Normativa n. 71/2006 do Ministério do Trabalho e Emprego, norma jurídica invocada pela reclamante, está vazado nestes termos, *verbis*:

Art. 8º. Os brasileiros recrutados no Brasil e embarcados para laborar **apenas** durante a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira deverão ser contratados pela empresa estabelecida no Brasil ou na ausência desta, pelo agente marítimo responsável pela operação da embarcação, cujo contrato de trabalho será vinculado à legislação trabalhista brasileira aplicável à espécie.

Parágrafo Único. Considera-se temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira o período compreendido entre 30 (trinta) dias antes da partida da embarcação para o primeiro porto brasileiro até 30 (trinta) dias depois da saída do último porto brasileiro, incluindo neste período eventuais ausências das águas jurisdicionais brasileiras (grifo do subscritor).

Como se viu, a situação da reclamante não se enquadra nas disposições transcritas. Vale dizer: ela não trabalharia nem laborou apenas durante a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira, motivo pelo qual inexistia a exigência de que fosse contratada por empresa estabelecida no Brasil ou agente marítimo responsável pela embarcação, com







● JURISPRUDÊNCIA VOL. 6 | 2° SEMESTRE | 2015

o contrato vinculado à legislação brasileira. *In casu*, na verdade, é forço compreender que a acionante foi admitida para laborar sobretudo em águas internacionais. Ela podia, portanto, ser contratada por empresa estrangeira e ter a relação profissional regida por legislação de outro país.

Há ainda o termo de ajuste de conduta (TAC), celebrado pelo Ministério Público do Trabalho e a 1ª rda., em plena vigência. As alíneas "b" e "c" do seu item I repetem o preceito acima transcrito, da RN 71/2006. Nota-se, pois, que o TAC invocado pela reclamante é-lhe desfavorável.

Parece, aliás, fora de dúvida que a empresa contratante da autora não podia ser obrigada a contratá-la exclusivamente para a temporada nacional, se é que a contratação para um serviço assim limitado era do interesse da reclamante, que perderia a oportunidade de conhecer, ainda que superficialmente, outros países e culturas.

Em hipóteses como a vertente vem à tona a concepção do princípio do centro de gravidade, *most significant relationship*, de acordo com o qual as circunstâncias de um caso concreto, excepcionalmente, podem impor a aplicação de um direito nacional que a princípio seria inaplicável. No caso dos autos, conforme se verificou, entretanto, as circunstâncias envolvidas na relação profissional da autora não reclamam a aplicação da legislação brasileira.

Esclareça-se, neste passo, que os navios de cruzeiros percorrem o mundo, com tripulantes de várias nacionalidade e que, por uma questão de isonomia e harmonia a bordo, é melhor que todos tenham a relação profissional disciplinada por uma única legislação e não os brasileiros com o contrato de trabalho regido pela lei brasileira, os italianos, p. ex., pela legislação italiana e assim por diante.

As circunstâncias do presente caso demandam a aplicação da legislação ordinariamente incidente na espécie, a saber, o Código de Bustamante, aprovado no Brasil pelo Decreto n. 5.647/1929 e promulgado pelo Decreto 18.871 do mesmo ano. Eis o teor dos seus arts. 274, 279 e 281, *ipsis litteris:* 

Art. 274. A nacionalidade dos navios prova-se pela patente de navegação e a certidão de registro, e tem a bandeira como sinal distintivo aparente.

(...)

Art. 279. Sujeitam-se também à lei do pavilhão os poderes e obrigações do capitão e a responsabilidade dos proprietários e armadores pelos seus atos.

(...)

Art. 281. As obrigações dos oficiais e gente do mar e a ordem interna do navio subordinam-se à lei do pavilhão.

É a lei do pavilhão ou bandeira que se aplica nesta causa. Como se verifica nos docs. n. 8-11 do 1º volume de documentos, os navios Costa Magica e Costa Pacífica, em que a autora laborou, possuem bandeira italiana. Pois bem, é a lei italiana aquela passível de aplicação, mas nenhum pleito autoral baseia-se nessa legislação.

Em remate, pontifique-se inexistir justificativa para se considerar nulo o contrato de trabalho havido entre a reclamante e a empresa Cruise Ships Catering and Services International

N.V. - CSCS, – que sequer figura no polo passivo do processo. Em face do concatenado, denegam-se todos os pedidos formulados contra as reclamadas.

# DA JUSTIÇA GRATUITA

Defere-se à demandante o benefício da justiça gratuita nos termos do § 3º do art. 790 da CLT.

#### **DISPOSITIVO**

Analisando a reclamação trabalhista proposta por **Bárba-**ra Almeida contra as empresas **Costa Cruzeiros Agência**Marítima e Turismo Ltda. e **Costa Crociere SPA**, julgam-se
IMPROCEDENTES todos os pedidos formulados contra as reclamadas.

Custas pelo reclamante, no importe de R\$ 600,00, calculadas sobre o valor atribuído à causa (R\$ 30.000,00), de cujo recolhimento fica isenta.

Registre-se.

Intimem-se (publique-se).

WILDNER IZZI PANCHERI

Juiz Titular







17ª TURMA **RECURSO ORDINÁRIO** PROCESSO TRT/SP Nº 0002215-80.2011.5.02.0066 ORIGEM: 66ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

# RECORRENTE:

- 1. COMPANHIA DE ENGENHARIA DE TRÁFEGO -CET
- 2. LECI ALVES DE CARVALHO DOS SANTOS

Justa causa. Sindicância. Duração. Princípio da imediatidade. Procedimento administrativo utilizado para apuração de faltas cometidas por empregados públicos. Necessidade investigação completa sobre os fatos narrados pelos envolvidos, o que, todavia, não acontece do dia para noite, demanda tempo até para evitar conclusões precipitadas e, por conseqüência, injustiças. O tempo gasto na apuração até a conclusão final, na hipótese, foi razoável considerando a complexidade do caso. Perdão tácito não configurado. Recurso da ré a que se dá provimento para julgar improcedente o pedido.

Recurso Ordinário da ré, a fls. 168/176, contra a sentença de fls. 152/157, complementada pela decisão de embargos de declaração de fl. 166, em que o MM. juízo de origem julgou procedente em parte o pedido. Debate, em suma, a justa causa, pedido de reintegração, os danos morais e os honorários de advogado.

Também recorre a autora a fls. 185/187. Questiona, em suma, o valor da indenização de danos morais fixada na origem.

Contrarrazões a fls. 189/191 (autora) e 192/196 (ré). Preparo a fls. 177/179.

# VOTO

Recursos adequados e no prazo. O da ré veio com preparo correto. Subscritos por advogados regularmente constituídos. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade. Conheço.

# **RECURSO DA RÉ**

# Justa causa

Antes de tudo ressalto que o debate sobre inépcia da petição inicial é totalmente inócuo. Como bem destacado na origem o pedido relativo à reintegração com fundamento na Lei 8.213/91 foi feito de forma equivocada e a autora ao se manifestar sobre a defesa admitiu o erro material.

No mais, em atenção ao princípio da simplicidade destaco que o pedido e a causa de pedir são claros, ou seja, atendem ao disposto no art. 840 da Consolidação das Leis do Trabalho, e justamente por isso a recorrente conseguiu elaborar defesa tão complexa e rica em detalhes.

Por fim, destaco que o pedido de reintegração não foi formulado com base em uma pretensa estabilidade ou garantia de emprego, mas, sim, sobre aparente nulidade do procedimento administrativo que resultou na dispensa da recorrida.

Feitas essas considerações, ao mérito.

A recorrente, Companhia de Engenharia de Tráfego, é uma sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Não explora, assim, atividade econômica e, por isso, não sujeita ao regime jurídico das entidades privadas tal e qual na forma prevista no art. 173,§1º, da Constituição Federal.

Logo, esse ente integrante da administração indireta do Município de São Paulo se submete a um regime híbrido, sujeitando a limitações que visam garantir a prevalência do interesse público. Por isso, suas decisões devem ser sempre motivadas, ainda que relativas a empregados contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como é o caso da autora. A dispensa por alguma falta cometida pelo empregado, assim, deve estar amparada em sindicância ou processo disciplinar em que se assegure ao acusado amplo direito de defesa e ao contraditório na forma do art. 5º,LV, da Constituição Federal, sob pena especialmente de se afrontar os princípios da moralidade e impessoalidade que regem a administração pública direta e indireta (art. 37 da Constituição Federal). Isso evita perseguições e dá ao procedimento a transparência e publicidade necessárias.

No caso, na petição inicial a recorrente não nega de forma enfática a falta a ela imputada, diz apenas que no curso da sindicância não teve o direito de se defender, pois quando chamada a depor não pode se fazer acompanhar de advogado. Está claro, portanto, que a discussão relativa ao aparente cerceamento de defesa, nos parâmetros fixados pela própria autora, se restringe ao direito à defesa técnica. Mas nesse ponto a recorrente não tem razão. No que diz respeito à participação do advogado no curso da sindicância ou do procedimento disciplinar, lembro que o Supremo Tribunal Federal nos termos da Súmula Vinculante n. 5 já deixou claro que sua ausência não afronta à Constituição Federal em outras palavras, não afronta o direito à ampla defesa.

Recordo ainda, por outro lado, que não há nos autos prova de que a ré, em procedimentos administrativos de apuração de faltas, tem a obrigação de cumprir rito previamente estabelecido em norma interna.

Mais. Ainda que se parta da premissa que a CET na condição de empresa prestadora de serviços públicos tivesse que agir inspirada nas regras federais aplicáveis a servidores públicos, há de se considerar que em seu recurso (doc. 12/fls. 9 a 11/14 - volume em apartado) a recorrida não disse uma única palavra sobre eventual impossibilidade de apresentação de defesa prévia ou necessidade de concessão de prazo para tanto. Tivesse a recorrida, de fato, sido impedida de se defender como julga adequado, teria ali requerido a nulidade de todo o procedimento.

A autora, em juízo, também teve todas as oportunidades de se defender e assim rebater a prova produzida no processo de sindicância. Assim, ainda, que a validade do procedimento administrativo seja questionável, isso não impede que o Poder Judiciário reconheça a falta cometida caso provados os fatos narrados pela empregadora.

Isso porque que está em jogo é algo muito maior do que o interesse das partes e formalismos não podem prevalecer sobre a realidade e a moral. Foge ao senso de justiça e até causa revolta que condutas graves envolvendo agentes públicos fiquem impunes. Por isso, a hipótese de ser analisada à luz do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho:



● JURISPRUDÊNCIA VOL. 6 | 2° SEMESTRE | 2015

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (Original sem destaque).

No caso, como já dito, na petição inicial a recorrida não nega que cometeu a falta. Limita-se a invocar princípios que regem a atuação da administração pública direta e indireta das três esferas e a dizer que a defesa técnica era necessária e que houve perdão tácito por falta de imediatidade.

Tal comportamento é no mínimo estranho, porque a recorrente como já noticiado teve acesso aos autos da sindicância e por isso tinha a obrigação de dar em juízo sua versão dos fatos.

Não bastasse, a ampla prova documental não deixa dúvida de que a recorrente, com sua conduta - pode se dizer, no mínimo apressada e impensada, - afrontou não só a autoridade de sua colega de trabalho, como a própria imagem da ré.

Explico.

A falta que aqui se discute foi cometida em 14 agosto de 2010 quando a Sra. Adriana acompanhava a autora, em campo, em um treinamento na função de operadora de trânsito II. No dia fatídico, ela e a autora teriam sido interpeladas por um munícipe que havia sido multado pela Sra. Adriana e, enquanto essa dava as explicações e orientações necessárias, foi interrompida pela recorrida que ofereceu ao cidadão inconformado ajuda para cancelar os pontos da multa em questão tendo-lhe fornecido, para isso, seu próprio telefone residencial.

Esse fato, ainda que negado em parte pela recorrida, foi confirmado pelo condutor do veículo multado, Sr. Fausto de Carvalho Izoldi. Em seu depoimento à comissão sindicante, o cidadão afirmou que enquanto a Sra. Adriana, após ter sido interpelada, contra-argumentava que nada poderia fazer e que ele poderia recorrer se assim julgasse conveniente, a autora, que até então nada havia dito, disse que conhecia alguém que talvez pudesse lhe ajudar. O depoente não se recorda como ocorreu a informação, se a Agente apenas mencionou um nome e telefone e ele próprio anotou, ou se ela lhe entregou algum papel já escrito, enfim ela passou informações de alguém que talvez pudesse ajudar com relação ao cancelamento dos pontos daquela multa.

Ora, ainda que tenha agido com as melhores das intenções, a recorrida, em outras palavras, naquele momento deu razão ao munícipe, ou seja, concordou que a colega que lhe treinava, teria agido de forma errada e ainda se valeu de sua função para intermediar um possível negócio com terceiros que depois no curso da sindicância, soube se tratar de seu marido, agente de trânsito que trabalha há mais de trinta anos na ré, fato, por sua vez admitido pela autora em seu próprio recurso (doc. 12 fl.9/14) " reconheço que me adiantei em relação à minha colega de trabalho (...) passei então o número de telefone de minha residência ao munícipe para que após conversar com meu marido pudesse orientá-lo."

Ainda que o contato telefônico não tenha ocorrido isso não diminui a gravidade da situação. A conduta constitui mau procedimento, insubordinação em relação aquela responsável por seu treinamento e ato de improbidade, por tentar a autora intermediar transação visando cancelar os efeitos de penalidade aplicável por agente de trânsito investida do Poder de Polícia da administração indispensável a garantir o cumprimento das normas de ordem pública, a supremacia do interesse público e principalmente a paz social.

Note-se que até mesmo o promotor que acompanhou o caso para fins de apuração de eventual ilícito penal compartilha da mesma conclusão quando destaca que: "Pelo que se pode esclarecer nos autos, a investigada teria indicado uma forma ilegal de se esquivar das penalidades atribuídas pela CET, desrespeitando os procedimentos da própria empresa em que trabalha, ato de improbidade que justifica as medidas administrativas a que foi sujeita, conforme processo de sindicância" (fls. 130/131).

No que diz respeito à imediatidade, o procedimento investigativo teve início tão logo os fatos noticiados pela Sra. Adriana chegaram a conhecimento da ré. Primeiro através de procedimento preliminar feito para se avaliar a real necessidade da apuração da situação e posteriormente através de uma sindicância.

No curso desta última foram ouvidas todas as pessoas envolvidas, inclusive o Munícipe multado, rastreados telefones, autos de infrações, recursos administrativos e demais dados relativos ao condutor do veículo, tudo visando esclarecer o caso. E isso não acontece do dia para noite, demanda tempo até para evitar conclusões precipitadas e, por conseqüência, injustiças. O tempo gasto na apuração até a conclusão final foi razoável considerando a complexidade do caso. Nesse contexto, não existe o alegado perdão tácito.

Por fim, nem se diga, ainda, que a recorrida já foi punida em razão do quanto dito pela testemunha Adriana em seu depoimento (fl.144). Em absoluto. No recurso que apresentou, a autora confirma que a Sra. Adriana apenas a alertou sobre o erro cometido.

Nesse contexto, reconheço a validade da justa causa aplicada pela empregadora. Exclui-se da condenação os salários vencidos e vincendos e a ordem de reintegração. Por conseqüência, não há também em que se falar em afronta à dignidade da trabalhadora. Indevida, assim, a indenização de danos morais. Prejudicada por conseqüência a análise dos demais tópicos do recurso da ré e o recurso da autora.

# **DISPOSITIVO**

ACORDAM os Magistrados da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em DAR PROVIMENTO ao recurso da ré para, assim, rejeitar o pedido. Sucumbente a autora, não há em que se falar em honorários de advogado. Custas em reversão das quais a autora está isenta. Prejudicada a análise do recurso da autora.

FLÁVIO VILLANI MACÊDO

Relator





PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2º REGIÃO

PROCESSO nº 1000356-20.2013.5.02.0461 (RO) RECORRENTE: FUNDACAO CENTRO DE ATENDIMEN-TO SOCIO-EDUCATIVO AO ADOLESCENTE - FUNDACAO CASA-SP

RECORRIDA: KELLY CRISTINA MARTINS PEREIRA **RELATOR: SERGIO PINTO MARTINS** 

# I- RELATÓRIO

Interpõe recurso ordinário a FUNDAÇÃO CENTRO DE ATENDIMENTO SÓCIO-EDUCATIVO AO ADOLESCENTE -FUNDAÇÃO CASS - SP, alegando a impossibilidade de concessão de tutela antecipada. Alega que houve alteração do contrato de trabalho. Arqui impossibilidade do judiciário interferir na esfera discricionária da recorrente, sob pena de violação ao princípio do artigo 2º da Constituição Federal. Aduz que é isenta do recolhimento de custas. Deve ser dado provimento ao recurso para modificar a sentença.

Não há contrarrazões.

É o relatório.

# **II- CONHECIMENTO**

O recurso é tempestivo.

A reclamada está dispensada de recolhimento do depósito recursal e do pagamento das custas (Decreto-lei n.º 779/69 e art. 790-A, I, CLT).

O caso dos autos não é de exame da sentença para efeito de remessa oficial, pois não há valor arbitrado à condenação (artigo 475, § 2º, do CPC).

Conheço do apelo, pois foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

# III- FUNDAMENTAÇÃO

A autora ingressou com reclamatória objetivando, entre outras coisas, a alteração de sua escala de trabalho 2 X 2 das 7 às 19 horas para a escala 2 X 2 das 19 às 7 horas, em razão de ser genitora de uma criança portadora de autismo primário, com comprometimento cognitivo e dependência em atividades diárias. Alega que seu filho necessita de tratamento especializado no Centro Pró-Autista, no horário das 8:45 às 10:30 horas às quintas-feiras e tratamento equoterápico todos os sábados das 11:10 às 11:50 horas, no Centro de Equoterapia Voo de Liberdade. Sustenta que há necessidade de outras terapias durante a semana para a melhora das relações e melhor percepção do mundo. Assevera que na escala em que está trabalhando (2 X 2 das 7 às 19 horas), encontra dificuldades à aceitação e validação de seus atestados médicos no que concerne às faltas ao trabalho.

Em contestação, a ré alegou que o horário de trabalho é estabelecido por critérios objetivos de cada unidade. Sustenta que o período crítico das unidades é sem dúvida o matutino e o vespertino. Aduz que o poder judiciário não pode interferir

na organização de seus funcionários, sob pena de violação à separação dos poderes. Aduz que o direito da empregadora alterar a jornada de trabalho está previsto no contrato de trabalho. Requer a improcedência da ação para evitar a mudança de horário da autora, tendo em vista a supremacia do interesse público, do poder hierárquico e do poder diretivo do empregador.

Com efeito, embora a modificação da jornada se insira no poder diretivo do empregador (CLT, art. 2º), não há que se cogitar em ofensa aos artigos 9º e 468 da CLT, muito menos a Portaria 74/2007.

Em sua contestação a recorrente faz alusão ao Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 4) esquecendo-se que a causa da alteração de horário de trabalho é uma criança de cinco anos, que tem deficiência, preocupando-se apenas com o poder diretivo do empregador.

Dispõe a Lei nº 8069/1990 em seus artigos 3º, 4º, 7º e 11º in verbis:

"... 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-selhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juven-

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado...".



A autora comprovou suas alegações por meio de documentos colacionados aos autos.

Alega a recorrente a impossibilidade de concessão de tutela antecipada, uma vez que ausentes os requisitos autorizadores, quais sejam, a fumaça do bom direito e o perigo da demora.

Ao contrário do que alega a recorrente, presentes os requisitos do artigo 461 do CPC que dispõe que:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

O caso dos autos não é o do parágrafo 2.º do artigo 7.º da Lei n.º 12.016/09, pois não se trata de equiparação a servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Por derradeiro, não há nos autos qualquer demonstração de prejuízo à recorrente que tem em seus quadros funcionários que trabalham em três turnos. Ao contrário, sua funcionária não necessitará mais ausentar-se do serviço em razão dos tratamentos de seu filho.

Não houve alteração do contrato de trabalho.

Não há que se falar em violação ao inciso II do artigo 5º da Constituição, pois foi respeitada a lei para o caso vertente. Se houvesse, seria reflexa, indireta e não literal e direta.

Pontes de Miranda afirma que "se fôssemos aceitar a indistinção não haveria nenhuma ilegalidade; todas as questões de irregularidade da legislação ou dos atos dos poderes públicos seriam questões constitucionais (Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.º 1, de 1969. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, p. 298).

No STF há julgamentos no mesmo sentido:

A petição de agravo regimental não demonstra a falta de fundamentação do acórdão recorrido. Por outro lado, é firme a jurisprudência da Corte no sentido de que a ofensa ao artigo 5.º, II, da Carta Magna, por demandar o exame prévio da legislação infraconstitucional, é alegação de violação indireta ou reflexa à Constituição, não dando margem, assim, ao cabimento do recurso extraordinário. Agravo a que se nega provimento (STF, 1ª T, Ag. 308990-MG, Rel. Min. Moreira Alves, j. 27.3.2001, DJ 18.5.01, p. 78).

Trabalhista. Acórdão que não admitiu recurso de revista, em razão da ausência de autenticação das peças do agravo. Alegada afronta ao artigo 5.º, II, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

Questão suscetível de ser apreciada senão por via da legislação infraconstitucional que fundamentou o acórdão, procedimento inviável em sede de recurso extraordinário, onde não cabe a aferição de ofensa reflexa e indireta à Carta Magna. Recurso não conhecido. (STF, 1ª T, RE 232731-DF, j. 13.4.99, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 6.8.99, p. 50).

Recurso extraordinário: descabimento, quando fundado na alegação de ofensa reflexa à Constituição.

1. Tem-se violação reflexa à Constituição, quando o seu

reconhecimento depende de rever a interpretação dada a norma ordinária pela decisão recorrida, caso em que a hierarquia infraconstitucional dessa última que define, para fins recursais, a natureza de questão federal.

2. Admitir o recurso extraordinário por ofensa reflexa ao princípio constitucional da legalidade seria transformar em questões constitucionais todas as controvérsias sobre a interpretação da lei ordinária, baralhando as competências repartidas entre o STF e os tribunais superiores e usurpando até a autoridade definitiva da Justiça dos Estados para a inteligência do direito local (STF, 1ª T., Ag Reg. em AG. de Instr, 134.736-9-SP, j. 21.6.94, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 17.2.95, p. 2.747).

O debate em torno da aferição dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, notadamente quando o exame de tais requisitos formais apoiar-se em enunciados sumulares do Tribunal Superior do Trabalho, não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por envolver discussão pertinente a tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se em causas de natureza trabalhista, deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes (STF, AR AI 237.138-1-SP, Ac. 2. T, j. 27.6.00, Rel. Min. Celso de Mello, LTr 65-05/571).

Recurso Extraordinário - Alegada violação aos preceitos constitucionais inscritos nos arts. 5.º, II, XXXV, XXXVI, LIV, LV e 93, IX Ausência de ofensa direta à Constituição - Contencioso de mera legalidade - Recurso improvido. A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária (STF, 2ª T., AgR- AI 333.141/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.12.2001).

Constitucional - Recurso extraordinário: Alegação de Ofensa aos arts. 5.º, II, XXXV, XXXVI, LIV, LV, 7.º, XXIX, e 93, IX I- Alegação de ofensa à Constituição que, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. II- Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, inocorrendo o contencioso constitucional. III-Agravo não provido (STF, 2ª T., AgR-RE 245.580/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 8.3.2002).

III- A jurisprudência da Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5.º, II, XXXV, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legisla-



ção processual ordinária. IV- Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão atacada. V- Agravo regimental improvido (STF, AgRg AI 661.291/BA-1ª T., Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU 1 9.11.07).

Esclarece a Súmula 636 do STF que não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

O caso dos autos não é demérito administração de atos da Administração Pública, mas de empregador. Não há violação ao artigo 2.º da Constituição.

Mantenho a sentença.

#### Custas

Por força do inciso I do artigo 790-A da CLT as fundações públicas estaduais são isentas das custas. Dou provimento.

A jurisprudência mencionada no recurso não vincula o julgador, nem representa fundamento para embargos de declaração. Não precisa ser analisada, pois a análise é das razões do recurso e não do teor de acórdãos. As razões do recurso foram analisadas.

Atentem as partes para a previsão do parágrafo único do artigo 538 do CPC e artigos 17 e 18 do CPC, não cabendo embargos de declaração para rever fatos e provas e a própria decisão.

# **IV- DISPOSITIVO**

Pelo exposto, **ACORDAM** os Magistrados da 18ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região: conhecer do recurso, por atendidos os pressupostos legais e, no mérito, **dar-lhe provimento parcial** para excluir da condenação as custas processuais. Mantido o valor arbitrado para efeito do cálculo das custas.

**SERGIO PINTO MARTINS** 

Relator







# **VOTO**

18.ª TURMA

PROCESSO TRT/SP N.º 0002589-63.2013.5.02.0022 REMESSA DE OFÍCIO E RECURSO ORDINÁRIO DA 22ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL № 000773605.2014-5.02.0000 (EM APENSO)

RECORRENTES: VARA DO TRABALHO E HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNI-VERSIDADE DE SÃO PAULO

RECORRIDA: SÍLVIA ZERAIK MELO BUENO TETO REMUNERATÓRIO. PROCURADOR AUTÁRQUI-CO. REDUTOR SALARIAL.

A Constituição Federal não estabeleceu qualquer distinção entre os Procuradores do Estado e os Procuradores Autárquicos, atribuindo-lhes a Constituição Estadual idênticos direitos e deveres, garantias e prerrogativas, proibições e impedimentos. Nesse passo, indubitável que não cuida a hipótese de equiparação, vinculação ou tratamento isonômico entre Procuradores do Estado e Procuradores de Órgãos da Administração Indireta ou Fundacional. Assim, o teto remuneratório previsto no inciso XI, do artigo 37, da Constituição da República não pode ser aplicado de forma diferenciada às carreiras de Procurador do Estado e de Procurador Autárquico.

Remessa de ofício e Recurso ordinário a que se nega provimento.

Da r. sentença de fls. 197/199, complementada pela decisão de embargos de declaração à fl. 202, cujo relatório adoto e que julgou parcialmente procedentes os pedidos, recorre o reclamado às fls. 206/230, alegando que são perfeitamente lícitos os descontos dos vencimentos brutos da reclamante, de acordo com a Emenda Constitucional n.º 41/2003, que deu nova redação ao inciso XI, do artigo 37, da Constituição Federal, com base no subsídio do Governador do Estado, não sendo possível a concessão de tutela antecipatória, nos casos em que figure no polo passivo da relação jurídica processual a administração pública indireta. Sem custas, na forma da lei.

Há remessa oficial para o reexame necessário.

A reclamante apresentou suas contrarrazões às fls. 235/240.

Parecer de d. representante do Ministério Público do Trabalho pelo regular prosseguimento, sem prejuízo de manifestações futuras, se necessário, consoante artigo 83, incisos VI e VII, da Lei Complementar n.º 75/93

Em apenso, Medida Cautelar Incidental sob n.º 0007736-05.2014.5.02.0000 apresentada pelo réu, objetivando efeito suspensivo ao apelo. A liminar foi indeferida inaudita altera pars, conforme razões desta relatora às fls. 7/09, sendo determinado o apensamento do feito, após manifestação da requerida, para o julgamento definitivo da matéria.

É o relatório.

CONHEÇO da remessa de ofício e do recurso ordinário do reclamado, por presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

# **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Na inicial, ajuizada em 18/09/2013, asseverou a autora que, admitida em 18/06/90, como servidora do reclamado (entidade vinculada à Secretaria de estado da Saúde), mediante concurso público, sob regime celetista, sempre exerceu o cargo de procuradora autárquica, sofrendo redução de seus vencimentos mensais desde 2008, a título de "REDUTOR SA-LARIAL - EC. 41/2003", limitado o valor da remuneração ao subsídio mensal do Governador do Estado, desconto ilegal que continua a ser praticado no valor de R\$ 2.890,14 (base de julho/2013). A Emenda Constitucional nº 41/2003 deu nova redação ao inciso XI, do artigo 37, da Constituição Federal, disciplinando o "teto" ou limite máximo remuneratório dos servidores públicos de 90,25% do subsídio de Ministro do STF. O Estado de São Paulo, em 6/01/2004, editou o Decreto n.º 48.407, determinando a aplicação do limite ou teto de 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal apenas aos Procuradores do Estado. Aos demais servidores, inclusos os Procuradores de autarquias, o decreto mandou aplicar teto inferior àquele, correspondente ao valor do subsídio do Governador do Estado em afronta o comando do inciso XI, do artigo 37, da Constituição Federal.

O Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias. das Fundações e Universidades de Direito Público e a Associação dos Procuradores Autárquicos de São Paulo agiram perante a Administração sem sucesso, apesar dos pareceres do Procurador do Estado MAURO DE MEDEIROS KELLER e da Professora de Direito Constitucional da USP, Dra. ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ e da exposição do relator da proposta da Emenda 41/03, de que o legislador constituinte deu tratamento igualitário aos ocupantes do cargo de procurador com relação ao teto remuneratório. Não pode norma infraconstitucional dispor de forma diversa do previsto no artigo 31, XI, da Constituição Federal, fazendo distinção entre Procurador do Estado e Procurador de Autarquia. As duas categorias são regidas pela Lei Complementar n.º 478/86 (Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado). O Procurador da Autarquia é integrante da advocacia pública, não podendo submeter-se a outro teto que não o do Judiciário, consoante entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 558.258-SP, seguindo na mesma esteira o Colendo Tribunal Superior do Trabalho (TST-RR 237400-74.2005.5.02.0045, ARR 188200-71.2009.5.02.0041). O Governo do Estado reeditou os termos do Decreto Estadual n.º 48.407/2004 na Lei Complementar n.º 1.077/2008. A gravidade do prejuízo sofrido com a imposição do redutor salarial atinge praticamente 15% do total da remuneração obreira. No rol dos pedidos, postulou a declaração de ser aplicável o teto ou limite máximo remuneratório no valor equivalente a 90,25% do subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal ou teto do Judiciário, por força e desde a vigência da EC 41/2003 (31/12/2003), a determinação para abster-se o reclamado de realizar redução ou desconto por conta da Emenda n.º 41/2003 se esse total não ultrapassar o teto, fixando multa diária pelo descumprimento, o ressarcimento ou restituição das importâncias descontadas desde 2008 a título de "redutor EC 41" ou a título de aplicação do Decreto n.º 48.407/04 ou LC



JURISPRUDÊNCIA •

n.º 1.077/08, prestações vencidas e vincendas bem como reflexos, e o devido apostilamento no prontuário administrativo.

Requereu a antecipação parcial da tutela pretendida, para o fim de ser determinado ao réu que em obediência à regra do inciso XI, do artigo 37, da Constituição Federal aplique à remuneração obreira o teto previsto para os ocupantes do cargo de Procurador (teto do Judiciário), ou seja, 90,25% do subsídio dos Ministros do E. STF.

Por decisão à fl. 35, indeferido o pedido de tutela, por não vislumbrado o preenchimento de todos os requisitos do art. 273, do CPC.

A defesa (fls. 40/61) alegou prescrição bienal do direito, em decorrência da redução aplicada em fevereiro de 2004 (Decreto 48.407/2004), e exercício pela demandante de função de procuradora autárquica contratada pelo regime celetista. O E. STF afastou, por inúmeras vezes pelo Plenário, em sede de controle concentrado (ADIN's 1434-0-MC/SP, 112-BA, 120-5/AM), qualquer equiparação, vinculação ou tratamento isonômico entre Procuradores do Estado e Procuradores de Órgãos da Administração Indireta ou Fundacional. O parágrafo 1º, do artigo 1º, do Decreto Estadual n.º 48.407/2004 compatibiliza-se com a nova ordem constitucional. O Poder Judiciário não pode invadir competência do Poder Executivo. Há a lei de responsabilidade fiscal e a impossibilidade de antecipação da tutela. Não há ilegalidade na aplicação do redutor salarial.

A r. sentença, pronunciando a prescrição das parcelas anteriores a 18/09/2008, julgou procedente em parte a demanda, para declarar que a reclamante tem direito à percepção do seu salário integral, sem a incidência do redutor salarial que lhe foi imposto com base na EC 41/2003, e para condenar a reclamada no pagamento dos valores descontados sob a rubrica REDUTOR SALARIAL – EC 41/2003, a serem apurados em liquidação de sentença, acrescidos de juros e de correção monetária e autorizados os descontos previdenciários e de imposto de renda.

Insta destacar os fundamentos adotados pela origem: "Redutor salarial EC 41/2003

A Reclamante alega que a aplicação, pela Reclamada, do teto remuneratório previsto na EC nº 41/2003 fere os princípios da irredutibilidade salarial e do direito adquirido, razão pela qual postula o reconhecimento do direito à percepção de seu salário integral, sem a incidência deste redutor salarial, bem como o pagamento de diferenças salariais vencidas decorrentes dos descontos já efetuados.

O art. 37, inciso XI, da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003) dispõe que:

"XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, apli-

cando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos".

Verifica-se que a Emenda Constitucional nº 41/2003, ao criar um novo regime jurídico para a remuneração dos servidores públicos ativos e inativos, fixando tetos remuneratórios para os servidores de todos os Poderes e esferas da Federação, buscou prestigiar o princípio da moralidade administrativa.

Entretanto, este não pode se sobrepor à garantia de irredutibilidade de vencimentos, com base nas disposições do art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal e art. 468, da CLT, mormente se considerado que a Reclamante obteve suas vantagens remuneratórias com base em outras normas legais.

Ressalte-se que o ente público, quando contrata empregados pela égide da Consolidação das Leis do Trabalho, equipara-se ao empregador privado, sujeitando-se às regras trabalhistas.

Neste sentido a jurisprudência do E. TRT 2:

"Teto remuneratório. Emenda Constitucional 41/2003. Respeito à irredutibilidade salarial prevista no artigo 7º, VI, da Constituição Federal e artigo 468, da CLT. A Emenda Constitucional 41/2003 estabeleceu parâmetros moralizadores quanto aos vencimentos e proventos, criando a figura do 'teto remuneratório'. Contudo, tal questão não é suficiente para afastar o direito do reclamante em ver intocado seu salário, com fulcro nas disposições contidas nos artigos 7º, VI, da Constituição Federal e artigo 468, da CLT, na medida em que as vantagens remuneratórias lhe foram concedidas por outras normas legais. O respeito à Constituição Federal, em todos os seus aspectos, mas em especial aos direitos e garantias fundamentais nela inseridos, dentre os quais estão os direitos sociais, é linha mestra para o atendimento ao princípio da legalidade, para a concretização da moralidade, para a exteriorização da impessoalidade, da publicidade e da eficiência administrativa" (TRT 2ª Região, 9ª T RO 00087-2007-051-02-00-1, SP, Rel. Des. Federal do Trabalho Jane Granzoto Torres da Silva, j. 26/05/2008).

Extraio do voto os argumentos principais, que adoto como razões de decidir, juntamente com as premissas já alinhadas acima:

"A matéria já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, no MS 24.875-1 mencionado pelo recorrente em suas razões, com deliberação pelo Tribunal Pleno, prevalecendo o voto do Eminente Relator Ministro Sepulveda Pertence, valendo a transcrição abaixo:

Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (Art. 184, III, da L. 1.711/52, c/c o art. 250 da L. 8.112/90) e o teto constitucional após a EC 41/2003:



JURISPRUDÊNCIA

VOL. 6 | 2° SEMESTRE | 2015

garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade.

Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos – modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas. Ainda que, em tese, se considerasse susceptível de sofrer dispensa específica pelo poder de reforma constitucional, haveria de reclamar para tanto norma expressa e inequívoca, a que não se presta o art. 9º da EC 41/03, pois o art. 17 ADCT, a que se reporta, é norma referida ao momento inicial de vigência da Constituição de 1988, no qual incidiu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta a sua eficácia; de qualquer sorte, é mais que duvidosa a sua compatibilidade com a 'cláusula pétrea' de indenidade dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição de 1988, recebida como ato constituinte originário. Os impetrantes - sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos -, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal. Destarte, a dedução efetuada pelo reclamado nos salários do autor, sob a rubrica 'redutor salarial - EC.41/2003', a partir de fevereiro/04, longe de encontrar supedâneo nos princípios informadores da Carta Magna, de fato os violam, sobretudo o concernente à garantia de irredutibilidade salarial."

Assim, acolho os pedidos formulados pela Reclamante, para declarar que esta tem direito à percepção do seu salário integral, sem a incidência do redutor salarial que lhe foi imposto com base na EC 41/2003, além de determinar que a Reclamada se abstenha de efetuar descontos nos vencimentos da Reclamante a título de redutor salarial.

Procede, ainda, o pedido de devolução dos descontos já efetivados sob a rubrica de REDUTOR SALARIAL, observado o período imprescrito".

Os embargos de declaração opostos pela demandante foram acolhidos pelo juízo recorrido (fl. 202) para, sanando a omissão apontada, "deferir a antecipação dos efeitos da tutela para determinar que a condenação à devolução dos valores sob a rubrica REDUTOR SALARIAL – EC 41/2003 alcance parcelas vencidas e vincendas até a comprovação da inclusão em folha".

# TETO REMUNERATÓRIO - MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Insurge-se o recorrente contra o decisum que declarou o direito obreiro à percepção do salário integral, sem a incidência do redutor salarial que lhe foi imposto, com base na EC 41/2003. Alega serem perfeitamente lícitos os descontos dos vencimentos brutos da reclamante, de acordo com a Emenda Constitucional n.º 41/2003, que deu nova redação ao inciso

XI, do artigo 37 da Constituição Federal, com base no subsídio do Governador do Estado, não sendo possível a concessão de tutela antecipatória, nos casos em que figure no polo passivo da relação jurídica processual a administração pública indireta.

O inconformismo não procede.

A autora ocupa o cargo de procuradora autárquica, admitida mediante contrato regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, passando a sofrer descontos em seus vencimentos em função do Decreto Estadual nº. 48.407/2003, que dispõe sobre a aplicação do limite máximo fixado no artigo 8º, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, do Estado de São Paulo, a seguir:

"Artigo 1º - Para fins de aplicação do limite máximo fixado no artigo 8º, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, considerar-se-á, no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Estado de São Paulo, o valor do subsídio mensal do Governador do Estado. §  $1^{\circ}$  - Para os integrantes da carreira de Procurador do Estado, e dos ocupantes de cargos de provimento em comissão privativos de Procurador do Estado, o valor a ser considerado para fins de aplicação do limite máximo fixado no artigo 8º, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, é o correspondente a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração do Ministro do Supremo Tribunal Federal. § 2º - O disposto no caput deste artigo aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que recebam recursos do Estado para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral".

A Constituição Federal, ao mencionar de forma genérica o termo "Procuradores" no seu inciso XI, do artigo 37, não faz distinção entre procuradores da Administração Pública Direta e Indireta:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Gover-



nador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, de 19/12/2003) ..." (sublinhei).

A Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 11-A, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece que os Procuradores das Autarquias permanecem sujeitos às disposições legais atinentes a direitos e deveres, garantias e prerrogativas, proibições e impedimentos dos Procuradores do Estado, vinculados, portanto, à Procuradoria Geral do Estado, (artigo 101):

"Artigo 11 - Aos Procuradores do Estado, no prazo de sessenta dias da promulgação da Lei Orgânica da Defensoria Pública, será facultada opção, de forma irretratável, pela permanência no quadro da Procuradoria Geral do Estado, ou no quadro de carreira de Defensor Público, garantidas as vantagens, níveis e proibições. Artigo 11-A-A assunção das funções dos órgãos jurídicos das autarquias, inclusive as de regime especial, pela Procuradoria Geral do Estado fica condicionada à adequação da estrutura organizacional desta, sem prejuízo da possibilidade de imediata designação de Procuradores do Estado para a execução de tarefas específicas do interesse das entidades autárquicas, por ato do Procurador Geral do Estado, mediante prévia solicitação do respectivo Superintendente.(NR) §1º - Os cargos e as funções-atividades de Procurador de Autarquia, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais, ficarão extintos, na vacância, na forma a ser estabelecida em lei, assegurado aos seus atuais titulares e ocupantes o exercício das atribuições respectivas, bem como a ascensão funcional, nos termos da legislação em vigor. (NR) §2º - Enquanto não efetivada por completo a assunção dos órgãos jurídicos das autarquias pela Procuradoria Geral do Estado, a eles continuará aplicável o disposto no artigo 101, caput, desta Constituição, permanecendo os Procuradores de Autarquia que os integram sujeitos às disposições legais atinentes a direitos e deveres, garantias e prerrogativas, proibições e impedimentos dos Procuradores do Estado. (NR) (Artigo 11-A acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19 de 14/04/2004)". (Sublinhei)

"Artigo 101 - Vinculam-se à Procuradoria Geral do Estado, para fins de atuação uniforme e coordenada, os órgãos jurídicos das universidades públicas estaduais, das empresas públicas, das sociedades de economia mista sob controle do Estado, pela sua Administração centralizada ou descentralizada, e das fundações por ele instituídas ou mantidas. (NR)

Parágrafo único - As atividades de representação judicial, consultoria e assessoramento jurídico das universidades públicas estaduais poderão ser realizadas ou supervisionadas, total ou parcialmente, pela Procuradoria Geral do Estado, na forma a ser estabelecida em convênio. (NR)"

Não bastasse isso, cabe à Procuradoria Geral do Estado a representação judicial e extrajudicial das autarquias, conforme estabelece o artigo 99, da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (Lei Complementar n. 478, de 18 de julho de 1986, atualizada até a Lei Complementar n.º 1.082, de 17 de dezembro de 2008 e consolidada até a Lei Complementar n.º 1.113, de 26 de maio de 2010):

"Artigo 99 - São funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado:

- I representar judicial e extrajudicialmente o Estado e suas autarquias, inclusive as de regime especial, exceto as universidades públicas estaduais; (Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual n. 19, de 14.04.2004)
- II exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e das entidades autárquicas a que se refere o inciso anterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual n.º 19, de 14.04.2004)
- III representar a Fazenda do Estado perante o Tribunal de Contas;
- IV exercer as funções de consultoria jurídica e de fiscalização da Junta Comercial do Estado;
- V prestar assessoramento jurídico e técnico-legislativo ao Governador do Estado; (Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual n.º 19, de 14.04.2004)
- VI promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual;
- VII propor ação civil pública representando o Estado;VIII prestar assistência jurídica aos Municípios, na forma da lei;
- IX realizar procedimentos administrativos, inclusive disciplinares, não regulados por lei especial; (Redação dada pela Emenda Constitucional Estadual n.º 19, de 14.04.2004)
- X exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei".

À evidência, a Constituição Federal não estabeleceu qualquer distinção entre os Procuradores do Estado e os Procuradores Autárquicos, atribuindo-lhes a Constituição Estadual idênticos direitos e deveres, garantias e prerrogativas, proibições e impedimentos.

Ressalte-se que o parágrafo 12, do artigo 37, da Constituição Federal, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, facultando aos Estados e Distrito Federal fixar em seu âmbito o mesmo teto remuneratório:

"§ 12. Para os fins do disposto no inciso XI do caput deste artigo, fica facultado aos Estados e ao Distrito Fe-



deral fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores (NR)".

Nesse passo, indubitável que não cuida a hipótese de equiparação, vinculação ou tratamento isonômico entre Procuradores do Estado e Procuradores de Órgãos da Administração Indireta ou Fundacional (ADIN's 1434-0-MC/SP, 112-BA, 120-5/AM), como alegado nas razões recursais (fl. 212).

Assim, o Decreto Estadual nº. 48.407/2003, ao fazer distinção entre o teto remuneratório dos Procuradores do Estado e dos Procuradores autárquicos e fundacionais feriu de morte o inciso XV, do artigo 37, da Constituição Federal que trata da irredutibilidade de vencimentos.

Insta trazer à lume o julgamento do Recurso Extraordinário 574.203 São Paulo pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, delineando o alcance da expressão "Procuradores":

# "SEGUNDO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁ-RIO 574.203 SÃO PAULO

# **RELATOR: MIN. GILMAR MENDES**

DECISÃO: Trata-se de agravo regimental em recurso extraordinário interposto contra decisão de fls. 237-240 que deu provimento ao apelo, por entender que a Constituição Federal veda a equiparação de remuneração de servidores.

Contudo, consoante as razões do agravo regimental, verifico que a controvérsia não diz respeito à equiparação do teto remuneratório entre procuradores autárquicos e procuradores de estado, mas ao alcance do termo 'procuradores' inserido no art. 37, XI, da CF.

Com efeito, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 142- 145) assim decidiu:

'Procurador autárquico inativo – Redução de proventos – Não se pode inferir que o termo 'procuradores' empregado pelo inciso XI do art. 37 da Lei Maior possibilita a conclusão de exclusão dos procuradores autárquicos, em sua generalidade – Não há como se chegar à conclusão que há na Constituição Federal distinção entre procuradores da Administração Pública Direta e Indireta – Induvidoso que o termo foi utilizado para abrange a todos que exercem seu mister na defesa judicial ou na consultoria dos entes públicos, inclusive de entidades descentralizadas – O autor, como procurador autárquico, não está submetido ao redutor criado pelo Decreto Estadual n.º 48.407/04, mas está sujeito ao redutor de 90,25% do subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal'.

Por outro lado, nas razões recursais, aponta-se violação ao art. 37, XI, da Carta Magna, ao seguinte argumento:

"(...) o texto constitucional não faz referência alguma a essas outras carreiras – Procurador de Autarquia e Procurador de Fundação – nem como categorias distintas e autônomas, nem como derivação ou subdivisão daquela de Procurador de Estado. Sequer há que se falar em equiparação, pois o texto constitucional não conduz à tal conclusão. Ora, o Estado de São Paulo tem carreiras distintas de Procurador do Estado e Procurador de Autarquia, com remuneração própria e diferenciada, não cabendo estender a regra constitucional a tal categoria de que o texto não se ocupou." (fl. 153)

Logo, registre-se que a discussão aqui presente trata-se de delinear o alcance do termo 'Procuradores', inserto no art. 37, XI, da CF, e se essas categorias estariam sujeitas ao mesmo subteto

O Decreto n. 48.407/2004 do Estado de São Paulo assim dispõe:

"Artigo 1º - Para fins de aplicação do limite máximo fixado no artigo 8º, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, considerar-se-á, no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Estado de São Paulo, o valor do subsídio mensal do Governador do Estado.

§  $1^{\circ}$  - Para os integrantes da carreira de Procurador do Estado, e dos ocupantes de cargos de provimento em comissão privativos de Procurador do Estado, o valor a ser considerado para fins de aplicação do limite máximo fixado no artigo  $8^{\circ}$ , da Emenda Constitucional  $n^{\circ}$  41, de 19 de dezembro de 2003, é o correspondente a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento da maior remuneração do Ministro do Supremo Tribunal Federal.

§  $2^{\circ}$  - O disposto no "caput" deste artigo aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista e suassubsidiárias, que recebam recursos do Estado para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral"

Como demonstrado, o referido decreto, expedido pelo Governador de Estado de São Paulo, distingue o teto remuneratório de servidores públicos, separando os integrantes da carreira de Procurador do estado e aqueles servidores autárquicos e fundacionais.

Por um lado, esta Corte firmou entendimento no sentido de que a matéria referente à remuneração de servidores públicos é absolutamente reservada à lei formal, não cabendo ao Poder Executivo dispor a respeito por meio de decreto. Nesse sentido, confira-se:

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - REMUNERAÇÃO, SUBSÍDIOS, PENSÕES E PROVENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS, ATIVOS E INATIVOS, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - FIXAÇÃO DE TETO REMUNERATÓRIO MEDIANTE ATO DO PODER EXECUTIVO LOCAL (DECRETO ESTADUAL Nº 25.168/99) - INADMISSIBILIDADE - POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL - ESTIPULAÇÃO DE TETO REMUNERATÓRIO QUE TAMBÉM IMPORTOU EM DECESSO PECUNIÁRIO - OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL



DA IRREDUTIBILIDADE DO ESTIPÊNDIO FUNCIONAL (CF. ART. 37, XV) - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. REMUNE-RAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS E POSTULADO DA RE-SERVA LEGAL – O tema concernente à disciplina jurídica da remuneração funcional submete-se ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei, vedando-se, em conseqüência, a intervenção de outros atos estatais revestidos de menor positividade jurídica, emanados de fontes normativas que se revelem estranhas, quanto à sua origem institucional, ao âmbito de atuação do Poder Legislativo, notadamente quando se tratar de imposições restritivas ou de fixação de limitações quantitativas ao estipêndio devido aos agentes públicos em geral. - O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei - analisada sob tal perspectiva - constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDA-DE DO ESTIPÊNDIO FUNCIONAL QUALIFICA-SE COMO PRERROGATIVA DE CARÁTER JURÍDICO-SOCIAL INSTI-TUÍDA EM FAVOR DOS AGENTES PÚBLICOS. – A garantia constitucional da irredutibilidade do estipêndio funcional traduz conquista jurídico-social outorgada, pela Constituição da República, a todos os servidores públicos (CF, art. 37, XV), em ordem a dispensar-lhes especial proteção de caráter financeiro contra eventuais ações arbitrárias do Estado. Essa qualificada tutela de ordem jurídica impede que o Poder Público adote medidas que importem, especialmente quando implementadas no plano infraconstitucional, em diminuição do valor nominal concernente ao estipêndio devido aos agentes públicos. A cláusula constitucional da irredutibilidade de vencimentos e proventos - que proíbe a diminuição daquilo que já se tem em função do que prevê o ordenamento positivo (RTJ 104/808) - incide sobre o que o servidor público, a título de estipêndio funcional, já vinha legitimamente percebendo (RTJ 112/768) no momento em que sobrevém, por determinação emanada de órgão estatal competente, nova disciplina legislativa pertinente aos valores pecuniários correspondentes à retribuição legalmente devida.

O NOVO TETO REMUNERATÓRIO, FUNDADO NA EC 19/98, SOMENTE LIMITARÁ A REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DEPOIS DE EDITADA A LEI QUE INSTITUIR O SUBSÍDIO DEVIDO AOS MINISTROS DO SU-PREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Enquanto não sobrevier a lei formal, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 48, XV), destinada a fixar o subsídio devido aos Ministros da Suprema Corte, continuarão a prevalecer os tetos remuneratórios estabelecidos, individualmente, para cada um dos Poderes da República (CF, art. 37, XI, na redação anterior à promulgação da EC 19/98), excluídas, em consequência, de tais limitações, as vantagens de caráter pessoal (RTJ 173/662), prevalecendo, desse modo, a doutrina consagrada no julgamento da ADI 14/DF (RTJ 130/475), até que seja instituído o valor do subsídio dos Juízes do Supremo Tribunal Federal. - Não se revela aplicável, desde logo, em virtude da ausência da lei formal a que se refere o art. 48, XV, da Constituição da República, a norma inscrita no art. 29 da EC 19/98, pois a imediata adequação ao novo teto depende, essencialmente, da fixação do subsídio devido aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

A QUESTÃO DO SUBTETO NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO DOS ESTADOS-MEMBROS E DOS MUNICÍPIOS - HIPÓTESE EM QUE SE REVELA CONSTITUCIONAL-MENTE POSSÍVEL A FIXAÇÃO DESSE LIMITE EM VALOR INFERIOR AO PREVISTO NO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO - RESSALVA QUANTO ÀS HIPÓTESES EM QUE A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO ESTIPULA TETOS ESPECÍFICOS (CF, ART. 27, § 2º E ART. 93, V) - PRECEDENTES. (grifei) (ADI-MC 2.075, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 27.6.2003)'.

Especificamente quanto à distinção entre procuradores de estado e procuradores de autarquias e fundações, ressaltese que a Primeira Turma desta Corte enfrentou a controvérsia nos autos do RE 558.258, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 18.3.2011, cujo acórdão restou ementado nos seguintes termos:

'CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. SUBTETO REMUNERATÓRIO. ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ABRANGÊN-CIA DO TERMO "PROCURADORES". PROCURADORES AUTÁRQUICOS ABRANGIDOS PELO TETO REMUNE-RATÓRIO. ALTERAÇÃO QUE, ADEMAIS, EXIGE LEI EM SENTIDO FORMAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IM-PROVIDO. I - A referência ao termo "Procuradores", na parte final do inciso IX do art. 37 da Constituição, deve ser interpretada de forma a alcançar os Procuradores Autárquicos, uma vez que estes se inserem no conceito de Advocacia Pública trazido pela Carta de 1988. II – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de resto, é firme no sentido de que somente por meio de lei em sentido formal é possível a estipulação de teto remuneratório. III - Recurso extraordinário conhecido parcialmente e, nessa parte, improvido'.

Na oportunidade, ficou consignada a necessidade de lei



em sentido formal para regramento da matéria relativa à remuneração de servidores públicos. Contudo, o relator também adentrou no mérito e enfrentou a questão referente ao alcance do termo "procurador" inserto no art. 37, IX, da CF, concluindo que o referido vocábulo abrangeria os defensores das autarquias. Confira-se trecho do voto-condutor: 'Acrescento, ainda, que a Constituição quando utilizou o termo 'Procuradores' o fez de forma genérica, sem distinguir entre os membros das distintas carreiras da Advocacia Pública. Assim, seria desarrazoada uma interpretação que, desconsiderando o texto constitucional, exclua da categoria 'Procuradores' os defensores das autarquias, mesmo porque aplicase, à espécie, o brocardo latino ubi lex non distinguit, Nec interpres distinguere debet'.

Registre-se, ainda, que o Ministro Ayres Britto, no julgamento monocrático do RE 562.238, DJe 7.2.2012, perfilhando do mesmo entendimento, consignou:

'Prossigo, então, para anotar que a insurgência merece acolhida. Isso porque a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 558.258, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, assentou que a 'referência ao termo 'Procuradores', na parte final do inciso IX do art. 37 da Constituição, deve ser interpretada de forma a alcançar os Procuradores Autárquicos, uma vez que estes se inserem no conceito de Advocacia Pública trazido pela Carta de 1988'.

Nessa esteira, entendo que não merece reparos o acórdão recorrido ao afirmar que:

"Não se pode inferir que o termo 'procuradores' empregado pelo inciso XI do art. 37 da Lei Maior possibilita a conclusão de exclusão dos procuradores autárquicos, em sua generalidade. Não há como se chegar à conclusão que há na Constituição Federal distinção entre procuradores da Administração Pública Direta e Indireta. Induvidoso que o termo foi utilizado para abranger a todos que exercem seu mister na defesa judicial ou na consultoria dos entes públicos, inclusive de entidades descentralizadas". (fl. 144)

Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 237-240 para, nos termos da jurisprudência desta Corte, negar seguimento ao recurso extraordinário e julgar prejudicado o agravo regimental.

Ademais, mediante a Petição 0070000, de fls. 285-291, é noticiado o óbito de Humio Itagawa, e o seu espólio requer a substituição processual em favor da única sucessora do de cujus.

Defiro o pedido de substituição processual, nos termos do art. 43 do CPC, tendo em vista os documentos de fls. 287-291 juntados aos autos (certidão de casamento e de óbito, documentos pessoais do de cujus e de sua sucessora e cópia de demonstrativo de pagamento de proventos do de cujus em que consta a sucessora como beneficiária da pensão por morte), que demonstram ser a Sra. Sachiko lke Itagawa (viúva) a única sucessora e se tratar de demanda que envolve verbas de caráter exclusivamente alimentar. Retifique-se a autuação.

Publique-se.

Brasília, 9 de novembro de 2012. Ministro GILMAR MENDES Relator".

Nesse sentido, a jurisprudência da Superior Corte Traba-Ihista:

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. TETO REMUNERATÓRIO. PROCURADORES AUTÁRQUICOS. Não havendo distinção, no art. 37, IX, da Constituição Federal, entre procuradores autárquicos e federais, mesmo com as alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais nºs 19/98 e 41/03, não se pode interpretar o texto de forma exceptiva. Se a EC nº 41/03 alterou o inciso XI para excluir membros do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos da relação com o subsídio do Governador, tal se mantém para os procuradores autárquicos, sem distinção. Neste sentido, o teto remuneratório calculado sobre 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não afronta o dispositivo constitucional, mas respeita-o. Precedente do STF. Agravo a que se nega provimento. Processo: Aq-AIRR - 42040-37.2005.5.02.0035 Data de Julgamento: 03/10/2012, Relator Ministro: PEDRO PAULO MANUS, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/10/2012.

Destarte, o teto remuneratório previsto no inciso XI, do artigo 37, da Constituição da República não pode ser aplicado de forma diferenciada às carreiras de Procurador do Estado e de Procurador Autárquico.

Mantenho.

#### TUTELA ANTECIPADA – FAZENDA PÚBLICA

Assevera a recorrente que não estão preenchidos os requisitos da concessão da tutela antecipada. Não há qualquer ilegalidade na aplicação do "redutor salarial" de acordo com o Decreto n.º 48.407/2004, também não estando presente o requisito da ineficácia do provimento final. O artigo 1º, da Lei n.º 9.494 de 10/09/1997 veda a tutela antecipada contra a Fazenda Pública. O Excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 4 MC/DF deferiu a medida para declarara constitucionalidade do referido dispositivo legal

Observadas as razões recursais, razão não lhe assiste.

Reporto-me aos fundamentos expendidos no item anterior, bem como na decisão proferida nos autos da medida cautelar incidental.

"A Lei 9.494/97, que 'disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências', estabelece em seus artigos  $1^{\circ}$  e  $2^{\circ}$ -B:

'Art.  $1^{\circ}$  Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts.  $5^{\circ}$  e seu parágrafo único e  $7^{\circ}$  da Lei  $n^{\circ}$  4.348, de 26 de junho de 1964, no art.  $1^{\circ}$  e seu §  $4^{\circ}$  da Lei  $n^{\circ}$  5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts.  $1^{\circ}$ ,  $3^{\circ}$  e  $4^{\circ}$  da Lei  $n^{\circ}$  8.437, de 30 de junho de 1992'.



'Artigo 2º-B A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (NR) (Artigo incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001)'.

Primeiramente, na hipótese, a matéria não cuida de aumento ou extensão de vantagem a servidor público. Ao contrário, trata-se de manutenção da remuneração do servidor público que teve vantagem pecuniária indevidamente suprimida de seus vencimentos.

Assim, não há se falar em vedação legal à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Ressalte-se que, nas palavras da requerente, "o próprio STF assentou posição no sentido de que 'cabe tutela antecipada contra o Poder Público, exceto quando tenha por objeto pagamento ou incorporação de vencimentos ou vantagens a servidor público' (RDA 222/244)" (grifos do original).

O Excelso Supremo Tribunal Federal já apreciou a matéria:

SERVIDOR PÚBLICO. Magistrado. Vencimentos. Vantagem pecuniária. Restabelecimento. Antecipação de tutela. Admissibilidade. Inexistência de afronta à autoridade do acórdão da ADC nº 4. Precedente do Plenário. Reclamação a que se negou seguimento. Inaplicabilidade dos precedentes do MS nº 24.875 e da Rcl nº 2.482. Agravo desprovido. Antecipação de tutela que se limita a restabelecer vantagem pecuniária de servidor público, impedindo-lhe redução de verbas salariais, não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4. (STF - Rcl: 3946 DF , Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 10/03/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-03 PP-00476)

**SERVIDOR PÚBLICO**. Procuradores da Fazenda Nacional. Vencimentos e proventos. Vantagem pessoal nominalmente identificada - VPNI. Restabelecimento.

Antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Admissibilidade. Inaplicabilidade da decisão da ADC nº 4. Nova orientação assentada pelo Plenário. Reclamação julgada improcedente. Agravo improvido. Não ofende a autoridade do acórdão proferido na ADC nº 4, decisão que, a título de antecipação de tutela, não traduz aumento pecuniário, mas representa mero óbice judicial à redução de verba salarial (STF - Rcl-AgR: 3483 DF, Relator: CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 15/03/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 28-04-2006 PP-00005 EMENT VOL-02230-01 PP-00198).

Também já apreciada a matéria pelo E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. OMISSÃO. ALEGAÇÃO GENÉ-

RICA, SÚMULA 284/STF, TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. RESTABELECIMENTO DE VANTA-GEM. CABIMENTO. ANÁLISE DOS PRESSUPOSTOS. SÚ-MULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 43 E 170-A DO CTN. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. EDIÇÃO DA SENTENÇA DE MÉRITO. PREJUDI-CIALIDADE. 1. Inadmissível recurso especial por suposta violação do art. 535 do CPC se a parte não especifica o vício que inquina o aresto recorrido, limitando-se a alegações genéricas de omissão no julgado, sob pena de tornar-se insuficiente a tutela jurisdicional. 2. Nas hipóteses de restabelecimento de parcela remuneratória suprimida de servidor público, inexiste vedação legal à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, cuja análise dos pressupostos de cabimento demanda o revolvimento do substrato fático-probatório, vetado pelo óbice da Súmula 7/STJ. 3. A Corte de origem não dirimiu a controvérsia sob a ótica dos arts. 43 e 170-A do CTN, os quais padecem de falta de prequestionamento e, por conseguinte, não são suscetíveis de exame na instância especial, conforme dispõem as Súmulas 282/STF e 211/STJ. 4. A superveniência da sentença de mérito que confirma a tutela antecipada torna prejudicado o recurso especial por perda de objeto. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 41726 DF 2011/0208492-2, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 20/03/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2012

Ademais, a concessão do efeito suspensivo ao recurso ordinário não é regra nesta Justiça Especializada.

Ressalte-se a natureza alimentar dos valores deferidos.

A empregadora será beneficiada com a contraprestação laboral da obreira, motivo por que não se vislumbra qualquer prejuízo causado pela antecipação dos efeitos da sentença, estando ausentes os requisitos autorizadores ao deferimento da pretensão.

Nesse sentido, a jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho:

TUTELA DE URGÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. FAZENDA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. No caso sob exame, a tutela deferida se restringe a ordenar que o Estado deixe de aplicar teto remuneratório inferior ao reconhecido em juízo. Em realidade, se cuida antes de tutela cautelar que de tutela antecipatória. Dessa maneira, a consequência prática da tutela deferida não acarreta diretamente dispêndio maior por parte do Erário estadual, pois o pagamento efetuado aos Reclamantes corresponde senão ao restabelecimento de valores a eles devidos. Precedentes. Não conhecido. (Processo: RR - 237400-74.2005.5.02.0045 Data de Julgamento: 16/12/2009, Relator Ministro: EMMANOEL PEREIRA, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/02/2010).

Por conseguinte, em se tratando de redutor salarial, e não vantagem pecuniária, a concessão da tutela antecipada não implica maior dispêndio ao erário.

Com relação à remessa necessária, além da ausência de prejuízo já examinada, não há vedação à tutela antecipada, porquanto nos termos do inciso VII, do art. 520, do diploma processual civil, a apelação será recebida só no efeito devo-



• JURISPRUDÊNCIA VOL. 6 | 2° SEMESTRE | 2015

lutivo quando interposta de sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela, concluindo-se também quando essa antecipação é concedida na própria sentença.

Mantenho.

Isto posto,

ACORDAM os Magistrados da 18ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em CONHECER da remessa de ofício e do recurso ordinário da reclamada. No mérito, NEGAR-LHES PROVIMENTO. JULGAR IMPROCEDENTE a medida cautelar incidental interposta pelo réu. MANTER o valor atribuído à condenação.

# MARIA CRISTINA FISCH

Desembargadora Federal do Trabalho Relatora









Processo TRT/SP nº. 0000051-82.2012.5.02.0010
RECURSO ORDINÁRIO DA 10ª VARA DO TRABALHO
DE SÃO PAULO

RECORRENTE: ROSELI NUNES DA SILVA SANTOS RECORRIDA: BANCO DE OLHOS DE SOROCABA - BOS

Inconformada com a r. sentença de fls. 186/194, cujo relatório adoto e que julgou PROCEDENTE EM PARTE a pretensão, recorre a reclamante, às fls. 196/200, alegando que faz jus a diferenças salariais e a retificação em sua CTPS, pois fora contratada como técnica do banco de olhos, mas exercia a função de Bióloga; acumulava as funções de secretária, técnica de banco de olhos e técnica de laboratório e, por isso, devido o adicional correspondente; tem direito a receber indenização por dano moral, haja vista ter respondido processo criminal e administrativo, sendo que, no que se relaciona a esse último, a reclamada não arcou com as despesas do advogado, o que culminou em sua suspensão.

Contrarrazões às fls. 201/202.

É o relatório.

# VOTO

# I) PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

**CONHEÇO** do apelo interposto, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

# II) MÉRITO

# 1) Da função de bióloga

No libelo, a reclamante discorreu que fora contratada para desempenhar a função de bióloga, mas fora registrada como técnica (técnica de banco de olhos). Relatou, também, à fl. 05, que: "Seu trabalho consistia, basicamente, em retirada de órgãos de doadores, para transplante em pessoas que deles necessitavam". Mais a frente, asseverou que "resta evidente que a "técnica em banco de olhos", era, na verdade, uma bióloga, com a formação exigida pelo Ministério da Saúde, ao lado do Biomédico, para atuar na coleta de córneas para transplante", fl. 07.

Em defesa, a reclamada, contrapondo-se às alegações iniciais, afirmou que (fl. 101):

"Em que pese a reclamante ter a formação acadêmica em biologia, nenhum impedimento legal ou convencional existe em exercer atividades outras, sendo contratada pela reclamada como técnica em banco de olhos, cujas funções desempenhadas consistiam em: entrevistar familiar de doador, enucleação do globo ocular, rotina do laboratório que é preservar o tecido ocular, preencher os relatórios dos doadores, lançar informações no sistema do BOS, conferir sorologia dos doadores, distribuir o tecido ofertado para as equipes de transplante, participar de campanhas e eventos de divulgação do BOS, não sendo desempenhada mais ne-

nhuma atividade das relatadas".

A MMª Juíza acabou por indeferir o pleito em questão, sob o fundamento de que "a própria reclamante, em audiência, que se intitula secretária (fl. 166) o que lhe retira, de pronto, o direito à retificação da CTPS para a função de Bióloga", fl. 187.

Com a devida vênia, não comungo do entendimento exarado em Primeiro Grau.

Em primeiro lugar, levando-se em conta todas as informações prestadas pela reclamante, vislumbra-se que ela informou que laborava como secretária, técnica em banco de olhos e técnica de laboratório, tal qual fora aduzido na sua prefacial. Saliente-se que pelas declarações da acionante, em audiência, não se infere que sua função na ré era exclusivamente a de secretária, premissa que se baseou a MMª Juíza para indeferir a pretensão da autora. Transcrevo o citado depoimento:

"que trabalhou como secretária, técnica em banco de olhos da área de captação e técnica em laboratório; que dentro da mesma jornada exercia essas funções; que trabalhava das 07h00 as 19h00 na escala 12 x 36; que tinha de 10 a 15 minutos de intervalo para refeição; que era secretária do banco de olhos; que em laboratório fazia o serviço de preservação de córneas; afirma que em decorrência do acúmulo das três funções o almoço era interrompido, como por exemplo para atender um familiar que estava doando as córneas; que captava em média de 03 a 04 córneas por dia, no Hospital do Tatuapé, onde trabalhava, fora as captações externas; afirma que no horário em que trabalhou na jornada que descreveu, somente a reclamante exercia as três funções"

Portanto, ultrapassado esse argumento, necessária a análise das atribuições da reclamante. É o que segue.

À fl. 33, está inserto um documento emitido pela ré que discriminas as principais responsabilidades/atividades da reclamante no exercício da função de técnico de banco de olhos, in verbis:

"Principais atividades - Cadastro dos doadores no SGBOS, realizar entrevistas familiares buscando a conscientização das pessoas sobre a importância da doação de córneas, realizar a enucleação bilateral ou unilateral quando autorizado pelos familiares, realizar o processamento das córneas doadas no laboratório do Banco de Olhos de Sorocaba".

A prova testemunhal revelou que, fls. 166/169:

 Depoimento da primeira testemunha da reclamante, Sr. Antonio Emilio Naidg:

"que trabalha no Hospital do Tatuapé desde 1987; que a reclamante era técnica de banco de olhos; que sabe disso pois o banco de olhos divide a sala com o depoente que trabalha na sala de necrópsia, no mesmo espaço físico; que a reclamante faz a captação de olhos e entrevista a família



(...) que a reclamante fazia a preservação das córneas, tanto das que vinham do Hospital Tatuapé como de outros lugares (...) que a reclamante assinava documentos e neles batia seu carimbo de bióloga".

 Depoimento da segunda testemunha da reclamante, Sr. Daniel Pauli:

"que pelo pouco tempo que o depoente teve contato com a reclamante o depoente afirma que ela fazia entrevista com parentes de doadores, fazia recepção para com a família dos doadores, recolhia as córneas".

 Depoimento da primeira testemunha da reclamada, Sra. Vera Lima da Silva:

"que trabalha no banco de olhos como técnica em banco de olhos; que assina como bióloga; que trabalha na reclamada desde novembro de 2007; que a reclamante também assinava como bióloga; que como técnica de banco de olhos, faz a abordagem de familiares,captação e preservação de tecidos; que a reclamante fazia isso também".

Segunda testemunha da reclamada, Sr. Jorge Marcos da Conceição:

" que trabalha na reclamada desde 2005, sendo coordenador de banco de olhos; que na época o depoente era supervisor da reclamante, dando suporte técnico para as equipes; que na época (sic) o depoente trabalhava das 08h00 as 18h00; que seu setor era na mesma unidade em que a reclamante trabalhava; que o depoente presenciava o serviço da depoente de segunda à sexta; que o serviço da reclamante era a entrevista com a família, captação de córneas e a preservação dos tecidos captados; que no final de semana e feriados a reclamante fazia a preservação dos tecidos quando não havia técnico de laboratório (...) que técnicos de banco de olhos podem ser biólogos, biomédicos ou formados na área da saúde, nível superior".

Pois bem.

Inobstante sejam incontroversas as atribuições exercidas pela reclamante, cabe a este julgador analisar se tais funções incumbiam a um cargo de técnico ou a um profissional da saúde com graduação, no caso da reclamante, de Biologia.

Nesse passo, o depoimento da segunda testemunha da reclamada e, diga-se, COORDENADOR do Banco de Olhos é muito esclarecedor, vez que tal testemunha afirmou categoricamente que os técnicos de banco de olhos podem ser biólogos, biomédicos ou formados na área de saúde com nível superior, tudo levando a crer que as alegações da autora encontram sustentação fática. Acrescente-se a tais informações, o fato da reclamante assinar como bióloga, o que fora apontado pela primeira testemunha ouvida e, também, se vislumbra no documento de fl. 49, *in fine*.

Como se tudo isso não bastasse, a Resolução - RDC nº 67 da ANVISA, a qual dispõe sobre o regulamento técnico para

o funcionamento de banco de tecidos oculares de origem humana, dispõe que:

"3.3.2 A equipe administrativa e técnico científica deve ser composta, no mínimo, por:

3.3.2.1 Responsável técnico;

3.3.2.2 Responsável técnico substituto;

3.3.2.3 Profissional de nível superior, da área da saúde e/ou biológica, com treinamento documentado para a execução das atividades de entrevista familiar, triagem clínica do doador, retirada e identificação dos tecidos, coleta ou recebimento de material para exames laboratoriais, acondicionamento para transporte, avaliação, classificação, preservação e armazenamento dos tecidos oculares e entrega dos tecidos e amostras para exames laboratoriais e outras rotinas relacionadas ao BTOC, sob a supervisão do responsável técnico ou seu substituto;

3.3.2.4 Dois profissionais de nível médio, da área da saúde e/ou biológica, com treinamento documentado para a execução das atividades de entrevista familiar, triagem clínica do doador, retirada e identificação dos tecidos, coleta ou recebimento de material para exames laboratoriais, acondicionamento para transporte, preservação e armazenamento dos tecidos oculares e entrega dos tecidos e amostras para exames laboratoriais e outras rotinas relacionadas ao BTOC, sob a supervisão do profissional de nível superior;

3.3.2.5 Profissional de nível médio para as atividades administrativas".

Nesse passo, **somando-se** as informações da testemunha da ré acerca da necessidade dos técnicos possuírem nível superior com o fato da reclamante assinar como bióloga e, para arrematar, ela se ativar nas mesmas funções descritas no item 3.3.2.3 da sobredita resolução, que exige profissional graduado na área de saúde e/ou biológica, conclui-se que a acionante fora contratada como técnica em banco de olhos, mas, na verdade, exercia a função de Bióloga, mesmo porque, na sua escala, trabalhava sozinha, conforme informação do preposto à fl. 166.

A fim de que as partes não oponham embargos declaratórios desnecessariamente, registro que as atividades do item 3.3.2.4 do regulamento retro transcrito são iguais as efetuadas pela reclamante e podem ser realizadas por profissional que tenha nível médio na área de saúde com supervisão; todavia, **no caso dos autos**, fora provado que os técnicos deveriam ter nível superior, além da autora firmar documentos como bióloga, do que só se pode concluir que a demandante não se enquadra em tal item.

No que pertine à base de cálculo para o pagamento das diferenças, a **reclamante** indica o valor mensal referido pelo Conselho Regional de Biologia de 08 salários mínimos (fl. 14), ao passo que a ré declinou o valor de seis salários mínimos, conforme instrução CRBio nº 09/2010, que dispõe acerca do piso salarial da categoria. Dessa forma, com base em tais parâmetros e sempre atento ao princípio da razoabilidade, fixo o montante para o cálculo em R\$3.500,00 (três mil e quinhentos reais).



Em suma, a recorrente faz jus a diferenças salariais e reflexos sobre aviso prévio; 13º salário proporcional (conforme pedido de fl. 18); férias e férias proporcionais, ambas acrescidas do terço constitucional e FGTS + 40%, conforme se apurar em regular liquidação de sentença.

A ré deverá proceder à retificação da função da reclamante para Bióloga, em sua CTPS, **devendo ser intimada para tal**, no prazo de 10 dias após o trânsito em julgado dessa decisão, sob pena diária de R\$100,00, limitada ao valor de R\$3.500,00.

Reformo a r. sentença.

# 2)Acúmulo de funções

Postula a reclamante o pagamento de diferenças pelo acúmulo de função, asseverando que exerceu a função de técnica em banco de olho (para a qual fora contratada), bem como a de secretária e a de técnica em laboratório.

Com vista das provas coligidas aos autos, verificou-se que a reclamante substituiu a secretaria Solange em seu período de licença maternidade.

Ocorre que tal fato não gera o propalado acúmulo de funções. Consigne-se que, no máximo, a reclamante poderia ter pleiteado diferenças salariais pela substituição; caso, obviamente, o salário da substituída fosse maior do que o seu, o que não fora alegado e não parece ser o caso dos autos.

De qualquer forma, consigne-se que o empregado se obriga a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal, conforme reza o artigo 456 da CLT.

Nego provimento.

#### 3)Dano moral

A reclamante postulou o pagamento de indenização por dano moral, sob o argumento de que "enquanto trabalhava para a empregadora, respondeu processo criminal e administrativo pelo ilícito de tráfico de órgãos (...). Após um equívoco no procedimento habitual do Banco de Olhos, acabou sendo acusada por crime que não cometeu". Alegou, ainda, que "O advogado que a defendeu na esfera judicial, foi contratado pela reclamada. Na esfera administrativa, não lhe foi dispensado o mesmo tratamento, sendo que no processo administrativo disciplinar, não teve defesa técnica, ou seja, não foi assistida por advogado, considerando que a reclamada não assumiu os encargos financeiros advindos da defesa na esfera administrativa. Indefesa, foi sancionada", fls. 11/12.

Precipuamente, necessário sublinhar que a responsabilidade civil do empregador pela indenização por dano moral pressupõe a existência de três requisitos cumulativos: a **prática de ato ilícito** ou com abuso de direito (culpa/dolo); o **dano** (prejuízo material ou o sofrimento moral); e o **nexo causal** entre o ato praticado pelo empregador ou por seus prepostos e o dano sofrido pelo trabalhador.

No caso dos autos, como se vê pelo acórdão juntado no volume anexo, a reclamante fora denunciada pela prática de tráfico de órgãos, pois, em concurso com a Sra. Thaisa do Nascimento, removeu o globo ocular direito do cadáver de Adelina Ribeiro dos Santos, sem autorização. No voto do Exmo. Desembargador Figueiredo Gonçalves, da 1ª Câma-

ra de Direito Criminal de São Paulo, foi descrito que houve equívoco por parte da reclamante, vez que havia outro corpo de pessoa falecida que, em vida, havia doado as córneas. A autora fora absolvida.

Em que pese a delicada situação vivenciada pela demandante, do que fora até então exposto, vislumbra-se que a ré, em nenhum momento, praticou ato ilícito ou concorreu para que a reclamante se enganasse quando da enucleação do globo ocular da senhora falecida, concluindo-se que a culpa pelo desacerto fora **exclusivamente** da acionante.

Quanto ao fato da reclamada ter contratado advogado para defender a autora na ação penal contra ela interposta e não ter pago as despesas para a defesa na esfera administrativa, consigne-se que não há lei que obrigue o empregador a tomar tal providência.

#### Inexiste ato ilícito.

Dessa forma, como não preenchidos os pressupostos legais supra descritos, indevida a indenização perseguida.

Nego provimento ao apelo.

# III) DISPOSITIVO

ACORDAM os Magistrados da 18ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho em: CONHECER do apelo interposto e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de incluir na condenação o pagamento de diferenças salariais e reflexos sobre aviso prévio; 13º salário proporcional (conforme pedido de fl. 18); férias e férias proporcionais, ambas acrescidas do terço constitucional e FGTS + 40% (base de cálculo - R\$3.500,00). A ré deverá proceder à retificação da função da reclamante para Bióloga, em sua CTPS, devendo ser intimada para tal, no prazo de 10 dias após o trânsito em julgado dessa decisão, sob pena diária de R\$100,00, limitada ao valor de R\$3.500,00, nos termos da fundamentação.

Rearbitra-se o valor da condenação para R\$30.000,00. Custas, pela ré, no valor de R\$600,00.

As partes atentarão ao art. 538, parágrafo único, do CPC, bem como aos artigos 17 e 18 do mesmo diploma legal, não cabendo embargos de declaração para rever fatos, provas e a própria decisão. Nada mais.

# DONIZETE VIEIRA DA SILVA

Desembargador Relator DVS/03



5ª TURMA

Processo TRT/SP nº. 0001912-40.2010.5.02.0086
RECURSO ORDINÁRIO DA 86ª VARA DO TRABALHO
DE SÃO PAULO

RECORRENTE: EMSA EMPRESA SUL AMERICANA MONTAGENS SA

RECORRIDO: ANTÔNIO VIEIRA DE LIMA

CONFLITO DE NORMAS. DIREITO MATERIAL APLICÁ-VEL. Com espeque no artigo 3º, II, da Lei nº 7.064/82, bem como no Princípio da Proteção (prevalência da norma mais favorável ao trabalhador), independentemente do Princípio da Territorialidade, é garantido ao empregado que presta serviço no exterior a aplicação da legislação brasileira quando esta for mais benéfica, valendo-se da teoria do conglobamento mitigado, vez que a lei nacional é o patamar mínimo assegurado ao empregado contratado no Brasil ou transferido para prestar serviços no exterior. A ausência de prova da legislação angolana não gera, por conseguinte, a extinção do feito sem resolução de mérito.

Inconformada com a r. sentença de fls. 244/247, cujo relatório adoto e que julgou PROCEDENTE EM PARTE a pretensão, recorre a reclamada (fls. 256/264), alegando, preliminarmente, que em razão do reclamante ter prestado serviços em país estrangeiro, a legislação trabalhista aplicável é a de Angola e, como o reclamante não colacionou aos autos tal legislação, o feito deve ser extinto sem resolução de mérito por inépcia da petição inicial e, no mérito, aduziu que não são devidas as horas extras, pois o reclamante era detentor de cargo de gestão; a indenização compensatória tem natureza indenizatória e, por isso, não reflete nas demais verbas do contrato de trabalho; em razão da OJ nº 394 do C.TST o repouso semanal não pode incidir sobre as horas extras e estas sobre as outras parcelas contratuais; a ajuda de custo postulada pelo autor não era para pagar as despesas do empregado, mas sim para custear pequenas despesas da obra; o autor não é beneficiário da justiça gratuita, uma vez que recebia salário superior ao mínimo; não está sujeita à incidência dos juros de mora, conforme preceitua a Súmula 304 do c.TST; os recolhimentos fiscais e previdenciários deverão ser deduzidos do crédito do reclamante.

O autor não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

# PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

**CONHEÇO** do apelo interposto pela ré, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

# **Preliminar**

# Direito material aplicável

Insurge-se a reclamada contra a decisão de origem, sob o fundamento de que a legislação aplicável à espécie é a angolana, tendo em vista o critério da territorialidade.

Tem razão a reclamada quando afirma que é territorial o critério para a aplicabilidade da lei estrangeira a empregados que prestaram serviços no exterior, em observância ao **Prin**-

**cípio da Lex Loci Executionis**. Todavia, a aplicação deste princípio vem sendo mitigada em virtude da alteração da Lei nº 7.064/82 pela Lei nº 11.962/09, como bem explica a doutrinadora Vólia Bomfim relativamente às leis citadas:

"Esta foi a primeira lei que determina a aplicação do princípio da norma mais favorável aos empregados transferidos para outro país. Era específica para trabalhadores contratados no Brasil para prestar serviços no exterior e regia apenas relações existentes entre empregados e empresas prestadoras de serviços de engenharia, projetos, consultoria ligadas à área, obras, montagens, gerenciamento e congêneres, de aplicação. Após a modificação da redação do artigo 1º da Lei nº 7.064/82 (pela Lei nº 11.962/09), suas disposições passaram a ser aplicadas a qualquer trabalhador contratado ou transferido para execução do trabalho no exterior. Desta forma, não está mais limitada aos empregados de empresas de engenharia e afins" (in CAS-SAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 160)

Por dever, necessário mencionar o recente cancelamento da Súmula 207 do c.TST, divulgado no DEJT em 19, 20 e 23/04/2012.

Necessário mencionar, nessa toada, que o cancelamento da referida súmula deu-se principalmente porque com a alteração da Lei nº 7.064/82, cujos ditames aplicam-se indistintamente a todos os empregados contratados no Brasil ou transferidos para prestar serviços no exterior, aplica-se a legislação brasileira quando esta for mais favorável, nos termos do artigo 3º, inciso II do referido diploma legal, que preconiza:

- "Art. 3º A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:
- II a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria".

Pois bem, pelos dispositivos legais supra transcritos, observa-se que o legislador, apesar de se remeter ao princípio da territorialidade quando fala em "independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços", garantiu ao empregado que presta serviço no exterior a aplicação da legislação brasileira quando esta for mais benéfica, valendo-se da teoria do conglobamento mitigado quando existir conflito de normas.

Do que foi exposto, vislumbra-se que a legislação brasileira é o **patamar mínimo** assegurado ao empregado contratado no Brasil ou transferido para prestar serviços no exterior.

Por este motivo, o fato da demandante não ter carreado aos autos a legislação trabalhista angolana **não** gera a extinção do feito sem resolução de mérito, pois se presume que, se os pleitos autorais têm por supedâneo a legislação brasileira, é porque o demandante a reputou mais benéfica ao seu caso e, por conseguinte, imperiosa a sua aplicação.



A fim de corroborar com o que já fora explanado, assevere-se, por derradeiro, que o **Princípio da Proteção**, o qual **norteia** o ramo justrabalhista, com a finalidade de trazer isonomia à relação empregatícia em que o trabalhador figura como hipossuficiente frente ao patrão/capital, bem como **inspira** todas as normas trabalhistas, triparte-se em: Princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador; Princípio da prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador e o Princípio da interpretação: *in dubio, pro misero*. Portanto, a utilização da norma mais favorável decorre, também, da observância a esse princípio basilar (por excelência) do Direito do Trabalho.

Desta feita, com base em todo o raciocínio já exposto, bem como sustentado pelos dispositivos legais e princípios já apontados, reputa-se correta a aplicação da lei brasileira ao caso em apreço, por esta se constituir nos direitos mínimos assegurados ao trabalhador e, por conseguinte, a ausência de juntada da legislação angolana não produz os efeitos almejados pela recorrente. Afasto a pretensão.

# **MÉRITO**

Jornada de Trabalho

Inconformada com a decisão originária que a condenou ao pagamento de horas extras, recorre a ré, alegando que o autor exercia cargo de gerência, enquadrando-se na exceção do artigo 62 da CLT, pois sua jornada não era fiscalizada, além de receber salário diferenciado dos demais.

A MM. Juíza prolatora da sentença deferiu ao reclamante horas extras (fl. 245) e, em sede de embargos declaratórios, esclareceu que restava afastada a alegação de exercício de cargo de gestão porque autor estava inserido na estrutura hierárquica da ré, sem poderes de mando e gestão.

Na manifestação acerca da defesa e documentos (fls. 159/173), o recorrido rechaçou veementemente o exercício do cargo de chefia, ressaltando que sua jornada era controlada.

Compulsando-se os documentos colacionados aos autos, especificamente o contrato de trabalho firmado entre os litigantes, fl. 22, verifica-se que o autor foi contratado como **Assistente Técnico**, bem como que a cláusula 05ª do referido documento, assim dispõe:

"O horário de trabalho será anotado na sua ficha de registro e a eventual redução de jornada, por determinação da empregadora, não inovará este ajuste, permanecendo sempre íntegra a obrigação do empregado de cumprir o horário que lhe for determinado, observado o limite legal".

Precipuamente, necessário consignar que a função de confiança é constituída pela convergência de dois requisitos legais: poderes de mando e recebimento de gratificação de função de, no mínimo 40% (ou o empregado ter um padrão salarial superior em 40% ao de seus subordinados). A ausência de um deles implica o não enquadramento do trabalhador na exceção em análise, gerando-lhe os direitos previstos no capítulo da Consolidação das Leis do Trabalho relativo à Du-

ração do Trabalho

Ocorre que pela análise do contrato de trabalho, verificase que o recorrido fora contratado como **Técnico**, bem como que deveria anotar a sua jornada de trabalho e subordinar-se aos horários estabelecidos pela empregadora. A testemunha ouvida pelo demandante, à fl. 214, afirmou que o autor era técnico, sendo, inclusive, seu subordinado. A outra testemunha, ouvida à fl. 239, depôs no mesmo sentido, dizendo que o reclamante era um mero assistente técnico. Portanto, conclui-se, com facilidade, que o recorrido não possuía elevada posição hierárquica dentro da estrutura funcional da empresa e, também, não detinha poderes de direção e de gestão dos negócios, não restando caracterizado o cargo de confiança a que se refere o inciso II, do artigo 62 da CLT.

Portanto, devidas horas extras.

Todavia, aduziu a recorrente que a cada três meses de trabalho o reclamante permanecia 30 dias no Brasil, não prestando qualquer tipo de serviço (contestação – fl. 108 e RO – fl. 259). Ao se manifestar acerca da defesa e documentos, o autor não impugnou tal assertiva (fl. 164/165). A sua testemunha (fl. 214) afirmou que "o depoente vinha ao Brasil a cada três meses e aqui permanecia por 15 dias; que o reclamante vinha a cada 04 meses e permanecia o mesmo tempo".

Deve ser salientado que a ré não logrou fazer contraprova que infirmasse a variação de meses e os dias sem trabalho e, por isso, considero que a cada 04 meses de contrato de trabalho o autor voltava para o Brasil e permanecia sem trabalhar por 15 dias, não sendo devidas, por conseguinte, horas extraordinárias desse ínterim.

Provejo parcialmente.

Reflexos

 Indenização compensatória: postula a recorrente a exclusão do referido benefício da base de cálculo das horas extraordinárias (e das demais parcelas), alegando o cunho indenizatório da verba.

Todavia, impende mencionar que tal indenização, inobstante tenha sua concessão e natureza definidas contratualmente (fl. 22 – cláusula 02ª), foi paga ao autor de forma **habitual** e **incondicional**, revelando, assim, a sua natureza salarial e, por conseguinte, incorporando-se ao patrimônio do trabalhador e gerando reflexos nas demais parcelas.

Não se aplica *in casu* a disposição do artigo 10 da Lei nº 7064/82, eis que a parcela em epígrafe não se refere ao **adicional de transferência** citado na legislação, pois como já dito a indenização compensatória foi paga **incondicionalmente**.

Saliente-se que a alegação de que tal benesse só seria concedida enquanto o autor trabalhasse no exterior não encontra respaldo nas alegações da própria ré que atestou, em letras garrafais, que o autor nunca prestou serviços no Brasil – apenas em Luanda-Angola (fl. 106, *in fine*).

Portanto, patente o caráter salarial da "indenização". Nego provimento ao apelo neste particular.



Descansos Semanais Remunerados: não merece amparo o inconformismo da recorrente, eis que a MM. Juíza *a quo* deferiu os reflexos das horas extras sobre os DSR's **de forma simples**, conforme, inclusive, preceitua o artigo 7º, alínea 'a', da Lei nº 605/49 e a Súmula 172 do c.TST, a seguir transcritos:

"Artigo  $7^{\circ}$ , alíena "a" da Lei  $n^{\circ}$  605/49. A remuneração do repouso semanal corresponderá: a – para os que trabalhem por dia, semana ou mês, à de um dia de serviço, computadas as horas extraordinárias habitualmente prestadas".

"Sumula nº 172 do c.TST. Repouso remunerado. Horas extras. Cálculo. Computam-se no cálculo do repouso remunerado as horas extras habitualmente prestadas".

Não provejo.

#### Ajuda de custo

Alegou o reclamante, na petição inicial (fl. 04/05) que recebia o valor de novecentos dólares a título de ajuda de custo, mas que nos meses de abril, maio e junho de 2.009 não recebeu tal benesse.

A ré, em contestação, nega a concessão dessa parcela – fl. 107, não reconhecendo como devido esse valor.

Não obstante a negativa da demandada, tal parcela foi prevista contratualmente – fl. 22, cláusula 8ª.

Além disso, o preposto da ré (fl. 85) e as testemunhas ouvidas às fls. 214 e 239 confirmaram o valor de novecentos dólares a título de ajuda de custo.

Portanto, devida a parcela nos meses indicados pelo recorrido na exordial, não havendo que se falar em exclusão de referida parcela nos meses em que o reclamante veio ao Brasil, pois a ré não comprovou que, nos meses pleiteados, isso ocorreu.

Também não se pode falar em julgamento extra petita, uma vez que o Juízo de Primeiro Grau se ateve ao pleito formulado pelo reclamante - fl. 10.

Não provejo o apelo.

Frise-se que a recorrente inova no Recurso Ordinário interposto ao alegar que a ajuda de custo postulada pelo autor não era para pagar as despesas do empregado, mas sim para custear pequenas despesas da obra, eis que, em sua contestação, negou a concessão da parcela (fl. 107).

# Impugnação à gratuidade da justiça

Insurge-se a recorrente contra a concessão da justiça gratuita ao reclamante.

Sobre o tema, vale destacar a a OJ 304 da SDI-1 dispõe que:

"Atendidos os requisitos da Lei nº 5.584/70 (art. 14, § 2º), para a concessão da assistência judiciária, **basta a simples afirmação do declarante ou de seu advogado, na petição inicial**, para considerar configurada a sua situação econômica" (art. 4º, §1º, da Lei nº 7.510/1986, que deu nova redação à Lei nº 1.060/1950 – grifo nosso).

Com vista nos autos, verifico constar, à fl. 18, requerimento pela gratuidade judicial frente à ausência de condições de arcar com as despesas do processo sem comprometimento do sustento próprio e de familiares (declaração de pobreza).

Tem-se, portanto, que a petição inicial da reclamação trabalhista atendeu aos requisitos exigidos pela Lei nº 1.060/50, conforme seu artigo 4º.

Nada a modificar.

# Requerimentos finais

Na justiça do trabalho as sentenças condenatórias, via de regra, tornam certo apenas o débito, cabendo à liquidação a fixação do *quantum deabetur*, nos termos do artigo 879 da CLT.

Desta feita, as questões apresentadas pela recorrente são prematuras, devendo ser levantadas e analisadas quando da liquidação da sentença. Nada a modificar.

# Recolhimentos fiscais e previdenciários

Sem interesse recursal a ré quanto a este tópico, eis que a MM. Juíza de Primeira Instância autorizou os desconto sobre o crédito do reclamante – fl. 246.

#### **DISPOSITIVO**

ACORDAM os Magistrados da 13ª turma do Tribunal Regional do Trabalho em: CONHECER do apelo interposto e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, a fim de excluir da condenação as horas extras deferidas na origem dos períodos em que o autor estava no Brasil (a cada 04 meses de contrato de trabalho por 15 dias), nos termos da fundamentação.

DONIZETE VIEIRA DA SILVA

Juiz Relator DVS/3









