



REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



© Copyright
Revista Trabalhista

Revista trabalhista : direito e processo. — Ano 1, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 –).
— Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Trimestral.

Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).

Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo interrupção.

A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e Anamatra.

Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **PETER FRITZ STROTBEEK**

Capa: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

© Todos os direitos reservados

ILTR

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-001 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

LTr 4366.8

Novembro, 2010

PRESIDENTE ANAMATRA
LUCIANO ATHAYDE CHAVES

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS BASTOS CUNHA
Doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região – RJ. Diretor Geral da Escola da Magistratura do Trabalho da 1ª Região.

FABRÍCIO NICOLAU DOS SANTOS NOGUEIRA
Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Araucária-PR.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO
Livre-docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté – SP. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG
Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pelo CESIT/UNICAMP. Juiz auxiliar da 7ª Vara do Trabalho de Salvador – BA. Membro do Conselho da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (desde 2004).

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Juiz titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR.

LUIZ ANTONIO COLUSSI
Mestre em Direito Público pelo Minster UNISINOS – UPE. Juiz titular da 2ª Vara do Trabalho de Canoas – RS e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPE.

REGINALDO MELHADO
Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona, com revalidação pela USP (Universidade de São Paulo). Juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Londrina, Professor titular da UEL (Universidade Estadual de Londrina) e Coordenador da Escola Judicial do TRT do Paraná.



Sumário

<i>Opinativo — De reflexões e inflexões</i>	9
---	---

Doutrina

A constituição do trabalho <i>Edilton Meireles</i>	15
---	----

A função revisora dos tribunais — a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária <i>Ben-Hur Silveira Clauss; Ari Pedro Lorenzetti; Ricardo Fioreze; Francisco Rossal de Araújo; Ricardo Martins Costa e Márcio Lima do Amaral</i>	22
--	----

Liberdade e unicidade: dilema da representação sindical em perspectiva <i>Wilson Ramos Filho</i>	40
---	----

Recuperação judicial — a não aplicação do art. 54 da Lei n. 11.101/05 — prazo para pagamento de crédito trabalhista — suas consequências <i>Marcelo Papaléo de Souza</i>	63
---	----

Proteção coletiva aos direitos trabalhistas <i>Adriana Campos de Souza Pimenta</i>	72
---	----

A execução contra a Fazenda Pública na Justiça do Trabalho <i>Rodolfo Pamplona Filho e Társis Silva de Cerqueira</i>	87
---	----

A supremacia do direito natural e a pirâmide normativa kelseniana: considerações em torno de um caso trabalhista <i>Cláudio Pedrosa Nunes</i>	123
--	-----

Os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho e a assistência judiciária: as Súmulas ns. 219 e 319 do TST e as Súmulas ns. 450 e 633 do Supremo Tribunal Federal <i>Kleber de Souza Waki</i>	130
---	-----

Repercussões processuais do fim do poder normativo na estrutura do direito do trabalho <i>Vicente de Paula Maciel Júnior</i>	147
---	-----

Cooperativados e precarizados em busca de direitos: o posicionamento da Justiça do Trabalho em Salvador-BA <i>Lucyenne A. de Quadros Veiga</i>	154
Ainda o contrato de experiência: sua cessação à luz dos princípios da conservação dos contratos e da boa-fé <i>Jólia Lucena da Rocha Melo</i>	175
A garantia do patrimônio mínimo na promoção do princípio da dignidade humana — uma análise garantista dos salários como meio de proteção do mínimo existencial <i>Joyceane Bezzera de Menezes e Laura Anísia Moreira de Sousa Pinto</i>	184
Revisitando a flexisegurança <i>Matheus Ribeiro Rezende</i>	201

Jurisprudência

— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	221
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região	225
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	231
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	234

Sentenças

7ª Vara do Trabalho de Salvador – BA	255
1ª Vara do Trabalho de Feira de Santana – BA	269
7ª Vara do Trabalho de Florianópolis – SC	277
1ª Vara Federal do Trabalho de Taubaté – SP	281
Índice Geral	291

De reflexões e inflexões

Por motivos alheios à vontade do Conselho Editorial, este número da *Revista* circula com algum atraso. Mas o acaso, por vezes, sabe ser conveniente. Providencial atraso.

Porque este atraso, se bem que brevemente, permitir-nos-á refletir, em um mesmo editorial, sobre dois pontos de inflexão que se avizinham e prenunciam (ou não) novos e alvissareiros tempos. Novos tempos para a história política do Brasil. Novos tempos para a história institucional da Justiça do Trabalho (e de sua principal ferramenta de ação, consubstanciada no binômio processo/procedimento). Vejamos.

1. Da história política, cabe falar do que a população brasileira — e, naquilo que aqui nos interessa mais de perto, as massas trabalhadoras e o empresariado — poderá esperar do governo de Dilma Vana Rousseff. Dir-se-ia que, dos três principais nomes que se viabilizaram para o pleito nacional, a população teria escolhido a candidatura ideologicamente mais à esquerda. Nos últimos anos, porém, “esquerda” e “direita” tornaram-se expressões equívocas, senão, semanticamente vazias. De concreto, o que se pode antecipar?

Durante as campanhas, muito pouco ou quase nada se disse a respeito (talvez preordenadamente, diga-se). Mas já há sinais dispersos pela mídia. Recentemente, no jornal *Folha de S. Paulo*, o ex-ministro Roberto Mangabeira Unger — que integrará a equipe de transição e está muito próximo ao PMDB — externou o entendimento de que, nas relações entre capital e trabalho, o ordenamento brasileiro “demanda mudanças nas leis para resgatar da informalidade cerca de 40% da população economicamente ativa e para proteger a parte crescente de assalariados na economia formal em situação de trabalho precarizado: temporários, terceirizados ou autônomos”. A adotar essas premissas — reconhecendo, p. ex., que a terceirização desenfreada (a despeito da legitimidade que recolhe, com maior ou menor amplitude, na jurisprudência das próprias cortes trabalhistas) é, também, uma forma oblíqua de se precarizar o trabalho humano —, caminhará bem o novo governo. Nesse universo, incluem-se os temporários, pela via formal (Lei n. 6.019/74), e também os “autônomos”, pela via informal (ao mais das vezes, fraudulenta: cooperativados sob estrita subordinação e pessoalidade, “pejotização”, falsos representantes comerciais, etc.). Na mesma linha, pode-se ler, entre os treze pontos do programa de governo da então candidata, o propósito de dedicar “especial atenção aos trabalhadores e aos desprotegidos da sociedade”, como ação específica do propósito maior de “fortalecer a democracia política, econômica e social”. Ademais, lê-se na resolução sobre as diretrizes de programa 2011-2014 apresentada ao Tribunal Superior Eleitoral:

- “intensificação dos esforços para ampliar a inclusão previdenciária e o fortalecimento do trabalho formal, dando prosseguimento à desburocratização, à melhoria do atendimento aos aposentados e pensionistas, e ao reforço da previdência pública” (item n. 19, j);

- “compromisso com a defesa da jornada de trabalho de 40 horas semanais, sem redução de salários” (item n. 19, p).

Consumada a escolha popular, resta, agora, esperar a estrita fidelidade da nova Presidente da República ao quanto anunciado nos meses que antecederam o sufrágio. Avançar nas conquistas sociais. Fazer valer, no plano legislativo, o princípio da proibição do retrocesso social (que, lamentavelmente, não tem sido, por estas plagas, mais que um conceito doutrinário e um mote para o debate acadêmico). E, decerto, resistir aos sopros neoliberais que ainda tem curso por Brasília e, inclusive, por setores próximos à coalisão vencedora.

2. Sobre a história institucional, vale lembrar que tramita pelo Senado Federal o PLS n. 166/2010 (Sen. José Sarney), para instituir o novo Código de Processo Civil brasileiro. Uma vez promulgado, evidentemente, serão de grande monta os reflexos no âmbito da Justiça do Trabalho, em face do que dispõe o art. 769 da CLT e da inexplicável inércia legislativa que, há muito, detém o progresso do processo laboral brasileiro. O projeto tem mérito e deméritos, é verdade. Mas os primeiros não podem ser olvidados a reboque desses últimos.

Recentemente, o XXXIII Colégio de Presidentes de Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil (São Paulo) levou a público um “Manifesto pela Mobilização de Resistência contra a Aprovação do PLS n. 166/2010”, antecipando a suposta criação de um “novo processo civil autoritário”, pelas seguintes razões (entre outras):

“1. A possibilidade de o juiz ‘adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito’ (art. 107, V). ‘Quando o procedimento ou os atos, a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o Juiz, ouvidas as partes e observado o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste’ (art. 151, § 2º).

(...)

3. A possibilidade de concessão de liminares, em geral, sem a demonstração de *periculum in mora*, sob a forma de ‘tutela de evidência’ ou ‘tutela de urgência’ (art. 285, III), significando, mais uma vez, poderes desmedidos aos órgãos jurisdicionais monocráticos.

4. Previsão de que os juízes, ao aplicarem a lei, observem ‘... sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade ...’ (art. 6º), o que representa ampliação perigosa do poder jurisdicional mediante a possibilidade de descumprimento da lei a pretexto de realização de princípios constitucionais de caráter abstratíssimo.

(...)

‘10. A possibilidade de concessão de medidas cautelares de ofício.’”

Ora, seriam precisamente essas, dentre as várias inovações que o projeto encaminha, aquelas que mais seguramente permitiriam ao Poder Judiciário prover jurisdição de melhor qualidade, *i. e.*, mais célere, efetiva e adequada ao caso concreto. Não é o que esperam os advogados?

Convém não confundir instrumentalidade com instrumentalização. Nada há de “autoritário” ou “corporativista” em uma reforma que pretenda construir uma Magistratura proativa e pós-positivista, mais afinada com as necessidades do caso e dotada de mecanismos

que lhe permitam adequar o instrumento à tarefa. Cabe pensar na atividade jurisdicional já não como mera “atuação da vontade concreta da lei” (Giuseppe Chiovenda), mas, sobretudo, como *função de tutela efetiva* dos direitos materiais (em especial, aqueles dotados de jusfundamentalidade, como é a regra no processo do trabalho). Nesse particular, o PLS n. 166/2010 parece acompanhar a doutrina mais vanguardista, no Brasil (Ovídio Baptista, Guilherme Marinoni) e fora dele (Proto Pisani, Wolfgang Grunsky — e o “Modelo de Stuttgart”, que desenvolvera a doutrina dos “poderes assistenciais” do juiz —, o próprio art. 265-A do Código de Processo Civil português, etc.).

É do poeta romântico Lord Byron (1788-1824) a afirmação de que as melhores predições estão na leitura do passado (“*the best of prophets of the future is the past*”). Se o passado do processo civil nos diz algo sobre o nosso futuro, é que o formalismo autosuficiente, a polemização interna e a burocratização excessiva do procedimento impedem a duração razoável do processo e distanciam a realização dos direitos do cidadão. Acorreremos novamente a esse modelo?

Saibamos, afinal, ler a lição dos tempos.

Comissão Editorial



Doutrina



A constituição do trabalho

Edilton Meireles^(*)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho trata da definição da constituição laboral e das questões derredor de suas características e importância como componente interpretativo da Constituição. Apontam-se as críticas à delimitação das normas constitucionais, vinculando-as a determinado ramo do direito. Conclui-se, no entanto, que a formulação de seu conceito tem por objetivo didático revelar o conjunto de regras laborais encontradas na Constituição e destacar a importância dada ao trabalho pelo legislador constituinte como instrumento de realização do estado Social.

Palavras-Chave:

- ▶ Constituição do trabalho — constituição laboral — trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Conceito
- ▶ 3. Conclusão
- ▶ 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

É sabido que a Constituição é una e indivisível. Suas regras e princípios formam um único corpo legislativo, que deve ser aplicado e interpretado de forma a não guardar qualquer divergência ou prevalência entre os diversos temas ou ramos do direito neles tratados.

Neste sentido, é de todo importante que não podemos nos perder no caminho de procurar interpretar a Constituição em parcela (constituição econômica, fiscal, laboral, etc). Tal lição, no entanto, não impede, ao menos para fins

didáticos ou de estudo, separar no texto constitucional as regras e princípios que regem determinado aspecto de nossa vida, agrupando-os por ramos do direito⁽¹⁾. Em assim pensando, pode-se falar em uma constituição econômica, cultural, social ou do trabalho, por exemplo⁽²⁾. E a nossa Constituição permite, “pelo menos,

(*) Desembargador do Trabalho do TRT da 5ª Região (Bahia). Pós-doutorando em Direito na Universidade de Lisboa. Doutor em Direito (PUC/SP). Professor Adjunto da UFBA e Professor da Universidade Católica do Salvador.

(1) Com severas críticas à adoção do método de interpretar a Constituição por parte, ou em fatias, consultar António Nunes de Carvalho, *Reflexões sobre a Constituição e o direito do trabalho*, p. 53-63. Também com críticas ao reconhecimento da existência de uma Constituição do trabalho, cf. Bernardo Xavier. *A Constituição portuguesa como fonte do direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores*, p. 164-166.

(2) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5 ed., p. 344-347.

a possibilidade de concatenar, em termos minimamente completos, normas constitucionais laborais”⁽³⁾.

Lógico, no entanto, que não se pode querer interpretar o texto normativo como se ele apenas contivesse normas de direito do trabalho. O que se quer, com essa delimitação, é identificar os princípios laborais que norteiam as constituições, procurando, em dada medida, revelar em que grau o valor trabalho foi agasalho como vetor mais ou menos relevante para a formação jurídica do Estado. Eles, os princípios, porém, não podem deixar de ser apreciados a partir do todo sistema normativo constitucional.

Em suma, a alusão “a ‘Constituição Laboral’ ou ‘Constituição do Trabalho’ pode ter interesse para explicar que, no domínio constitucional, há um conjunto de normas sobre aspectos laborais, mas é preciso ter em conta que, ao falar-se em constituição laboral, não se deve particularizar a Constituição. A Constituição representa um todo e não se podem considerar os artigos da mesma só naquele ‘bloco’ que respeita ao domínio laboral”⁽⁴⁾.

A identificação da constituição laboral, aliada aos demais elementos do sistema, portanto, serve para destacar qual o papel que ela deve desempenhar na interpretação e aplicação do texto constitucional. Importante, ainda, esse destaque, pois da constitucionalização do direito do trabalho decorre a interpretação de toda legislação inferior conforme à Constituição. Ou seja, ela “tem uma importância decisiva na refundação do direito do trabalho e na sua sistematização”⁽⁵⁾.

2. Conceito

Na doutrina encontramos diversos exemplos de definição da constituição econômica. José

Afonso da Silva, no Brasil, define a constituição formal econômica como a:

Parte da Constituição Federal que contém os que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica⁽⁶⁾.

Vital Moreira, por sua vez, em Portugal, conceitua a constituição econômica como

O conjunto de preceitos e instituições jurídica que, garantido os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinado ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta⁽⁷⁾.

Poucos doutrinadores, entretanto, mesmo dentre os trabalhistas, no Brasil, ousaram em apontar um conceito da constituição do trabalho. A esse tema sempre foi dada pouca importância.

José Afonso da Silva, por exemplo, enquanto constitucionalista, preocupou-se em definir o conceito de constituição econômica, mas ao tratar dos direitos sociais do trabalho passou ao largo dessa questão⁽⁸⁾. Outros cuidam da constitucionalização da economia, desprezando esse mesmo fenômeno na área trabalhista⁽⁹⁾.

Dentre os doutrinadores trabalhistas brasileiros, desconhecemos aquele que tenha procurado sistematizar o direito do trabalho a partir do conceito de constituição do trabalho, de forma

(3) CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de direito do trabalho*, p. 139.

(4) MARTINEZ, Pedro Romano. *A Constituição de 1976 e o direito do trabalho*, p. 153.

(5) XAVIER, Bernardo. *A matriz constitucional do direito do trabalho*, p. 99.

(6) *Curso de direito constitucional positivo*, 21. ed., p. 767.

(7) *Economia e Constituição: para o conceito de constituição econômica*. 2. ed., p. 41.

(8) *Curso de direito constitucional positivo*, 21. ed., p. 284-305 e 767.

(9) ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, p. 205-215 e 449-450.

a analisar e aplicar suas regras e princípios a partir do que está contido na Constituição.

Diverso, no entanto, tem sido a literatura alienígena. Não de hoje, doutrinadores italianos, portugueses e espanhóis, sem falar nos alemães, vêm procurando delinear a constituição do trabalho.

Hugo Sinzheimer, por exemplo, à luz da Constituição de Weimar, conceituou a constituição do trabalho como “o ordenamento que chama os trabalhadores a co-exercitar, nos limites estabelecidos pela lei e pelos acordos, os direitos primeiramente pertencentes exclusivamente ao empregador”⁽¹⁰⁾.

Interessante notar que, neste conceito, o autor faz um paralelo entre a limitação do poder do empregador e o do monarca absoluto. A Constituição do Estado limitou o exercício do poder do monarca absoluto através do parlamento popular, assim como a constituição do trabalho limita o poder do empregador por meio de contra-poderes sociais, que seriam exercidos pelos sindicatos ou através da co-gestão.

Tal conceito, no entanto, peca por admitir, implicitamente, que o poder do empregador seria algo natural, legitimado por graça divina, em face da sacralização dos meios de produção. Tal conceito, no entanto, como bem percebido por Thilo Ramm, chama a atenção para um aspecto que não pode passar despercebido, qual seja, o de que a constituição do trabalho ocupasse de uma relação de tensão entre o direito e o poder, “da modificação do poder por obra do direito e da falência do direito em face do poder”⁽¹¹⁾.

Thilo Ramm, entretanto, positivamente, incluiu no conceito de constituição do trabalho as regras que cuidam das associações de trabalhadores e empregadores, os conselhos da empresa e de pessoal, o legislador, o poder executivo, o poder judiciário, o empregador e os

trabalhadores, bem como os colaboradores, os representantes de pessoas jurídicas, os familiares cooperantes e, sobretudo, os servidores públicos, já que, independentemente da posição jurídica destes últimos, “um dos pilares da constituição do trabalho na República Federal (alemã) é constituído pela proibição de greve nos serviços essenciais”⁽¹²⁾.

Esse doutrinador alemão, porém, conclui que o conceito de constituição do trabalho deve juntar os fatores jurídicos e reais que determinam a relação de trabalho, nos seus três níveis, quais sejam, singular, entre trabalhador e empregador, empresarial, entre empregador e seus empregados, e supra-empresarial, entre associações sindicais. “Trata-se, assim, de um quadro complexo, não só constituído de normas jurídicas”⁽¹³⁾, de modo que o conceito jurídico deve ser completado com a valorização do peso real da norma jurídica, isto é, da força factual da norma. É preciso levar em conta a força normativa dos fatos⁽¹⁴⁾.

Sempre à luz do direito alemão, Franz Leopold Neumann também destaca que o objeto da constituição do trabalho “é a disciplina, vale dizer, a limitação do poder de direção do proprietário sobre os trabalhadores”⁽¹⁵⁾. Isso se constata na Constituição alemã quando se verifica, na sua segunda parte, que o trabalhador é, antes de tudo, tutelado contra os abusos do poder de direção. O empregador, ainda, tem seus poderes limitados com os conselhos de empresas e, por fim, pela existência dos sindicatos⁽¹⁶⁾.

Esse Autor destaca, ainda, que a constituição do trabalho não se funda apenas na ideia formal da igualdade. Ao contrário, tutela o trabalhador para promover sua emancipação, numa

(10) *Apud* RAMM, Thilo. *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, p. 130-131. Tradução livre do Autor.

(11) *Ibidem*, p. 133. Tradução livre do Autor.

(12) *Ibidem*, p. 132. Tradução livre do Autor.

(13) *Ibidem*, p. 154. Tradução livre do Autor.

(14) *Idem*.

(15) *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*. Bolonha: Mulino, 1983. p. 137. Tradução livre do Autor.

(16) NEUMANN, Franz L. *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, p. 137. Tradução livre do Autor.

verdadeira discriminação positiva fixada pelo legislador⁽¹⁷⁾.

Em Portugal, esse tema também tem sido uma preocupação dos doutrinadores trabalhistas. Além de J. J. Gomes Canotilho, que faz referência a constituição laboral⁽¹⁸⁾, temos as lições de José Barros Moura, que a define como o “conjunto das disposições constitucionais unificadas por terem como referência comum o trabalho ou os trabalhadores”⁽¹⁹⁾.

Ainda em Portugal, diversos são os autores que se dedicam a definir seu conceito de constituição do trabalho⁽²⁰⁾. Maria do Rosário Palma Ramalho, por exemplo, a tem como “constituída pelo conjunto de preceitos constitucionais com incidência direta ou indireta no domínio laboral”⁽²¹⁾. Nesta mesma linha, podemos citar Antonio Menezes Cordeiro, que a conceitua como “as normas e princípios de Direito do Trabalho, obtidos com base na Constituição”⁽²²⁾.

Jorge Miranda, por sua vez, a tem como “conjunto dos princípios e regras constitucionais no domínio de Direito do Trabalho, como tête de chapitre do Direito do Trabalho”⁽²³⁾. E adverte quanto a “necessidade de inserção sistemática, com todas as consequências a nível da interpretação, integração e aplicação dos princípios e das regras constitucionais sobre Direito do Trabalho”⁽²⁴⁾. Ressalta, porém, que ela é parte integrante da constituição econômico e social⁽²⁵⁾.

(17) *Idem*. Tradução livre do Autor.

(18) *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed., p. 344-345.

(19) *A Constituição portuguesa e os trabalhadores – da revolução à integração na CEE*, p. 820.

(20) Podemos citar ABRANTES, José João. *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, 2005; CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, 1985; GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O código do trabalho e a Constituição portuguesa*, 2003.

(21) *Direito do trabalho*, Parte I, p. 145.

(22) CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de direito do trabalho*, p. 139.

(23) *A constituição laboral ou do trabalho*, p. 17.

(24) *Idem*.

(25) *Idem*.

E, de fato, como ensina Pedro Romano Martinez, “as normas laborais devem ser entendidas no conjunto mais vasto da Constituição, na sua globalidade”⁽²⁶⁾.

Já em relação aos doutrinadores espanhóis e italianos, conquanto se dediquem ao estudo da constituição do trabalho, eles não se preocupam em apontar seu conceito ou, quando muito, repetem, com pequenas variações, as definições já expostas acima.

Sem fugir a essa tarefa, preferimos, então, de forma resumida, conceituar a constituição do trabalho como o conjunto de regras e princípios constitucionais relativos ao trabalho. Não limitamos o seu objeto às relações de trabalho, pois, mais do que isso, a Constituição busca tratar do trabalho humano, ainda que não assalariado ou que não seja produto de uma relação jurídica.

Isso não implica, no entanto, em afirmar que devemos estudar a Constituição do Trabalho em face de todos os destinatários dessas normas. Óbvio, entretanto, que, no estudo dessas regras e princípios, o estudioso há de levar e conta os fatores reais, isto é, “a força normativa dos fatos”⁽²⁷⁾.

Outrossim, a identificação desse conjunto de regras e princípios que regem o trabalho é de suma importância nas constituições sociais. Isso porque,

Quando o Estado social articula sua definição e atuação sobre a integração do conflito social, a constituição do trabalho constitui o núcleo de sua constituição material⁽²⁸⁾.

O Estado social, em verdade, está umbilicalmente vinculado à proteção do trabalho. Neste sentido, a

Constituição do trabalho não pode ser tratada simplesmente como o estudo das normas

(26) *Direito do trabalho*, p. 165.

(27) RAMM, Thilo. *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, p. 154.

(28) BUELGA, Gonzalo Maestro. *La constitución del trabajo en el Estado Social*, p. 6. Tradução livre do Autor.

constitucionais de um setor do ordenamento, senão como o elemento nuclear caracterizador do projeto constitucional do Estado social⁽²⁹⁾.

É preciso, no entanto, deixar claro que a constituição do trabalho, assim como a econômica, a social, etc, “não constituem realidades autônomas dentro de uma constituição, devendo sempre interpretar-se no contexto geral da constituição”⁽³⁰⁾.

O estudo da constituição do trabalho tem por finalidade dar realce aos princípios e regras informadoras das normas que regem o trabalho. Ela, no entanto, é uma parte da Constituição, dessa não se reparando ou mesmo prevalecendo sobre as demais “constituições” (econômica, social, cultural, etc). Não pode haver conflitos entre os princípios estabelecidos pela constituição do trabalho e adotados pela Constituição como um todo, pois, como dito, essa é una e indivisível.

Aliás, pode-se afirmar que a constituição do trabalho não deixa de ser uma parte da constituição econômica, bem como da constituição social⁽³¹⁾.

Do texto constitucional brasileiro, no entanto, extrai-se que o constituinte erigiu o trabalho (a valorização social do trabalho), o emprego, os direitos dos trabalhadores, a participação dos trabalhadores na gestão da empresa, etc, como elementos constitutivos “da própria ordem constitucional global e em instrumentos privilegiado de realização do princípio da democracia econômica e social”⁽³²⁾.

Tal realidade, ainda, também é compartilhada por outras Constituições surgidas no pós-Segunda Guerra Mundial, as quais o Brasil tomou como modelo. E tal ocorre haja vista,

Para além de o trabalho, enquanto actividade em si mesma portadora de valores, se encontrar, no pensamento ocidental, no centro dos conceitos fundamentais de pessoa e de comunidade, a própria tradição constitucional se forja, também, na ideia de que a dignidade do indivíduo assenta ao mesmo tempo no seu trabalho e no seu exercício da cidadania⁽³³⁾.

Daí por que

Não espanta que a generalidade das Constituições — em especial, as mais recentes — contenham, com maior ou menor desenvolvimento, normas acerca do trabalho e, muito em particular, da forma paradigmática de actividade produtiva nas sociedades modernas: o trabalho subordinado⁽³⁴⁾.

Em suma, a “fome de constitucionalismo” que envolveu estes processos constitucionais determinou (...), a colocação do trabalho e do trabalhador no centro da norma ordem constitucional a que se pretendia dar forma”⁽³⁵⁾.

E mais, em face da sua constitucionalização, a constituição acaba por gerar, num processo de retro-alimentação, um reencontro do direito do trabalho

Com as suas origens, enquanto ramo do Direito em que o “social” se impõe como limite do econômico e em que o lugar central é o da pessoa humana, em todas as suas facetas, como indivíduo, cidadão e trabalhador⁽³⁶⁾.

Contudo, devemos advertir que

Se o fenómeno de constitucionalização do Direito do Trabalho representa, em larga medida, o reconhecimento da centralidade das questões levantadas pelo trabalho subordinado nas sociedades modernas, quer do

(29) *Idem*. Tradução livre do Autor.

(30) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5. ed., p. 344, nota de rodapé 22.

(31) RAMM, Thilo. *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*, p. 163-169.

(32) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 5. ed, p. 345.

(33) CARVALHO, António Nunes de. *Reflexões sobre a Constituição e o direito do trabalho*, p. 36.

(34) *Idem*.

(35) *Idem*, p. 36.

(36) ABRANTES, José João, *Autonomia da vontade e direito do trabalho...*, p. 49.

ponto de vista do trabalhador/pessoa que trabalha, quer do ponto de vista global da comunidade dos cidadãos, este movimento de constitucionalização não pode ser tomado como um momento de chegada — ou como uma espécie de “fim da história”. Deve, antes, ser encarado como um fenômeno que propicia o surgimento de novos problemas e que, por isso mesmo, exige o esforço de reflexão dos juristas⁽³⁷⁾.

Daí por que a necessidade de se analisar, em cuidado e relevo, a denominada “Constituição Laboral”.

O trabalho é visto como “instrumento de dignificação social e de realização pessoal”, pois vista como “meio de subsistência” (pagamento de vantagens salariais) e como “modo de afirmação social e de realização individual”⁽³⁸⁾ (princípio da valorização social).

A organização do trabalho, de forma a

Facultar a realização pessoal, deve ser considerado uma das manifestações salientes da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, atendendo à inserção do prestador de trabalho numa comunidade determinada, fora da qual, como diz o art. 29, n. 1 da Declaração Universal (dos Direitos do Homem) não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade⁽³⁹⁾.

O direito do trabalho, pois, acaba por colocar à prova a própria concepção do Estado⁽⁴⁰⁾.

Podemos, assim, afirmar que a Constituição do Trabalho compreende as normas e princípios laborais, que encontram abrigo na Constituição, assim como exprime

As regras relativas às fontes juslaborais e ao seu modo de concatenação; opera, nessa

medida, como fonte indireta do tecido laboral, tornando-se, em qualquer caso, imprescindível para o seu entendimento⁽⁴¹⁾.

A constituição laboral, assim, desempenha uma função reinterpretativa e integradora da legislação infraconstitucional do trabalho. Esta última, pois, passa a ser interpretada conforme a Constituição, não se podendo, por óbvio, querer fazer prevalecer a interpretação que se tinha do direito do trabalho antes do surgimento do texto Constitucional, nem muito menos interpretar a Constituição conforme a lei ordinária.

Por fim, é preciso dizer que a ‘constituição laboral’, enquanto fruto de uma decisão política, é, antes de tudo, um projeto, cuja função ou objetivo é modificar e alterar, de forma perene, o *status quo* existente, seja através de sua implantação imediata, seja através de sua natural progressividade (no sentido de ampliação dos direitos dos trabalhadores, ainda que seja através da legislação infraconstitucional).

Ela é fruto de um compromisso constitucional, isto é, de um “acordo” entre as partes constituintes no sentido de privilegiar, valorizar o trabalho, enquanto elemento essencial à realização da dignidade humana. Daí por que, o respeito e a proteção dos trabalhadores “não pode deixar de prevalecer sobre outros bens, como a rentabilidade da empresa, a racionalidade econômica, etc”⁽⁴²⁾. O econômico não pode suplementar o social, até porque o estatuto de proteção dos trabalhadores é parte integrante da moderna democracia social.

Não pode haver produção “sem promoção do mundo do trabalho, sem reconhecimento das suas aspirações e dos seus direitos. Porque não há liberdade de empresa sem a liberdade na empresa”⁽⁴³⁾.

(37) CARVALHO, António Nunes de. *Reflexões sobre a Constituição e o direito do trabalho*, p. 38.

(38) *Ibidem*, p. 48.

(39) *Ibidem*, p. 49.

(40) PROSPERETTI, Ubaldo. *Il diritto e lo sciopero*. Note su un vecchio problema: l’assicurazione contro gli scioperi, p. 82.

(41) CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de direito do trabalho*, p. 141.

(42) ABRANTES, José João. O direito do trabalho e a Constituição. In: *Direito do trabalho*, Ensaios, p. 54.

(43) Primeiro-Ministro francês Michel Rocard, *Le Monde*, 12 out. 1988.

3. Conclusão

A partir do que foi exposto podemos concluir que a noção da existência de uma constituição laboral é útil na medida em que nos chama a atenção para o fenómeno dos Estados Sociais que acabaram por privilegiar o valor do trabalho, servindo-nos, ainda, como instrumental interpretativo de todo arcabouço normativo constitucional.

A revelação da existência de uma constituição laboral põe em relevo que o compromisso constitucional de realização do Estado Social somente se faz através da valorização do trabalho enquanto instrumento de geração e distribuição da riqueza.

4. Referências bibliográficas

- ABRANTES, José João. *O direito do trabalho e a Constituição*. Lisboa: AAFDL, 1990.
- _____. O direito do trabalho e a Constituição. In: *Direito do trabalho*. Ensaios. Lisboa: Cosmos, 1995. p. 39-68.
- _____. Autonomia da vontade e direito do trabalho (breves considerações em relação com as novas regras sobre mobilidade dos trabalhadores introduzidas pelo Código do Trabalho). In: *Boletim da Associação Sindical dos Juizes Portugueses* – IV série, n. 3, p. 43-62, abr. 2004; *Estudos sobre Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 119-143.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO, António Nunes de. Reflexões sobre a Constituição e o Direito do Trabalho. In: *Prontuário de Direito do Trabalho*, n. 57, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, p. 35-64, 1998.
- CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*. Coimbra: Almedina, 1985.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1991.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *O Código do Trabalho e a Constituição portuguesa*. Lisboa: O Espírito das Leis, 2003.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. *La constitución del trabajo em el Estado Social*. Granada: Comares, 2002.
- MARTINEZ, Pedro Romano. A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho. In: AA. VV. Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 – Evolução Constitucional e Perspectivas Futuras. Lisboa: AAFDL. 2001. p. 149-187.
- MIRANDA, Jorge. A constituição laboral ou do trabalho. In: *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Lisboa, Instituto de Direito do Trabalho, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, v. I, p. 17-19.
- MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de constituição económica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.
- MOURA, José Barros. A Constituição portuguesa e os trabalhadores — da revolução à integração na CEE. In: COELHO, Mário Baptista (Coord). *Portugal. O sistema político e constitucional 1974-1987*. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais/Universidade de Lisboa, 1989. p. 813-860.
- NEUMANN, Franz Leopold. *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*. Trad. G. Antonio Capobianco, Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro. Milão: Il Mulino, 1983.
- PROSPERETTI, Ubaldo. Il diritto e lo sciopero. Note su un vecchio problema: l'assicurazione contro gli scioperi. In: *Problemi di diritto del lavoro*. Milão: Giuffrè, 1970. v. II, p. 79-114.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Parte I – Dogmática geral. Coimbra: Almedina, 2005.
- RAMM, Thilo. *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*. Trad. G. Antonio Capobianco, Lorenzo Gaeta, Roberto Romei e Gaetano Vardaro. Milão: Giuffrè, 1989.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- XAVIER, Bernardo. A Constituição Portuguesa como fonte do direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores. In: FERNANDES, António Monteiro (Coord.). *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao professor Manuel Alonso Olea*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 163-203.

A função revisora dos tribunais — a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária

Ben-Hur Silveira Claus^(*); Ari Pedro Lorenzetti^(**); Ricardo Fioreze^(***); Francisco Rossal de Araújo^(****); Ricardo Martins Costa^(*****); Márcio Lima do Amaral^(*****)

Resumo:

- O presente artigo trata da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária, abordando o tema na perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional, com ênfase no exame do método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora das sentenças por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária. Questiona o método muitas vezes adotado pelos tribunais no exame dos recursos de natureza ordinária, examinando suas consequências e sua influência para a recorribilidade excessiva que caracteriza o sistema recursal trabalhista.

Palavras-chave:

- Administração da justiça — função revisora dos tribunais — duplo grau de jurisdição — legitimação da jurisdição de primeiro grau — duração razoável do processo — efetividade da jurisdição.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A morosidade do Poder Judiciário
- 3. O método na filosofia
- 4. A função revisora dos tribunais e o problema da efetividade da jurisdição
- 5. Entre a *sentença razoável* do juiz e a *sentença ideal* para o relator — um falso dilema a superar
- 6. A aplicação do direito: não há julgamento sem discricionariedade judicial
- 7. O método da transmigração do relator
- 8. Um acórdão e não uma nova sentença

(*) Juiz Titular da Vara do Trabalho de Carazinho – RS (4ª Região).

(**) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Rio Verde – GO (18ª Região).

(***) Juiz Titular da Vara do Trabalho de Encantado – RS (4ª Região).

(****) Juiz Titular da 16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – RS (4ª Região).

(*****) Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Gramado – RS (4ª Região).

(*****) Juiz do Trabalho Substituto – RS (4ª Região).

- ▶ 9. A sentença razoável deve ser confirmada
- ▶ 10. O alcance de uma inovação procedimental
- ▶ 11. Mauro Cappelletti — a atualidade de um diagnóstico
- ▶ 12. Conclusão
- ▶ 13. Referências bibliográficas

O principal defeito dos sistemas jurídicos da *civil law* “... es la profunda desvalorización del juicio de primer grado, con la conexas glorificación, si así puede decirse, de los juicios de gravamen” (CAPPELLETTI).

1. Introdução

O presente ensaio objetiva contribuir para o debate acerca da função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária.

O tema é tratado sob a perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional, com ênfase no exame do método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora das sentenças por ocasião do julgamento dos recursos de natureza ordinária. O método utilizado pelos tribunais é examinado a partir de uma premissa elementar: o prévio reconhecimento da dimensão hermenêutica do fenômeno jurídico e da consequente discricionariedade ínsita ao ato de julgar.

2. A morosidade do Poder Judiciário

A morosidade é a principal crítica dirigida ao Poder Judiciário. Trata-se de uma crítica procedente — os processos judiciais demoram demais, regra geral. O Estado, que avoca o monopólio da jurisdição, deve prestar a justiça em prazo breve: a reparação do direito violado deve ocorrer logo. Se a garantia fundamental da duração razoável do processo se torna apenas uma promessa ilusória, então a Constituição não estaria sendo respeitada e o Estado Democrático de Direito estaria falhando. A dimensão do problema ganha maior relevo em face da crescente demanda de massa por justiça diante da insuficiente estrutura dos serviços judiciários.

O método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora no julgamento dos recursos de natureza ordinária tem influência direta na efetividade jurisdicional e no processo institucional de legitimação da jurisdição de primeiro grau.

3. O método na filosofia

Antes de falar sobre o método utilizado pelos tribunais no exercício da função revisora, é conveniente dedicar dois parágrafos para discorrer sobre o método na filosofia.

A palavra método é de origem grega. *Methodos* significa caminho para chegar a um fim. Descartes acreditou que poderia chegar a verdades claras e distintas se contasse com um método científico para a investigação dos fenômenos. Nesse caminho para a descoberta da verdade Descartes acreditou ter alcançado no *Discurso do método*, obra que publicou em 1637: “desfazermos-nos de todas as opiniões que recebemos e reconstruir, de novo e desde os fundamentos, todos os sistemas dos nossos conhecimentos”.⁽¹⁾ Mais recentemente, a filosofia veio a perceber a impossibilidade de o cientista livrar-se de todos os preconceitos, propondo um retorno à concepção de Aristóteles, concepção segundo a qual o método é determinado pelo objeto, conforme ensina o filósofo alemão Hans-Georg Gadamer.⁽²⁾

(1) DESCARTES, René. *Discurso do método*. Livraria Exposição do Livro. p. 75.

(2) GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 467: “Como vemos, o problema do método está inteiramente determinado pelo objeto — o que constitui um postulado aristotélico

A filosofia fenomenológica concebe o método como o próprio movimento do pensamento “às coisas mesmas”. É no âmbito do próprio objeto que o método se dá. O método não é externo ao objeto para o qual se destina: “Toda a procura retira do procurado sua direção prévia”, diz Heidegger.⁽³⁾ Recorremos a Ernildo Stein para melhor explicar essa relação existente entre o objeto da investigação e o método escolhido para a investigação. Diz o autor que Heidegger, na obra *Ser e Tempo*, “descobre que o método se determina a partir da coisa mesma. A escada para penetrar nas estruturas existenciais do ser-aí é manejada pelo próprio ser-aí e não pode ser preparada fora para depois dar acesso ao objeto. Não há propriamente escada que sirva para penetrar no seu ‘sistema’. A escada já está implicada naquilo para onde deveria conduzir. O objeto, o ser-aí, já sempre traz consigo a escada. Há uma relação circular. Somente se sobe para dentro das estruturas do ser-aí, porque a gente já se move nelas. Esta antecipação não crítica do método é consequência inevitável da circularidade do processo hermenêutico. Quem, para desenvolver seu método, parte da compreensão como estrutura fundamental do homem, sempre pressupõe de algum modo em exercício aquilo que visa com o método.”⁽⁴⁾

A conclusão é a de que o método já está sempre de certa forma pressuposto quando nos dirigimos para o objeto de nossa investigação científica. Não é possível uma disjunção radical entre objeto e método. Objeto e método estão reciprocamente implicados no fenômeno do conhecimento. E assim é também porque o objeto não nos é dado, mas construído a partir do que sabemos ou pensamos saber sobre ele.

geral e fundamental — e, relacionado ao nosso interesse, valerá a pena considerar a relação especial entre ser ético e consciência ética tal como Aristóteles a desenvolve em sua ética.”

(3) HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. v. 1, p. 204.

(4) STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Editora Movimento, 1983. p. 108.

Em suma, pois, a questão do método depende essencialmente da postura do sujeito cognoscente frente ao objeto.

4. A função revisora dos tribunais e o problema da efetividade da jurisdição

Aos tribunais cabem julgar os recursos interpostos contra as sentenças — julgar a impugnação feita pela parte recorrente à sentença. Trata-se da função revisora dos tribunais.

O método adotado pelos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária tem importância decisiva para a efetividade da jurisdição. Em linhas gerais, pode-se estabelecer o raciocínio de que a efetividade da jurisdição diminui à medida que aumenta a reforma das sentenças. A recíproca também é verdadeira: aumenta a efetividade da jurisdição à medida que as sentenças são confirmadas. Essa correspondência está intimamente ligada aos princípios constitucionais da celeridade e da duração razoável do processo, uma vez que não se pode admitir, dentro de nossa dinâmica constitucional atual, um processo lento como sendo efetivo. A realidade fática e os aspectos sociais já demonstraram a insuficiência de um processo moroso, ainda que razoável sob o aspecto meramente técnico.

Outro aspecto do problema: a reforma das sentenças estimula recursos. Esse aspecto é relevante, pois, conforme o magistério de Ovídio A. Baptista da Silva, “a legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos”.⁽⁵⁾ Uma verdadeira plethora de recursos congestionam os tribunais de 2º grau — nos tribunais superiores esse quadro é ainda mais dramático —, com sério déficit para a efetividade da jurisdição. Estatísticas revelam que o índice de recorribilidade, em determinadas fases processuais, chega a mais de 100%, o que indica uma cultura jurídica voltada à recorribilidade, a exigir uma

(5) BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 240.

ação orgânica e concertada das diversas instâncias do poder jurisdicional.

Por certo não se está falando do direito de recorrer em si, mas do abuso, da procrastinação. Nesse aspecto, as penas processuais são importante instrumento pedagógico para a mudança da praxe. Todavia, é na valorização do julgado de 1º grau que reside o papel principal para a construção de uma nova cultura jurídica de recorribilidade. O que não se pode mais aceitar é a perniciosa cultura de se tentar reduzir o primeiro grau de jurisdição à condição de mera instância de passagem.

Afirma-se que o método adotado pelos tribunais tem importância decisiva para a efetividade da jurisdição porque a legitimidade da jurisdição de primeiro grau passa pelo reconhecimento — e pela confirmação — da autoridade judicial que resolveu o conflito na respectiva comunidade. E do método adotado pelos tribunais no exercício de sua legítima função revisora depende em grande medida o fortalecimento da jurisdição de primeiro grau.

5. Entre a *sentença razoável* do juiz e a *sentença ideal* para o relator — um falso dilema a superar

Se há uma relação de pertença entre método, objeto e sujeito cognoscente, logo se percebe que, para acertar na escolha do método, é necessário antes acertar ao definir a finalidade da função revisora dos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária. Em linhas gerais, adotada a perspectiva da efetividade da jurisdição, pode-se considerar que a finalidade da função revisora dos tribunais no julgamento de recursos de natureza ordinária é examinar se a sentença conferiu uma *solução legítima à causa* — uma *sentença razoável* —, no que respeita àqueles aspectos, objeto do recurso.

Com sua jurisdição delimitada à matéria específica objeto do recurso, ao tribunal cabe verificar se a sentença conferiu uma *solução legítima à causa* (uma *sentença razoável*), e não cogitar se a decisão proferida seria exatamente

aquela *sentença ideal* que o relator proferiria se estivesse no lugar do juiz originário. Quando adota um tal método de trabalho, o tribunal parece desconhecer o irrecusável caráter hermenêutico da aplicação do direito, ignorando a natureza discricionária ínsita ao ato de julgar.

Embora possa causar alguma perplexidade a afirmação de que o ato de julgar implica discricionariedade do magistrado, em face de nossa formação positivista, tal postulado deve ser recebido com o espírito de acolhimento presente nas palavras que ocorreram a Karl Engisch para introduzir estudo desse tema: “Mais difícil do que demonstrar que existe o ‘poder discricionário’ no direito é demonstrar que isso é, não apenas inevitável, mas também algo de bom.”⁽⁶⁾

O tema da discricionariedade judicial será retomado em seguida. Por ora, importa destacar as consequências que decorrem da adoção do método da *sentença ideal* pelo tribunal no exercício da função revisora. É claro que o resultado prático é negativo para a efetividade da jurisdição, pois a probabilidade de reforma da sentença aumenta consideravelmente quando a função revisora é exercida sob inspiração da *sentença ideal* para o relator, a qual tende a ser distinta da sentença prolatada pelo juiz originário exatamente em face da discricionariedade ínsita à natureza hermenêutica do ato de aplicação do direito ao caso concreto. Afora isso, a própria existência de uma *sentença ideal* pode ser questionada, por se tratar de conceito relativo. Prova disso são as frequentes divergências entre os integrantes do órgão revisor, firmando-se o acórdão com base em simples maioria.

Não é demais acentuar, ainda, que a própria etimologia da palavra *sentença* deixa entrever o elemento subjetivo subjacente em todo julgamento, o qual traz em si aspectos valorativos inevitáveis. O julgamento não se limita a uma simples operação matemática de subsunção de um fato a uma regra legal anteriormente posta,

(6) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 224 (destaque e itálico no original).

apresentando-se, antes, como um processo valorativo, um modo de ver e sentir determinada situação. É preciso rechaçar a ideia da sentença-produto (como num sistema fabril) e privilegiar a sentença enquanto ato estatal de vontade e produto de trabalho intelectual, “arte do Direito”, criada como resultado da interação entre homem (jugador) e objeto a ser apreendido (lide), a partir de pressupostos jurídicos e dentro do espaço jurisdicional. Salvo equívoco manifesto, é recomendável que se privilegie a percepção de quem teve contato direto com as partes, colhendo elementos de convicção que muitas vezes não são passíveis de tradução em palavras ou não se mostram numa análise fria dos elementos presentes nos autos, mas que ajudam sobremaneira em sua valoração.

Tanto ao instruir o processo quanto ao julgar a causa, o juiz de primeiro grau está a realizar um trabalho cujo caráter hermenêutico é irrecusável, sobretudo no momento da aplicação do direito, conforme a precisa observação de Ovídio A. Baptista da Silva.⁽⁷⁾ O juiz está a aplicar o direito não apenas quando profere a sentença, mas durante todo o processo, o que inclui o rico momento da audiência de instrução. E o faz como o destinatário primeiro da prova e do debate processual, o que consubstancia a imediação que singulariza a jurisdição de primeiro grau — esse irredutível contato humano do juiz com as partes, as testemunhas e o debate processual.

O relevo que se atribui ao caráter hermenêutico da aplicação do direito decorre da particular circunstância de que, conforme Hans-Georg Gadamer, “a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.”⁽⁸⁾ Na verdade, interpretar é fazer o inventário das

alternativas que se apresentam ao sujeito. Nas palavras de Heidegger identificamos a matriz filosófica de Gadamer: “Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão.”⁽⁹⁾

Se a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, então cresce de importância a imediação do julgador originário com as partes em conflito e com a produção da prova, avultando a relevância da sentença enquanto síntese do processo elaborada pelo juiz natural, juiz ao qual as partes tiveram acesso e perante o qual foram ouvidas e compreendidas. Afinal, não se pode perder de vista que julgar não é apenas calcular, medir ou relacionar, mas situar fatos e as normas dentro de determinada ordem valorativa, atividade que não pode ser realizada adequadamente senão considerando o contexto em que se insere a lide.

Por outro lado, conforme bem pontuaram Délio Maranhão e Luiz Inácio Carvalho, “cada sentença traz a marca da personalidade do juiz, fator decisivo para o julgamento. O juiz, como o queria Montesquieu, despersonalizado, a tal ponto que a fixidez dos julgamentos refletisse um texto preciso da lei, não existe mais e nunca existiu. É uma abstração, um mito, sobrevivência do complexo infantil, a que alude Jerome Frank, a respeito do fetichismo da plena segurança e certeza jurídicas, em que se revela a tendência humana de fugir das realidades inquietadoras e desagradáveis e criar a ilusão de um mundo perfeito”.⁽¹⁰⁾

Não há como olvidar que a realidade sobre a qual se debruça o juiz é multifacetária e, por isso, comporta diferentes interpretações, igualmente válidas, conforme o enfoque a partir da qual é analisada. E nem sempre se pode afirmar que esta ou aquela leitura seja a ideal ou a mais perfeita.

(7) BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 256.

(8) GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 459.

(9) HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. v. 1, p. 204.

(10) MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993. p. 34.

O tema em estudo evoca a clássica indagação teórica acerca do caráter científico da jurisprudência e da necessária adaptação por que passa o conceito de ciência quando transposto das ciências da natureza para as ciências do espírito — como é o caso do direito. Nesse contexto, é ilustrativa a seguinte ponderação de Karl Engisch para o esclarecimento dessa distinção necessária, distinção imposta pela circunstância de que o objeto do direito é ontologicamente diverso do objeto das ciências de natureza: “... o caráter científico da jurisprudência depende naturalmente dos critérios aos quais se queiram considerar ‘científicas’ as elaborações endereçadas ao ‘conhecimento da verdade’ (lógico, matemático, empírico), ou também aquelas elaborações que visam estabelecer um sistema de enunciados normativos metodicamente obtidos e bem fundamentados (eventualmente ‘justos’) — como ocorre precisamente na ciência jurídica”.⁽¹¹⁾

6. A aplicação do direito: não há julgamento sem discricionariedade judicial

Sabendo que estava a anunciar uma importante mudança no paradigma científico do direito contemporâneo, um dos maiores clássicos da filosofia do direito resolveu prevenir seus leitores, já no prefácio da obra, para que eles não fossem colhidos pela perplexidade que poderia causar a nova afirmação do autor, no sentido de que, ao lado do poder discricionário do legislador e do administrador público, “... é plenamente defensável o ponto de vista de que também existe o poder discricionário judicial”.⁽¹²⁾

A formação positivista da maioria dos juristas justificava — e possivelmente ainda justifica — a necessidade da advertência feita por Karl Engisch em 1977, no prefácio à 7ª edição de sua obra clássica, *Introdução ao pensamento*

jurídico: “Pelo que respeita à teoria da discricionariedade (Capítulo VI), porém, a evolução entretanto operada na teoria e na prática motivou-me a uma nova elaboração das minhas ideias.”⁽¹³⁾

A advertência era mais do que justificada, pois o próprio autor estava refazendo uma importante concepção teórica, que não estava presente nas edições anteriores de sua obra. Sem a cautelosa advertência, certamente os leitores teriam maior dificuldade de assimilar, por exemplo, uma indagação que o autor procura depois responder acerca da discricionariedade judicial: “Trata-se aqui da importante questão de saber se as decisões discricionárias dos tribunais podem ser revistas e reformadas por tribunais superiores.”⁽¹⁴⁾

No prosseguimento de seu estudo, Karl Engisch, embora destaque que a discricionariedade judicial não pode degenerar em abuso de poder por parte do magistrado, sustenta que tal característica do fenômeno jurídico é plenamente compatível com o regime do Estado de Direito: “O resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir — na minha opinião é mesmo de admitir — a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito.”

O autor explica sua nova concepção teórica: “De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e a ‘justa’. É problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude tal discricionariedade existe.”⁽¹⁵⁾ Assim, “a melhor”

(11) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 19 — anotações ao primeiro capítulo.

(12) Ob. cit., p. 225-226.

(13) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 9.

(14) Ob. cit., p. 214.

(15) Ob. cit., p. 228-229.

e “a justa” poderão ser várias, e não apenas uma única alternativa. Por conseguinte, supera-se a ideia da sentença justa como sendo a sentença ideal, única. Na verdade, a melhor sentença possível e a mais justa sentença possível é aquela que o juiz prolatou, criteriosa e fundamentadamente, no exercício de sua discricionariedade judicial e conforme o “espaço de jogo” de que fala Karl Engisch.

Até no âmbito dos atos vinculados do direito administrativo tem sido criticada a ideia de apenas uma necessária e única solução correta em face da possibilidade de adoção de subsunções distintas da norma aplicável. O exemplo apresentado por Robert Alexy ganha maior importância por estar situado no campo dos atos vinculados do direito administrativo, no qual a tradição jurídica reserva estrito espaço à interpretação: “A tese de que em atos vinculados sempre existe uma resposta unicamente correta foi sempre criticada com referência à possibilidade de subsunções controversas. Um exemplo, muitas vezes discutido, é a confiabilidade de um interessado em concessão. Há casos nos quais um julgador a afirma e um outro a nega, e ambos, para sua concepção, podem citar fundamentos consideráveis. Se se agrega que a jurisprudência não dispõe de procedimentos, segundos os quais a correção de uma das duas respostas pode ser demonstrada intersubjetivamente de modo coercitivo, então é natural dizer que não é exato que somente uma delas é correta ou verdadeira, a outra, porém, falsa. Ambas são, antes, sustentáveis e, nesse sentido, corretas.”⁽¹⁶⁾

Em oposição à mera arbitrariedade, a discricionariedade judicial conforma-se “não só através de limites legais claramente visíveis, mas ainda através de outras limitações, determinadas segundo o Direito consuetudinário ou segundo a ‘ideia de Direito e de Estado.’”⁽¹⁷⁾

(16) ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, p. 43, 2000.

(17) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 242.

O “espaço de jogo” mencionado por Engisch abarca necessariamente o requisito indispensável da fundamentação das decisões, requisito que constitui a condição de possibilidade para aferir-se a razoabilidade da sentença. A fundamentação, segundo nosso sistema jurídico, deve ser concisa, mas suficiente.

Os juízes não devem descurar do dever constitucional de fundamentação suficiente de suas sentenças (CF, art. 93, IX), uma vez que é exatamente o cumprimento deste dever funcional que permitirá às partes e ao tribunal melhor compreender as razões que conduziram o magistrado a optar pela solução por ele adotada no exercício da discricionariedade judicial no caso concreto, legitimando a atuação do magistrado. Discricionariedade judicial e fundamentação suficiente da sentença são duas faces da mesma moeda: é a fundamentação suficiente que permite sindicarmos a legitimidade da opção adotada em cada caso concreto.

Chamado a descobrir o direito para o caso concreto, ao magistrado outorga-se o poder discricionário correspondente, a ser exercido com retidão, objetividade e imparcialidade.⁽¹⁸⁾ Portanto, não se trata de “uma intervenção arbitrária, mas de uma ponderação judiciosa, segundo pontos de vista firmes, pelos quais a decisão pessoal se orienta sem lhes abandonar por inteiro”,⁽¹⁹⁾ de modo que a discricionariedade judicial pressupõe “... uma decisão ajustada, proferida com base numa convicção íntima e sincera.”⁽²⁰⁾ Estando conformada por tais balizamentos, a discricionariedade judicial, não obstante subordinada à sindicabilidade recursal, deve sobreviver pela confirmação da sentença, salvo nas hipóteses de excesso ou abuso na utilização desse poder.

(18) Esses predicados têm sido reconhecidos pela sociedade à magistratura em geral, a qual é recrutada no primeiro grau de jurisdição mediante rigoroso concurso público, predicados esses que têm sido cultivados pelos programas de formação continuada desenvolvidos pelas Escolas Judiciais dos Tribunais.

(19) Ob. cit., p. 248.

(20) Ob. cit., p. 242.

A posição de Mauro Cappelletti é similar. Embora prefira tratar do tema da discricionariedade judicial sob a concepção de criatividade jurisdicional, o jurista italiano também conclui que o próprio exercício da função jurisdicional exige a participação dos juízes na produção do direito, o que, porém, não significa reconhecer uma criatividade irrestrita à atividade jurisdicional. Vale conferir as palavras de Cappelletti: “Em conclusão, parece-me que a criatividade jurisdicional — criatividade do direito e de valores — é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. Isso é verdade para a jurisdição em geral e para a justiça constitucional de modo particular. Os juízes não podem fazer menos do que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional.”⁽²¹⁾

No Brasil, Ovídio A. Baptista da Silva tem insistido na necessidade de se reconhecer a natureza discricionária do ato de aplicação do direito, como pressuposto para a correta compreensão do fenômeno jurídico: “Somente poderá *decidir* quem puder *optar* entre duas ou mais alternativas igualmente válidas e legítimas. Como dissera Carnelutti, para que o juiz decida é necessário, antes, *decidir-se*. Isto, dizia ele, faz com que a decisão seja posta além do juízo, enquanto ‘eleição de quem antes julgara’. Como a exclusiva missão de nossos juízes é descobrir a ‘vontade da lei’, fica subentendido que eles não têm a mais mínima possibilidade *discricionária* de opção entre duas ou mais alternativas que o sistema reconheça como legítimas. Logo, nossos juízes apenas julgam, sem poder decisório. O ponto culminante da crise paradigmática encontra-se aqui. Sem compreensão hermenêutica que supere o *dogmatismo*,

não haverá solução. E isto supõe *discricionariedade*.”⁽²²⁾

Desmistificada a natureza discricionária do ato de julgar — ou, na linha de Ovídio A. Baptista da Silva, “do ato de decidir” — e reconhecida como algo natural ao fenômeno da aplicação do direito, a discricionariedade judicial não deve criar perplexidade, mas ser compreendida e exercida criteriosamente pelo magistrado, com a responsabilidade que lhe impõem os deveres do cargo.

O próprio ordenamento jurídico, em diversas passagens, conclama o julgador a exercitar sua discricionariedade. E isso ocorre especialmente quando adota a técnica moderna das chamadas normas abertas. Diante de determinadas situações, em vez de proporcionar ao julgador uma solução estratificada, oferece-lhe o legislador apenas os parâmetros a seguir para construir a solução mais adequada à situação concreta. Afora isso, mesmo quando o legislador baixa normas aparentemente “fechadas”, prescreve que sua interpretação deve observar o seu fim social. E, em ambos os casos, os objetivos perseguidos pelo legislador seriam inatingíveis sem o pressuposto da discricionariedade judicial.

Poder-se-ia redarguir, argumentando que a subordinação do juiz ao princípio da legalidade tornaria desnecessário o recurso à discricionariedade judicial, sobretudo nos países de *civil law*, bastando ao juiz cingir-se à “vontade majoritária” mediante a aplicação da lei elaborada pelo legislador democrático. Tal objeção foi examinada por Mauro Cappelletti. Depois de reconhecer que nos países de *civil law* “o direito se identifica frequentemente com a lei, a vontade majoritária, que está à base da legislação democrática”, o jurista italiano pondera que a regência do princípio da legalidade não elimina o caráter criativo da jurisprudência. Ao contrário, pressupõe tal criatividade quando se reclama do juiz, para a aplicação do direito ao

(21) CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993/reimpressão 1999. p. 103.

(22) BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 114 (grifos no original).

caso concreto posto para julgamento, a interpretação da lei de regência: “Bem sabemos, porém, que, em certa medida, a ‘lei’ é um mito, que deve ser ‘interpretada’ e completada para traduzir-se em ação real e que a interpretação judiciária, mesmo tendo por objeto a lei, em certa medida é sempre criativa do direito.”⁽²³⁾

A propósito, consoante observou José Maria Rosa Tesheiner, “do ponto de vista sociológico, é certo que a jurisprudência é fonte do direito”, sendo diversas as “normas gerais que dela emergiram”. E arremata: “A negação, à jurisprudência, do caráter de fonte do direito, tem evidente cunho ideológico. Nega-se a produção de direito pelos tribunais, a fim de que eles não sejam tentados a produzi-lo.” O princípio da legalidade, portanto, de modo algum elimina a discricionariedade judicial, retratando, apenas, a primazia da lei, não o seu monopólio. Conquanto isso introduza “uma certa desordem ao sistema jurídico, que deixa de ser monolítico”, conforme ressalta o mesmo autor, “uma ordem perfeita não passa de um sonho, ou melhor, de um pesadelo tecnocrático, tendo mais a ver com os delírios das ideias do que com as realidades da vida”.⁽²⁴⁾

Nada obstante o art. 127 do CPC restrinja o julgamento por equidade aos casos previstos em lei, a inserção de dispositivos constantes da legislação processual mais recente começa a consagrar certa discricionariedade judicial no âmbito do próprio direito positivo. Um exemplo encontra-se na norma do art. 475-A, § 3º, do CPC.⁽²⁵⁾ Introduzida no CPC pela Lei n. 11.232/2005, a referida norma autoriza o

juiz a arbitrar de plano o valor da indenização, *a seu prudente critério*, no caso de danos causados em acidente de veículos de via terrestre e no caso de cobrança de seguro relativa a danos causados em acidente de veículo.

No âmbito do Direito do Trabalho, onde a equidade teria aplicação apenas na falta de dispositivos legais específicos para a solução do caso concreto (CLT, art. 8º), o exemplo é o art. 852-I, § 1º, da CLT.⁽²⁶⁾ Introduzida pela Lei n. 9.957/2000, a norma em questão revela uma opção ainda mais clara do legislador contemporâneo pela delegação de discricionariedade judicial ao magistrado para solucionar a causa da maneira que lhe parecer mais justa e equânime em face do caso concreto sob julgamento. A parte inicial do dispositivo reforça a percepção de que o legislador de fato conferiu discricionariedade judicial ao magistrado para bem solucionar a causa. Ao preceituar que o juízo adotará — “em cada caso” — a decisão que reputar mais justa e equânime, o legislador outorga ao magistrado a discricionariedade necessária para que arbitre a solução adequada às peculiaridades de cada caso concreto. O caso concreto — e suas peculiaridades — submetido a julgamento e a discricionariedade judicial são dois elementos, reciprocamente implicados, que conformam a singularidade ontológica do fenômeno jurídico em cada caso específico.

Essa mesma discricionariedade judicial o legislador já conferira antes ao juiz, para a instrução processual da causa. Com efeito, o legislador, que outorgaria ao magistrado discricionariedade judicial — de natureza substancial — para adotar a decisão mais justa e equânime para o caso concreto (CLT, art. 852-I, § 1º), já lhe havia outorgado antes uma correspondente discricionariedade judicial — de natureza instrumental — para conduzir a instrução do

(23) CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993/reimpressão 1999. p. 102.

(24) TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 25-26.

(25) CPC: “Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação. § 3º Nos processos sob procedimento comum sumário, referidos no art. 275, inciso II, alíneas d e e desta Lei, é defesa a sentença ilíquida, cumprindo ao juiz, ser for o caso, fixar de plano, a seu prudente critério, o valor devido.”

(26) CLT: “Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.”

processo, “... com liberdade para determinar as provas”, (...) “limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica” (CLT, art. 852-D).⁽²⁷⁾

Não é demais sublinhar que o processo de interpretação não se limita às normas jurídicas, mas também se estende aos fatos trazidos a juízo. E, em relação a estes, não há como negar que o juiz que instrui o processo e colhe as provas se encontra numa posição muito mais privilegiada, mesmo porque é ele quem assume a direção do procedimento probatório, com poderes para dispensar as provas que julgar desnecessárias (não somente sob o prisma do interesse da parte litigante, mas principalmente sob o prisma da conformação do convencimento do juízo para o julgamento), afora o fato de ter contato direto com as partes e demais fontes instrutórias. E na própria valoração da norma, em sua função social, não se pode prescindir da análise da realidade em que aquela se insere, o que, uma vez mais, confere relevância à posição do julgador originário.

7. O método da transmigração do relator

Antes afirmamos que ao tribunal cabe verificar se a sentença conferiu uma *solução legítima à causa* (uma *sentença razoável*) e não pretender que a decisão proferida seja aquela *sentença ideal* que o relator proferiria se estivesse no lugar do juiz originário por ocasião do julgamento da causa. No desenvolvimento da referida assertiva, cabe agora questionar a adequação do método da transmigração do relator para o lugar do juiz originário.

É intuitiva a conclusão de que se revela de-
veras problemática a ginástica mental de o

relator (tentar) transportar-se para o passado, para assumir a posição do juiz originário, a fim de imaginar como conduziria a audiência; ou como sopesaria determinado aspecto; ou como julgaria a causa se lá estivesse. “Essa transmigração é impossível”, segundo Luiz Alberto Vargas e Ricardo Carvalho Fraga, que já se ocuparam do tema da função revisora dos tribunais de forma precursora. Na ocasião, os citados autores questionaram a ideia desse “transporte” [da Turma Julgadora], argumentando que os registros da ata de audiência “jamais poderão transmitir a realidade complexa ocorrida na sala de audiência que somente o juiz, *in loco*, pode captar”⁽²⁸⁾, o que revela a inadequação de tal método para a apreciação dos recursos de natureza ordinária.

Cada vez mais sintéticas, em face do grande volume de processos trabalhistas em pauta, as atas não reproduzem completamente o que ocorre nas audiências, especialmente no que tange às percepções que o magistrado recolhe intersubjetivamente e que, regra geral, não são registradas na ata de audiência, mas podem assumir relevância decisiva na formação do convencimento do julgador. Portanto, as atas de audiência tendem a ser manifestamente insuficientes para proporcionar a ulterior reconstituição da complexa realidade que se releva ao juiz no contato com as partes na audiência. Daí decorre a conclusão de que se torna problemática a “transmigração” do relator para o lugar do juiz originário, enquanto método para julgamento do recurso: a posterior reconstituição da audiência não se viabiliza em face à perda natural de diversos elementos que seriam necessários à reconstituição daquele cenário, o qual era irreduzível às palavras já naquela ocasião originária; muito mais quando o processo chega ao tribunal já então destituído de diversas particularidades apreendidas pelo juiz de primeiro grau na dinâmica da imediação

(27) CLT: “Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerando o ônus probatório de casa litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras da experiência comum ou técnica.”

(28) Luiz Alberto de Vargas e Ricardo Carvalho Fraga, *Fatos e jurisprudência — reflexões iniciais*. Publicado em: <www.uol.com.br/lavargas>.

da audiência. Ao sustentar o cancelamento da Súmula n. 136 do TST, Francisco Antonio de Oliveira defende o entendimento de que o princípio da identidade física do juiz é aplicável ao processo do trabalho exatamente em face da oralidade que o caracteriza, reconhecendo a impossibilidade da ata reproduzir a complexa realidade da audiência: “a identidade do juiz é de elevada importância porque não é possível reproduzir, nas atas e depoimentos, as impressões que resultam da inquirição direta das partes e das testemunhas. Da identidade resulta a valorização da verdade real.”⁽²⁹⁾

No trabalho hermenêutico, não há um deslocamento do leitor para a consciência do autor do texto. Trata-se, antes, de estabelecer uma comunhão de sentido naquilo que foi escrito. Transportando essa verdade para o estudo da função revisora, pode-se afirmar que não deve haver — talvez seja mesmo impossível fazê-lo — um deslocamento do relator para a consciência do juiz de primeiro grau, quando do trabalho de revisão da sentença. Ao contrário, trata-se, mais propriamente, de estabelecer uma comunhão de sentido acerca da sentença, o que requer do tribunal uma atitude de positiva compreensão do julgado de primeiro grau,⁽³⁰⁾ de modo a resgatar o postulado de que “a compreensão só se instala no instante em que começa brilhar em nós o que o texto não diz, mas quer dizer em tudo que nos diz.”⁽³¹⁾ Para compreender o sentido de uma produtiva política judiciária acerca da recorribilidade, é necessário que os tribunais exercitem a compreensão da sentença pelos seus próprios motivos, no pressuposto filosófico da moderna compreensão, é dizer, no pressuposto “do compreender pelos motivos,

enquanto apreensão dos motivos daquele que se exprime”, de modo que pese o escopo da compreensão, enquanto “um encontro espiritual com a individualidade que se exprime.” Como na poesia, trata-se de “compreender melhor o autor do que ele se compreendeu a si próprio.”⁽³²⁾

Ao tratar do trabalho hermenêutico, Hans-Georg Gadamer fornece um precioso subsídio para ilustrar o debate proposto no presente ensaio: “Quando procuramos entender um texto, não nos deslocamos até a constituição psíquica do autor, mas, se quisermos falar de deslocar-se, o fazemos tendo em vista a perspectiva sob a qual o outro ganhou a sua própria opinião. E isso não quer dizer outra coisa, senão que procuramos fazer valer o direito objetivo do que o outro diz. Quando procuramos entender, fazemos inclusive o possível para reforçar os seus próprios argumentos. Isso acontece já na conversação. Mas onde se torna mais patente é na compreensão do escrito. Aqui nos movemos numa dimensão de sentido que é compreensível em si mesma e que, como tal, não motiva um retrocesso à subjetividade do outro. É tarefa da hermenêutica explicar esse milagre da compreensão, que não é uma comunhão misteriosa das almas, mas uma participação num sentido comum.”⁽³³⁾

Em síntese, não parece adequado o método da transmigração do relator para o lugar do magistrado que fez a instrução e proferiu a sentença, seja em razão da própria discricionariedade ínsita ao ato de aplicação do direito, seja em razão da impossibilidade de reconstituir-se o complexo cenário da audiência e todos demais aspectos fáticos da causa.

8. Um acórdão e não uma nova sentença

Em que pese o irrecusável caráter hermenêutico da aplicação do direito corporificado

(29) OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às Súmulas do TST*. 9. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 280.

(30) O fenômeno do crescimento da jurisdição de massa tem acarretado algumas consequências negativas. Entre elas, está a fundamentação cada vez mais sintética das sentenças.

(31) Emmanuel Carneiro Leão, no prefácio, p. 18, da obra HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. v. 1.

(32) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 165-166.

(33) GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 437-438.

na sentença, alguns acórdãos parecem mais uma nova sentença do que um ato de revisão, pois praticamente ignoram a decisão de primeiro grau; reescrevem a litiscontestação e examinam os fatos e a prova como se o tribunal fosse o primeiro destinatário da prova e do debate processual; como se o laborioso trabalho que resultou na sentença pudesse ser desconhecido. Tal atitude decorre de uma compreensão equivocada acerca do que seja a função revisora dos tribunais (objeto), equívoco que se comunica ao modo de proceder no julgamento do recurso (método).

O resultado que decorre da utilização desse método de apreciação do recurso só pode ser o incremento no número de reformas das sentenças de primeiro grau. E não pode ser diferente. O próprio método induz à reforma da sentença, porquanto não atenta para um pressuposto ínsito ao fenômeno jurídico: desconsidera que o caráter hermenêutico da aplicação do direito implica natural discricionariedade do juiz no julgamento da causa.

Para decidir, o juiz precisa antes decidir-se, o que pressupõe adotar valorações, de modo que é provável que outro julgador — outro julgador significa necessariamente o exame da causa a partir de outra *situação hermenêutica* — julgasse diferente do julgador originário. E não há novidade alguma nisso, pois é inerente à natureza hermenêutica do direito a possibilidade de mais de uma *solução legítima* para determinada situação de conflito de interesses, pois “... os valores, além de relativos, admitem infinitas gradações, de modo que se pode conceber uma sentença menos ou mais justa que outra — ambas, no entanto, legítimas e ditadas conforme a lei”, conforme a esclarecedora observação de Ovídio A. Baptista da Silva.⁽³⁴⁾

Tratando desse tema, Karl Engisch sustenta que várias alternativas de solução podem apresentar-se como plausíveis para resolver

determinado conflito, devendo-se reconhecer a cada uma delas legitimidade: “Ao jurista acode logo aqui um conceito usado em vários contextos, o conceito de *fungibilidade*: se no exercício do poder discricionário surgem várias alternativas à escolha, cada uma delas pode ser ‘fungível’ e ‘defensável’, em vista da grande ambiguidade que permanece dentro do ‘espaço de jogo’. (...) Todo aquele que se decide, dentro do espaço de jogo, por uma destas possibilidades, está dentro do direito e ninguém pode dizer que só ele tem razão.”⁽³⁵⁾

Melhor compreendidas as implicações da natureza hermenêutica do ato da aplicação do direito pelo juiz de primeiro grau na sentença, a função revisora dos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária apresentar-se-á relativamente simplificada — e facilitada — quando colocada sob a perspectiva da efetividade da jurisdição. Nesse sentido, cabe aos tribunais tomar a sentença como ponto de partida para o exame do recurso interposto, valorizando o trabalho produzido pelo julgador de primeiro grau, sobretudo no que diz respeito à apreciação de fatos e provas.

Vale dizer, a função revisora está limitada ao exame daqueles aspectos específicos objeto do recurso, não se devendo realizar um reexame *ab initio* de toda a causa, como se pela primeira vez a causa estivesse chegando ao Poder Judiciário para julgamento. Em resumo: a função do tribunal não é julgar a causa; essa função é do juiz de primeiro grau de jurisdição; o tribunal julga o recurso — a impugnação à sentença. Embora possa parecer a mesma coisa, não é. Trata-se de uma distinção fundamental, conforme se infere da lição de José Carlos Barbosa Moreira acerca do objeto do recurso: “Objeto do juízo de mérito é o próprio conteúdo da impugnação à decisão recorrida.” Essa conclusão também se impõe quando examinadas as possibilidades identificadas pelo autor quanto ao julgamento do recurso no mérito: ou “nega-se

(34) BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 253.

(35) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 250.

provimento ao recurso, por entender-se infundada a impugnação”; ou “dá-se provimento ao recurso, por entender-se fundada a impugnação”.⁽³⁶⁾

No julgamento do recurso, deve o tribunal examinar a sentença sob o aspecto da razoabilidade da solução adotada pelo juiz, exame que, por sua vez, deve ser modulado racionalmente dentro do “espaço do jogo”. É o que, a partir de Gadamer, pode-se chamar “participação num sentido comum”. É sobre esse método que o Poder Judiciário deve se debruçar.

Examinada a questão sob a perspectiva da efetividade da jurisdição, a função revisora dos tribunais nos recursos de natureza ordinária deve afastar-se da ilusória ideia da *sentença ideal* [para o relator] e cultivar a ideia da confirmação da *sentença razoável*, sob pena de correr-se o risco de a *revisão* da sentença degenerar na *desconstrução* da sentença, resultado a que se chega quando o método escolhido é inadequado à função revisora, conforme alertam Luiz Alberto Vargas e Ricardo Carvalho Fraga no ensaio já referido.⁽³⁷⁾

9. A sentença razoável deve ser confirmada

A reforma da sentença de primeiro grau justifica-se quando a sentença não é razoável, vale dizer, quando a causa não teve uma *solução legítima* em face do direito, tendo-se presente, aqui, como razoável, a possibilidade de mais de uma solução legítima para a mesma causa em face do direito aplicável, superando-se a ideia iluminista de que a sentença ou é certa, ou errada. A reforma da sentença também pode justificar-se quando proferida em contrariedade à lei ou em desconformidade com a jurisprudência uniforme.

Mesmo neste caso, no entanto, é preciso que os fundamentos em que se assenta a sentença sejam afastados. Assim, não se trata de construir uma nova sentença, a partir da ótica da jurisprudência dominante ou de outra interpretação legal, apresentada como correta, mas de, primeiro, infirmar os elementos em que se baseou o julgado que ensejou o recurso. O que vemos, na prática, no entanto, em certos casos, é a prolação de nova sentença, como se a anterior não existisse, sem enfrentamento dos fundamentos em que se assenta a conclusão que se considera inaceitável — o que constitui um segundo julgamento da causa, e não a revisão da sentença.

A natureza dialética do processo reclama um autêntico diálogo entre recurso, sentença e acórdão. Esse diálogo é provocado pelos fundamentos do recurso, no limite da matéria impugnada. A sentença é a síntese cuja antítese é a respectiva impugnação representada pelo recurso. O acórdão adequadamente fundamentado é aquele que resulta desse diálogo, produzindo uma segunda síntese, na qual devem ser examinados os fundamentos da sentença em cotejo com os fundamentos do recurso. No caso de reforma da sentença, esse diálogo deve revelar, no acórdão, as razões por que a solução e os fundamentos adotados na sentença não são considerados adequados no caso concreto e, também, as razões por que se entendeu pela prevalência dos fundamentos do recurso e pela respectiva solução diversa.

Em se tratando de *sentença razoável*, a mera circunstância de não ser ela a *sentença ideal* que o relator proferiria se fosse o julgador originário, não justifica a reforma, sobretudo quando a matéria submetida a recurso envolver fatos e provas. É claro que o tribunal estará no exercício de sua legítima função revisora ao concluir pela reforma, se entender que a sentença não conferiu uma solução razoável à causa, porquanto nos recursos de natureza ordinária o tribunal tem jurisdição sobre a matéria que lhe é devolvida pelo recurso, facultando-lhe

(36) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 168 e 177, respectivamente.

(37) VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência — reflexões iniciais*. Publicado em: <www.uol.com.br/lavargas>.

— mas também exigindo-lhe — o reexame de fatos e prova, quando essa for a matéria objeto do apelo.

Não há dúvida de que também há discricionariedade no exame do recurso pelo tribunal, pois se trata também aqui — no exercício da função revisora do tribunal — de aplicação do direito. Essa discricionariedade conferida ao tribunal é tão legítima como fora a discricionariedade conferida ao julgador de primeiro grau, pois em ambas as situações estamos diante de aplicação do direito a um caso concreto. São duas liberdades que devem conviver em comunhão. Portanto, não se trata de questionar, aqui, a legitimidade da função revisora dos tribunais. Trata-se de interrogar sobre o método com o qual devemos nos dirigir para o exame dos recursos de natureza ordinária, tendo os olhos postos no compromisso maior com a efetividade da jurisdição, numa sociedade marcada pela desigualdade social e pela demanda massiva de jurisdição trabalhista.

Analisada a situação acima sob a égide da efetividade da jurisdição, impõe-se enfrentar agora outra questão, subjacente e mais complexa: qual a discricionariedade que deve prevalecer? A de primeiro grau ou a de segundo grau? Se tanto as decisões de primeiro grau quanto as decisões de segundo grau têm natureza discricionária, tratando-se de solução razoável, deve-se prestigiar a decisão recorrida. Tal conclusão é recomendada, não só por privilegiar o valor maior da efetividade da jurisdição, mas também pelo fato decisivo de que ao juiz de primeiro grau foi dado manter o irredutível contato pessoal com as partes e com a prova proporcionado pela imediação da audiência, além de conhecer a realidade sócioeconômica da comunidade em que a decisão há de ser executada, o que autoriza a presunção de que o juízo de primeiro grau de jurisdição reúna as melhores condições para compreender as diversas dimensões do conflito e, portanto, para fazer justiça no caso concreto.

O magistério de Karl Engisch confere razoabilidade à afirmação anterior, pois, para o autor,

“na realidade das coisas, dado como pressuposto que existe um ‘poder discricionário’, seremos forçados a aceitar que aquilo que ‘em todo o caso’ tem de ser reconhecido como defensável, deve valer como ‘correto’ (e — permita-se-me o atrevimento de mais este excursus: — não deve ficar sujeito a reexame por uma outra instância, pelo menos quando esta não esteja em contacto tão estreito com o caso concreto e não seja essencialmente mais perita na matéria que a instância detentora do poder discricionário, mas apenas, na melhor das hipóteses, se julgue ‘mais sábia’ que esta).”⁽³⁸⁾

Portanto, a confirmação da sentença razoável deve ser a diretriz geral da função revisora do tribunal no julgamento dos recursos de natureza ordinária, sobretudo quando se estiver diante de matéria de fato, devendo a reforma da sentença ficar reservada àquelas situações em que o tribunal reputar caracterizado excesso ou abuso do poder discricionário judicial conferido ao magistrado de primeiro grau. Afinal, não faz sentido, seja do ponto de vista lógico, econômico ou político, que outra sentença seja proferida quando a anterior conferiu à demanda uma solução plausível, conquanto não seja a sentença que o juiz relator proferiria, caso fosse o julgador originário. A função do órgão revisor é avaliar se a escolha do juiz sentenciante é razoável, ou não, e nisso reside a sua discricionariedade. Todavia, sendo a escolha do juiz razoável, a simples substituição daquela por outra solução caracteriza uma tentativa de colocar-se no lugar do julgador primeiro, o que se mostra inadequado, conforme já demonstrado anteriormente. Tem-se, nesse caso, não a revisão da sentença, mas um novo julgamento da causa, o qual muitas vezes não está sujeito à revisão recursal.

Aliás, em se tratando de interpretação de decisões judiciais, a doutrina está assentada no pressuposto de que as decisões judiciais devem ser interpretadas sob a presunção de

(38) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 251.

que a sentença se apresenta em conformidade com a lei — “a presunção de não se haver decidido contra a lei”.

A valiosa pesquisa realizada por Estêvão Mallet acerca do tema traz luz ao debate proposto no presente ensaio, na medida em que assenta a questão em exame sobre a correta consideração inicial de que “se o juiz conhece o direito — *jura novit curia* — e, ao decidir, deve aplicar as normas legais, é de se supor que o tenha feito realmente.” Mais do que a legalidade do julgado, a própria justiça da sentença deve ser presumida quando se interpretam as decisões judiciais, conclusão que decorre implicitamente da natureza sistemática da respectiva ordem jurídica. O citado jurista ilustra essa importante questão: “A presunção de não se haver decidido contra a lei envolve, no fundo, desdobramento, no campo da hermenêutica, da concepção sistemática do ordenamento jurídico. A partir de tal concepção, como adverte *Canaris*, ‘a solução adequada ao sistema é, na dúvida, vinculativa, *de lege lata* e é fundamentalmente de reconhecer como justa.’ A decisão de acordo com a lei é a mais adequada ao sistema. Daí presumir-se haver sido adotada, na falta de elementos que indiquem o acolhimento de solução diversa.”⁽³⁹⁾

10. O alcance de uma inovação procedimental

O procedimento sumaríssimo trouxe uma inovação procedimental que estimula indiretamente a confirmação da *sentença razoável* pelo tribunal.

Na verdade, a inovação procedimental hospeda o embrião de uma potencial mudança de paradigma acerca da função revisora dos tribunais, não obstante muitos de nós ainda não tenhamos percebido o seu alcance. Trata-se da confirmação da sentença por simples certidão: uma simples certidão substitui o acórdão, agilizando a tramitação do processo na fase

recursal. Considerado o nosso histórico apego aos aspectos formais, muitos tiveram dificuldade de assimilar a racionalização procedimental representada pelo art. 895, § 1º, IV, parte final, da CLT.⁽⁴⁰⁾

Mais do que simplificação procedimental, o preceito confere uma *racionalidade avançada* ao sistema recursal da CLT, incorporando a compreensão superior de que o ato de julgar implica natural discricionariedade e que a solução adotada pelo julgador originário, a partir da imediação inerente ao primeiro grau de jurisdição, *tende* a ser ratificada pelo tribunal, dispensando-se a lavratura do acórdão quando o tribunal reputar a *sentença razoável*. A *racionalidade avançada* acolhida no referido dispositivo legal é uma das explicações para o elevado índice de efetividade alcançado pelo procedimento sumaríssimo.

A Justiça do Trabalho tem sido precursora em progressos na efetividade da prestação jurisdicional, premida pela natureza alimentar do crédito trabalhista e pela consequente agilidade exigida para sua satisfação. O preceito em questão é um desses progressos cuja potencialidade crescerá à medida que a demanda de massa por justiça seguir aumentando. Por ora, atua como um elemento fecundo para a reflexão sobre o método a ser utilizado no exercício da função revisora dos tribunais no julgamento dos recursos de natureza ordinária. Logo adiante, poderá operar como fonte de inspiração para dar-se maior efetividade também ao procedimento ordinário trabalhista, *de lege ferenda*.

(40) CLT: “Art. 895. Cabe recurso ordinário para a instância superior:

a) das decisões definitivas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias.

§ 1º Nas reclamações sujeitas ao procedimento sumaríssimo, o recurso ordinário:

(...)

IV – terá acórdão consistente unicamente na certidão de julgamento, com a indicação suficiente do processo e parte dispositiva, e das razões de decidir do voto prevalente. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão.” (grifamos).

(39) MALLET, Estêvão. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: LTr, 2009. p. 57.

No futuro, servirá de inspiração à reforma do sistema recursal do CPC.

11. Mauro Cappelletti — a atualidade de um diagnóstico

Embora realizado no ano 1973, é notável a atualidade do diagnóstico feito por Mauro Cappelletti acerca da falta de efetividade da jurisdição na Itália à época. Examinando a questão também no âmbito do direito comparado, o jurista italiano afirma que o principal defeito dos sistemas jurídicos da *civil law* “... es la profunda desvalorización del juicio de primer grado, con la conexas glorificación, si así puede decirse, de los juicios de gravamen”, defeito que o jurista não identifica nos países anglo-saxões do sistema da *common law*.⁽⁴¹⁾

A partir do elevado índice de recorribilidade que os sistemas jurídicos da *civil law* ensinam e tendo em conta que a parte frágil economicamente tem maior dificuldade para resistir à demora do processo, Mauro Cappelletti questiona o duplo grau de jurisdição. Crítica a concepção de que se trataria de uma garantia absoluta, concluindo que “el exceso de garantías se vuelve contra el sistema.”

As palavras de Cappelletti guardam atualidade de quase quarenta anos depois: “Naturalmente existe todavía quien, de buena o de mala fe, piensa en la apelación y en el ‘doble grado de jurisdicción’ como en una importante *garantía procesal*, tal vez una *garantía de libertad*, incluso algo absoluto e insuprimible. Es indudable que esta concepción no resiste una crítica seria y desprejuiciada. Por un lado, la apelación como juicio *de novo* lleva a esa perniciosa desvalorización del juicio de primer grado ya mencionada. Por otro lado, ningún ordenamiento, ni en Italia ni en cualquier otro país — tanto menos en Francia, donde la idea del ‘double degré de juridiction’ parece sin embargo estar particularmente arraigada — considera el

doble grado de jurisdicción como una *garantía constitucional*, o sea protegida como una *garantía fundamental* e inderogable.”⁽⁴²⁾

Depois de ponderar que cada vez que se acrescenta um novo grau de jurisdição, não só se faz um bom serviço à parte que não tem razão, senão que se faz também um mau serviço à parte que tem razão, Cappelletti sustenta que o exame da matéria de fato deveria ficar circunscrito ao primeiro grau de jurisdição, limitado o recurso à matéria de direito: “Bastante mejor es tratar de tener, como en los sistemas anglosajones y en tantos otros, un cuidado juicio de primer grado, *final* en lo que concierne a las cuestiones de hecho, y abierto solamente a una impugnación por *errores de derecho*, sustancial y procesal, antes que a un verdadero y propio re-examen del mérito de la causa.”⁽⁴³⁾

No direito processual civil brasileiro, Ovídio A. Baptista da Silva figura entre os juristas que sustentam ponto de vista semelhante àquele de Mauro Cappelletti quanto à deslegitimação da jurisdição de primeiro grau gerada pelo sistema recursal: “No ponto mais elevado da escala, encontra-se uma magistratura altamente legitimada, contra a qual o sistema político abre mão dos recursos. À medida que descemos na escala hierárquica, reduz-se a legitimidade dos magistrados e avolumam-se os recursos, até atingirmos a jurisdição de primeiro grau, que o sistema literalmente destruiu, sufocando-a com uma infernal cadeia recursal que lhe retira a própria ilusão, de que ela poderia alimentar-se, de dispor de algum poder decisório.”⁽⁴⁴⁾

No âmbito do direito processual do trabalho, Antônio Álvares da Silva sustenta a valorização das sentenças de primeiro grau pela sua execução imediata. Ao explorar as potencialidades

(41) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 278 (grifos no original).

(42) Ob. cit., p. 279 (grifos no original).

(43) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973. p. 279-280 (grifos no original).

(44) BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Proceso e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 239-240.

trazidas à execução provisória pela Lei n. 11.232/05 (CPC, art. 475-O), o jurista defende, *de lege ferenda*, deva ser executada a sentença na pendência do recurso ordinário do empregador: “Há de chegar um instante em que, uma vez confirmada a sentença de primeiro grau em recurso na segunda instância, se há de permitir a execução provisória com prestação jurisdicional definitiva, com atos de alienatórios e levantamento de dinheiro. Mais perfeito ainda será o processo de execução trabalhista quando, a partir da sentença de primeiro grau, a prestação jurisdicional seja definitiva. A caução será prestada pelo Estado, garantindo-se o direito do executado mas sem ônus para o exequente.”⁽⁴⁵⁾

O presente ensaio não tem o propósito de colocar em questão o próprio duplo grau de jurisdição em matéria de fato. Nada obstante o tema ora versado esteja limitado à discussão acerca da função dos recursos ordinários, o diagnóstico feito por Mauro Cappelletti opera como argumento crítico importante para o debate acerca do fenômeno da desvalorização da jurisdição de primeiro grau nos sistemas jurídicos da *civil law*, conforme evidenciado por Ovídio A. Baptista da Silva, debate que é correlato ao tema da função revisora dos tribunais e do método de seu exercício.

Essa discussão será mais fecunda se os tribunais receberem o convite ao debate com a abertura e sensibilidade propostas por Antônio Álvares da Silva.

Recorrendo à doutrina de Andréa Proto Pisani, o autor mineiro sublinha que “a finalidade do apelo é exatamente permitir que o segundo grau aproveite a lição do que foi ensinado em primeiro (‘il secondo giudice ha minori probabilità di errare in virtù della possibilità di utilizzare quello che fu l’insegnamento del primo grado e valutarne i risultati’). Acontece

que o ‘ensinamento’ do primeiro grau, que de fato muitas vezes existe, pode ser desprezado pelo segundo que, abandonando a verdade, incide no erro. Outras vezes corrige de fato o erro cometido na instância inferior. Portanto, o que há de concreto são reavaliações do mesmo fato, visto por pessoas diferentes, as quais podem ser coincidentes ou divergentes.”⁽⁴⁶⁾

As seguintes palavras de Antônio Álvares da Silva servem de inspiração para a reflexão proposta no presente ensaio: “Em meu gabinete, no TRT da 3ª Região, mantenho 99% destas sentenças” [das sentenças de primeiro grau]. “Ainda que não seja esta a média de outros juízes e regiões, dificilmente a reforma vai além de 90%. Quando há mudanças, são pequenas e insignificantes. Não recorro de haver reformado fatos integralmente em uma única sentença. Hoje a atividade dos TRTs é meramente homologatória do que se decide no primeiro grau. Portanto, valorizar os juízes de primeiro grau, que são a parte mais importante do judiciário trabalhista (e de qualquer judiciário), é dever do legislador e do intérprete.”⁽⁴⁷⁾

12. Conclusão

Enquanto não houver uma clara orientação para prestigiar as decisões de primeiro grau, devemos renunciar à ilusão da efetividade da jurisdição.

Se entre nós pode parecer prematura a mera supressão de recurso para a matéria de fatos e provas, como sugere a manutenção do veto presidencial ao inciso I do § 1º do art. 895 da CLT,⁽⁴⁸⁾ dispositivo que limitava o cabimento

(45) ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 76.

(46) ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007. p. 25. Em tradução livre, a frase de Andréa Proto Pisani enuncia: o segundo juízo tem menor probabilidade de errar em virtude da possibilidade de utilizar-se daquele que foi o ensinamento de primeiro grau e avaliar os resultados.

(47) Ob. cit., p. 37.

(48) A Lei n. 9.957/00 introduziu o procedimento sumário trabalhista para as causas com valor de até 40 salários mínimos.

de recurso ordinário nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo às hipóteses de violação literal da lei, contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do TST ou violação direta da Constituição da República, pelo menos é razoável admitir a necessidade de uma séria reflexão acerca da finalidade da função revisora dos tribunais no julgamento de recursos de natureza ordinária e a respeito do método adotado para o respectivo exercício.

Essa reflexão deve ter por norte uma conseqüente preocupação com a efetividade da jurisdição, a qual somente pode ser construída laboriosamente mediante uma clara opção pelo fortalecimento da autoridade da jurisdição de primeiro grau e a partir da adoção de método adequado no julgamento dos recursos de natureza ordinária.

A Justiça do Trabalho precisa pensar nisso.

13. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 779, 2000.
- ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Execução provisória trabalhista depois da Reforma do CPC*. São Paulo: LTr, 2007.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías e sociedad*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.
- _____. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão, 1999.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Livraria Exposição do Livro.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. v. 1.
- MALLET, Estêvão. *Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais*. São Paulo: LTr, 2009.
- MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio B. *Direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1993.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários às súmulas do TST*. 9. ed. São Paulo: RT, São Paulo, 2008.
- STEIN, Ernildo. *A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano*. 3. ed. Porto Alegre: Editora Movimento, 1983.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. *Fatos e jurisprudência — reflexões iniciais*. Publicado em: <www.uol.com.br/lavargas>.

Liberdade e unicidade: dilema da representação sindical em perspectiva

Wilson Ramos Filho^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo se propõe a contextualizar historicamente o dilema entre liberdade e unicidade sindical enfocando-o sob a perspectiva do padrão de relações de trabalho implantado no Brasil há oitenta anos, cujas principais características ainda se mantêm apesar de, no período, o país haver experimentado cinco distintas Constituições.

Palavras-chave:

- ▶ Liberdade sindical — autonomia sindical — unicidade sindical — PEC 369 — corporativismo — representação sindical.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O nascimento do direito do trabalho e as fases de seu desenvolvimento no Brasil
- ▶ 3. O nascimento do direito sindical brasileiro
 - ▶ 3.1. A institucionalização em moldes corporativistas: das primeiras reformas à Constituição de 1934
 - ▶ 3.2. A nova institucionalidade de 1934 e a renovada resistência empresarial
 - ▶ 3.3. O complemento da obra corporativa: de 1937 à CLT
 - ▶ 3.4. O final do regime de 1937 e a democratização conservadora
- ▶ 4. Uma ambiguidade instituinte: o processo constitucional de 1946
 - ▶ 4.1. A Constituição de 1946: uma democratização restrita, um corporativismo renovado
 - ▶ 4.2. O corporativismo do sistema de relações de trabalho constitucionalizado em 1946
- ▶ 5. A renovação dos elementos corporativistas na Constituição de 1988
- ▶ 6. As reformas constitucionais e o dilema na representação sindical
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

(*) Doutor em Direito (1998). Professor no mestrado da UNIBRASIL e na UFPR, nas disciplinas de direito sindical e de direito do trabalho, na graduação, no mestrado e no doutorado. Pós-doutorado na *École de Hautes Études en Sciences Sociales*, em Paris e advogado militante em Curitiba. Site: <www.declatra.adv.br>.

1. Introdução

Em cada momento histórico caberá ao Direito organizar o “modo de vida” em sociedade segundo determinadas relações econômicas e sociais. Como já foi observado por Clèmerson Merlin Clève, o Direito “provém dos conflitos que permeiam toda a sociedade, vinculados às relações de produção. As relações jurídicas não podem ser compreendidas isolada e substantivamente, pois o direito se insere no contexto das relações sociais manifestas pelas condições materiais de existência. Não é ‘mero reflexo’ nem se subordina à economia, como quer o esquerdismo ingênuo, mas sua vinculação, ainda que mediata, com o processo produtivo é incontestável, tanto que o direito nunca pode estar mais elevado do que a estrutura econômica da sociedade e a evolução da civilização condicionada por essa estrutura” (CLÈVE, 1983. p. 19).

Apesar das inúmeras perspectivas teóricas que questionam tal fato, considera-se que o trabalho encontra-se em posição de centralidade em face das demais relações sociais, pois o Direito trata, em cada formação histórica, de organizar um determinado “modo de vida”, de distribuição dos frutos do trabalho e da acumulação de capital, e, obviamente, de distribuição do poder na sociedade, por intermédio do direito capitalista do trabalho, ramo especializado do saber jurídico em constante metamorfose.

Surgindo como o ramo diretamente relacionado às relações de produção, o direito capitalista do trabalho se desenvolve a partir de distintas modalidades de intervencionismo estatal com características próprias, mas sempre objetivando organizar o modo como os bens são produzidos, a participação de cada classe social nos frutos do trabalho, ou seja, no acesso a recursos financeiros que permitirão o acesso a bens, e também no acesso ao poder político na sociedade.

Em constante mutação, este ramo do direito adquire autonomia em face dos demais ramos do direito, passa a ser dotado de disciplina

normativa autônoma, de institutos próprios, de uma doutrina teórica exclusiva encarregada da construção da Teoria Geral do Direito do Trabalho. Estes doutrinadores, verdadeiros “sacerdotes da ideologia dominante” (ALTHUSER, 1985. p. 174) encarregados de interpretar como o direito positivo, convolado em “sagradas escrituras”, orientam como o direito capitalista do trabalho deve ser aplicado. Além disso, mediante sofisticações diversas, este ramo do direito merecerá, com diferenciações históricas, mecanismos próprios e instituições especializadas para a resolução de controvérsias quanto à sua aplicação concreta na vida cotidiana das pessoas.

Dependente da relação entre as classes sociais, vale dizer da contradição entre os interesses de cada classe social fundamental, seu “conteúdo depende em cada momento da relação de forças no campo social” (MOURA, 1984. p. 46). Ou seja, como ramo que se autonomiza, o direito capitalista do trabalho, como afirma Antonio Baylos, “transcenderá o direito privado que aparecia como ‘o direito dos homens (substantialmente) dependentes contra o direito dos homens (formalmente) iguais. A necessidade de remediar esta situação de desigualdade leva a atribuir uma importante significação política às instituições jurídico-laborais, a revalorizar a intensidade e os conteúdos do intervencionismo garantidor e tutelar” (BAYLOS, 1991. p. 32), não apenas para ordenar a sociedade em condições favoráveis para o desenvolvimento da acumulação do capital, mas também para legitimar o modo de produção em face da alternativa anticapitalista.

Em sua ambivalência tutelar, o direito capitalista do trabalho “efetivamente protege a classe operária de uma exploração desenfreada, mas ele *organiza*, não menos realmente, essa exploração e contribui para justificá-la” (JEAMMAUD, 1980. p. 152), atribuindo à classe trabalhadora um “lugar” na sociedade: a de classe subordinada ao poder patronal e ao modo de vida proposto pelo capitalismo mediante

“compensações” estabelecidas pelo direito estatal, legitimando-o. Como ramo derivado do direito capitalista do trabalho, em cada uma das principais famílias do direito laboral (SUPIOT, 2004) são desenvolvidos determinados modelos de relacionamento entre as classes sociais fundamentais que conformarão distintos padrões de relações coletivas entre empregadores e empregados, em distintos modelos de direito sindical, todos estruturados em três eixos fundamentais: a estrutura sindical, o direito de greve e a estruturação de mecanismos de solução dos conflitos coletivos de trabalho.

Paradoxalmente, o direito sindical brasileiro não acompanhou as substanciais alterações havidas na economia, no Estado e no Direito, no transcurso dos últimos oitenta anos, pelo menos em relação ao primeiro de seus eixos estruturantes, qual seja, o da estrutura sindical. De fato, se no direito capitalista do trabalho brasileiro são percebidas distintas fases em seu desenvolvimento, não se vislumbram substanciais alterações na regulação estatal da estrutura sindical brasileira, condicionando o modo como a relação entre as classes sociais é disciplinada pelo Direito nos dois eixos restantes: no direito de greve e na resolução institucional dos inevitáveis conflitos entre as classes sociais, com interesses antagônicos nas sociedades capitalistas.

No presente artigo,⁽¹⁾ o dilema entre liberdade e unicidade sindical será enfocado em perspectiva, para tentar demonstrar que as razões da perenidade da regulação estatal concebida logo nos anos trinta do século passado e que, por condicionantes externos e internos, manteve suas características fundamentais até nossos dias, decorre menos da convivência de parcela do movimento sindical com o modelo autoritário, corporativo e repressivo implantado pelo direito

sindical brasileiro e mais da funcionalidade do modelo para o desenvolvimento das relações de produção capitalista.

2. O nascimento do direito do trabalho e as fases de seu desenvolvimento no Brasil

Na periodização historiográfica da regulação do trabalho no Brasil, a etapa até 1930 é considerada como pré-história do direito capitalista do trabalho, uma vez que, até então, inexistia um sistema de relações *individuais* de trabalho com atribuição de direitos e deveres a empregadores e a empregados, vez que as relações de compra e venda da força de trabalho possuíam apenas regulação horizontal, metáfora segundo a qual a juridicidade não provinha de algo externo ou de uma regulação heterônoma, mas decorria da condição real de sujeição de um dos contratantes à vontade do outro contratante. No campo das relações *coletivas* de trabalho, como se sabe, até 1930, a lei não exigia o “reconhecimento estatal” para a legitimação dos sindicatos como interlocutores perante os empregadores inexistindo disciplina estatal sobre as relações entre as classes sociais.

Nos anos finais do império e durante toda a Primeira República, os empregadores já se apropriavam da mais valia produzida por empregados, subordinando-os; o Estado já organizava a sociedade no sentido de permitir a acumulação de capital nas classes empresariais; as classes populares já eram disciplinadas, dentro e fora dos locais de trabalho, para produzirem cada vez mais e melhor; em síntese, já existiam relações capitalistas de trabalho. Todavia, ao contrário do que já se vislumbrava em alguns países europeus, no Brasil, ainda não existiam leis específicas, de amplitude geral, para regular a compra e venda da força de trabalho ou mesmo para impor limites ao poder patronal de regulamentar as formas de realização deste negócio jurídico. Do mesmo modo, não existia um sistema de relações coletivas de trabalho a disciplinar, pelo Direito, as relações entre as classes sociais e suas entidades representativas,

(1) Texto elaborado para servir de subsídio à intervenção no autor no XV CONAMAT 3 Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, realizado em Brasília, nos dias 28 de abril a 1º de maio de 2010.

vez que o tratamento estatal das contradições entre capital e trabalho se resumia à pura e simples repressão por intermédio de leis que permitiam o fechamento de entidades, a prisão e a deportação de militantes operários estrangeiros e o encarceramento de líderes obreiros brasileiros.

Com a implantação do regime instalado em 1930, com a imposição militar do Governo Provisório de Getúlio Vargas, é que nasce o direito capitalista do trabalho brasileiro que, em metamorfose constante, vivenciará três etapas de desenvolvimento: a primeira de 1930 até 1946; a segunda, de 1946 até 1967; a terceira, coincidente com o período do regime militar iniciado em 1964; e a atual fase, ainda inconclusa, inaugurada pela Constituição de 1988. Paradoxalmente, contudo, o mesmo não se pode dizer a respeito do direito sindical brasileiro. Muito embora no campo da solução de conflitos coletivos de trabalho seja possível perceber um movimento pendular entre momentos nos quais o sistema permitia ampliação das compensações e das contrapartidas patronais para a indução da subordinação, nos outros dois eixos do direito sindical, o modelo permaneceu basicamente inalterado: a greve segue sendo reprimida e a estrutura sindical controlada pelo Estado é apenas sofisticada no transcurso das oito décadas seguintes.

Na primeira fase de desenvolvimento do direito capitalista do trabalho em nosso país, que coincide com o primeiro governo Vargas (1930-1945), depois de desestruturado o movimento sindical até então existente, como se verá a seguir, mediante intervenções diversas se consolida o modelo corporativista⁽²⁾.

(2) As alterações no padrão de relações de trabalho que se reorganizam podem ser assim sintetizadas: (i) inicialmente o movimento sindical é desestruturado e reestruturado em moldes corporativistas, fortemente vinculados ao Estado, razão pela qual se alude a “sindicalismo ministerial” quando se faz referência ao modelo sindical então construído; (ii) visando conquistar legitimidade, ainda nos dois primeiros anos do regime a jornada de trabalho é regulada e limitada a oito horas para várias profissões e atividades e se regulamenta o

A segunda etapa de desenvolvimento do direito capitalista do trabalho se inicia com a Constituição de 1946, que, de modo híbrido, mantém o corporativismo do sistema de relações de trabalho instituído pela CLT com acréscimo de elementos fordistas que visavam a legitimação do regime redemocratizado. Entre esses elementos fordistas de compensação ao operariado para que aceitasse a subordinação figuravam a “participação nos lucros”, a “duração do trabalho”, a “estabilidade no emprego” e a garantia de “aumentos salariais”

direito de férias para algumas delas; (iii) conforme prometido, se faz a reforma eleitoral ampliando o direito de voto para mulheres e também para os homens a partir de 18 anos, em vez dos 21 anos previstos na excludente democracia Primeira República e se convoca uma Assembleia Constituinte; (iv) realizada a constituinte que contou inclusive com delegados indicados por sindicatos de empregados e de empregadores, foi promulgada a Constituição de 1934, que prometeu alguns importantes direitos aos trabalhadores a serem regulados posteriormente; (v) no período logo após a promulgação da Constituição as lutas sociais são retomadas, em 1935 se regulamenta o direito à indenização por tempo de serviço e se rearranja o modelo sindical de modo a impedir a liberdade sindical proclamada constitucionalmente até que, sob pretextos diversos o congresso é fechado e começa o período da “ditadura Vargas”; (vi) o executivo impõe uma nova Carta, em 1937, abertamente autoritária incorporando diversos institutos corporativistas que vinham sendo desenvolvidos desde 1931 e renovando promessas de ampliação de direitos à classe trabalhadora, possibilita nova leva de decretos de índole corporativa; (vii) com a entrada do Brasil na Segunda Guerra não se realiza o plebiscito que legitimaria o regime e a nova Carta, inicia-se o questionamento do regime por parte do empresariado e pelas golpistas forças armadas; (viii) em busca de legitimação social, reunindo de forma orgânica e sistematizada a volumosa legislação corporativa editada nos doze ou treze anos anteriores, o governo Getúlio Vargas publica por Decreto-lei, a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT dotando o país de um “sistema de relações de trabalho”, que envolvia *quatro* grandes temas: em primeiro lugar uma estrutura sindical complexa, de matriz corporativista voltada para conciliação entre as classes sociais; depois, uma longa lista de direitos e deveres para empregados e para empregadores; ainda, diversas regras disciplinando a higiene e a segurança no trabalho com mecanismos de fiscalização por parte do Estado; e, finalmente, um sistema de resolução de controvérsias oriundas da aplicação da regras então consolidadas, por meio de uma Justiça do Trabalho fortemente informada pela Doutrina corporativista.

periódicos, não por meio de greves tidas como desnecessárias, mas em decorrência de arbitragem estatal, com a outorga de poderes ao Judiciário Trabalhista para atuar como “garantidor” do cumprimento do “compromisso fordista”, pelo exercício de seu poder normativo. Este modelo então constitucionalizado será perenizado de modo que sobreviverá ao regime militar e será mantido, com pequenas alterações na atual ordem constitucional.

De fato, tanto na terceira etapa que se iniciará após o golpe de 1964 impondo severas alterações no compromisso fordista existente na Carta de 1946 pela restrição ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho e pela potencialização dos elementos autoritários do sistema de relações coletivas de trabalho varguista, quanto na atual fase de desenvolvimento do direito capitalista do trabalho entre nós, as características mais marcantes do modelo concebido na primeira fase, constitucionalizado e desenvolvido na segunda etapa, serão perenizadas pela Carta de 1988, mitigada apenas por intermédio de emendas constitucionais, mas sempre mantendo a estrutura sindical naquilo que lhe é mais característico.

Sendo assim, para se compreender minimamente a complexidade e as contradições existentes no debate entre liberdade e unicidade sindical, se faz necessário conhecer as condicionantes históricas e políticas que presidiram a construção e a consolidação do padrão brasileiro de relações de trabalho, um modelo de tal modo eficiente para os interesses do empresariado que, com cosméticas modificações, sobrevive às metamorfoses havidas na economia e na política, e a importantes fenômenos econômicos (globalização), políticos (hegemonia neoliberal), gerenciais (novos métodos de gestão das empresas) e sociais na virada do século.

3. O nascimento do direito sindical brasileiro

Dois meses depois da vitória dos “revolucionários”, ainda em 1930, foi criado o Ministério

do Trabalho, Indústria e Comércio, com a finalidade de, fiscalizando o fiel cumprimento das leis atinentes à organização do trabalho, servir de “órgão consultivo do Governo em questões trabalhistas e de lhe sugerir medidas apropriadas à solução das mesmas”. A primeira e mais importante intervenção legislativa⁽³⁾ veio ainda no início de 1931, alterando significativamente a estrutura sindical brasileira pela criação do que já foi denominado como sindicalismo ministerial, em decorrência de seus principais dispositivos⁽⁴⁾.

(3) BRASIL. Decreto n. 19.770, de 19 de março de 1931. Regula a sindicalização das classes patronais e operárias e dá outras providências. “[...] Art. 2º Constituídos os sindicatos de acordo com o art. 1º, exige-se, para serem reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e adquirirem, assim, personalidade Jurídica, tenham aprovados pelo Ministério os seus estatutos, acompanhados de cópia autêntica da acta de instalação e de uma relação do número de sócios, com os respectivos nomes, profissão, idade, estado civil, nacionalidade, residência e logares ou empresas onde exercerem a sua actividade profissional [...] Art. 6º Ainda como órgãos de colaboração com o Poder Público, deverão cooperar os sindicatos, as federações e confederações, por conselhos mixtos e permanentes de conciliação e de julgamento, na aplicação das leis que regulam os meios de dirimir conflitos suscitados entre patrões, operários ou empregados. Art. 7º Como pessoas jurídicas, assiste aos sindicatos a faculdade de firmarem ou sancionarem convenções ou contractos de trabalho dos seus associados, com outros sindicatos profissionais, com empresas e patrões, nos termos da legislação, que, a respeito, for decretada [...] Art. 10. Além do que dispõe o art. 7º, é facultado aos sindicatos de patrões, de empregados e de operários celebrar, entre si, accordos e convenções para defesa e garantia de interesses reciprocos, devendo ser taes accordos e convenções, antes de sua execução, ratificados pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio [...]”.

(4) Sintetizando as primeiras iniciativas para criar essa nova estrutura sindical adaptada às necessidades da acumulação do capital, Leôncio Martins Rodrigues destaca que, pela nova legislação, o sindicato deveria enviar ao Ministério do Trabalho cópia da ata dos trabalhos de instalação, do estatuto, relação dos sócios, dentre outros documentos atribuindo a tais entidades, reconhecidas pelo Estado, a elaboração de contratos de trabalho, manutenção de cooperativas e outros serviços assistenciais, vendando expressamente a propaganda de toda ideologia e de política partidária. Referido decreto suprimiu a liberdade sindical que possibilitava a existência de mais de um sindicato a

Visando reorganizar a relação entre as classes sociais, o Estado, por intermédio do Direito, suprime a liberdade e a autonomia na organização da classe trabalhadora e impõe a unicidade sindical, ao prever que apenas as entidades organizadas nos moldes propostos pelo Estado seriam “reconhecidas” como interlocutoras sociais junto ao governo e junto ao empresariado, implicando substancial alteração na realidade social uma vez que, até então, a organização sindical não sofria qualquer interferência estatal. O capitalismo brasileiro, impunha a unicidade como condição para o reconhecimento oficial controlando o movimento sindical, de modo que, “no quadro da nova correlação de forças sociais, se tornasse irreversível a substituição da produção exportável pela produção para o mercado interno como eixo do sistema econômico” (GORENDER, 1990. p. 64). Esta intervenção visava debilitar a capacidade de resistência da classe trabalhadora e de suas entidades representativas, que, até então, se articulavam em torno do Bloco Operário Camponês — BOC, agremiação partidária que albergava os militantes do Partido Comunista do Brasil, então, na clandestinidade, militares nacionalistas e setores médios da sociedade.

Parte da doutrina conservadora do direito sindical brasileiro insiste na reprodução dos mitos da “doação” dos direitos, como “criação” artificial por iniciativa do Estado e de seu governante “iluminado” omitindo a intensa mobilização operária havida no final dos anos

reivindicar a representação do mesmo grupo de trabalhadores: seria reconhecido o sindicato que reunisse dois terços da classe e, na hipótese de tal não acontecer, seria reconhecido pelo Ministério do Trabalho o que congregasse maior número de associados. Com o decreto, por fim, restou criado, por inspiração do ideário corporativista, o conceito de *categoria profissional*, sob a qual seriam incluídas profissões idênticas, similares ou conexas, restando explicitado na exposição de motivos do Decreto n. 19.770/31 a intenção de “incorporar o sindicalismo no Estado e nas leis da República”, cabendo Departamento Nacional do Trabalho, criado no mês anterior, “promover medidas de previdência social e melhora das condições de trabalho” (RODRIGUES, 1966. p. 158-159).

20 ao assumir como verdadeira a memorização preconizada pela proposta revolucionária vencedora em 1930 e a grande resistência obreira ao modelo de unicidade que se implantava a partir de então⁽⁵⁾. Apesar da resistência, contudo, pouco a pouco os trabalhadores são induzidos a aderir ao modelo de unicidade imposto pelo Governo (DECCA, E., 2004. p. 134) sofisticado por inúmeras outras “inovações” nos anos seguintes.

3.1. A institucionalização em moldes corporativistas: das primeiras reformas à Constituição de 1934

Para tanto, logo depois da primeira leva de decretos, voltados à reorganização dos movimentos dos trabalhadores com vistas a criar um ambiente pacificado para a implantação de um *novo modo de vida*, no início do ano de 1932 o Governo Provisório promulgou o Código

- (5) Assim como a intensa mobilização da classe trabalhadora no período anterior à revolução de 30 é ocultada ou pouco considerada pelos doutrinadores do direito do trabalho no Brasil, a intensa luta política que se seguiu às primeiras medidas institucionalizadoras de uma nova estrutura sindical também raras vezes é referida, sendo memorizada como se o sindicalismo anterior a 1930 houvesse se adaptado cordatamente à nova normatividade repressiva e como se todo este novo conjunto normativo decorresse exclusivamente da vontade do chefe do Governo Provisório (PARANHOS, 1999. p. 33-34). As pesquisas históricas demonstram que, logo após a edição do decreto que reestruturava o sindicalismo, ocorreram inúmeras greves, como a de maio de 1932 em São Paulo, que sofreram “extrema repressão” (VIANNA, M., 1995. p. 18), ensejando que parte da resistência operária doravante se desse de modo clandestino (HALL, 2002. p. 15-16). No mesmo sentido aponta a pesquisa de Boris Koval: “o movimento democrático desenvolvia-se sob o fundo geral de ascensão da luta dos trabalhadores por seus interesses vitais. Entre as maiores ações do proletariado em 1933, devem-se destacar a greve dos 10.000 ferroviários da Paulista, a greve política dos trabalhadores de Belo Horizonte, a ação dos têxteis de Salvador e a luta armada dos trabalhadores de Recife” (KOVAL, 1982. p. 278). De acordo com Ricardo ANTUNES, “esta luta sindical, agregada à luta econômica grevista desencadeada na primeira metade da década de 30, dá o quadro da dimensão da combatividade e do nível da consciência operária, especialmente se a estas lutas acrescentarmos a atuação propriamente política da classe operária” (ANTUNES, 1982. p. 82).

Eleitoral⁽⁶⁾, por intermédio do qual se garantia o direito de voto às mulheres e aos maiores de dezoito anos, além de instituir a sistemática do voto secreto e da criação de um órgão estatal a quem competia organizar e garantir a lisura dos processos eleitorais, com a criação da Justiça Eleitoral.

Quanto ao sistema eleitoral instituiu-se o voto proporcional em substituição ao sistema de voto distrital até então vigente, desde o tempo do Império (WOLKMER, 1989. p. 61), buscando diminuir o artificialismo da representação política característico da Primeira República e previu-se a eleição de quarenta deputados *classistas*⁽⁷⁾, sendo dezoito representantes dos empregados, dezessete representantes dos empregadores, três representantes de profissionais liberais e dois representantes dos funcionários públicos, que deveriam ser eleitos por sindicatos reconhecidos pelo Estado, ou seja, de entidades sindicais já integrantes da estrutura sindical instituída em 1931, com evidente tentativa de deslegitimar os resistentes à nova estrutura sindical⁽⁸⁾.

A carta de 1934, profundamente influenciada pela Constituição de Weimar, consagra

direitos sociais diferenciados em comparação com as constituições tipicamente liberais, atribuindo dignidade constitucional a alguns direitos especificamente trabalhistas que haviam sido instituídos nos três anos anteriores pelo governo⁽⁹⁾.

Retomando a tradição existente até 1930, a Constituição de 1934 prevê o reconhecimento dos sindicatos e associações profissionais “de conformidade com a lei” que haveria de assegurar “a pluralidade sindical” e a “completa autonomia dos sindicatos”. Evidentemente, um dispositivo com tal amplitude se mostrava totalmente incompatível com a reforma da estrutura sindical imposta pelo novo regime, dois anos antes, uma vez que restava restaurada a liberdade e a autonomia sindicais⁽¹⁰⁾, agora consagrada

(6) BRASIL. Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. Institui o Código Eleitoral. Art. 1º. Este Código regula em todo o país o alistamento eleitoral e as eleições federais, estaduais e municipais. Art. 2º. É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código [...] Art. 144. O Código Eleitoral entrará em vigor trinta dias depois de oficialmente publicado.

(7) BRASIL. Decreto n. 22.653/33. Fixa o número e estabelece o modo de escolha dos representantes das Associações profissionais que participarão da Assembleia Constituinte.

(8) Superadas algumas das contradições internas ao movimento obreiro e ao cabo de intensivas campanhas de sindicalização massiva fomentadas pelo governo, foram eleitos os delegados dos trabalhadores, sendo três do Distrito Federal, um do Rio de Janeiro, dois de Minas Gerais, dois de São Paulo, dois do Rio Grande do Sul, dois do Espírito Santo, sendo que os Estados do Paraná, Santa Catarina, Pará, Paraíba, Pernambuco e Bahia elegeram um representante cada, integralizando a delegação obreira de dezoito constituintes. De modo sintomático, a eleição dos delegados dos empregadores ocorreu em 25 de julho de 1933, no Ministério do Trabalho (BERCOVICI, 2003).

(9) No que respeita à primeira reforma, aquela do reconhecimento de direitos à classe trabalhadora, merece destaque na Constituição de 1934 a consagração constitucional (i) do direito à não discriminação salarial, pela proibição de diferença salarial por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; (ii) do salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais dos trabalhadores; (iii) da jornada máxima de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; (iv) da proibição do trabalho de menores de 14 anos, de trabalho noturno aos menores de 16 anos e, nas indústrias insalubres, dos menores de 18 anos; (v) do repouso semanal, preferencialmente aos domingos, embora silenciasse quanto à remuneração dos mesmos, o que só virá a ocorrer em 1950 no Brasil; (vi) das férias anuais remuneradas; (vii) da indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; (viii) da assistência médica e dentária ao trabalhador e à gestante, assegurando descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário; (ix) da instituição de um sistema de previdência e aposentadoria mediante contribuição de empregadores e de empregados; (x) da regulamentação de todas as profissões e, dentre todas, a mais importante, (xi) do reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.

(10) Comentando a nova Carta, Hirose Pimpão, registra que “não pôde o constituinte de 34 fugir à realidade da nova época e, por isso, reservou à ‘questão social’ um cantinho no seio da nova Carta Política. Todo o Título IV – Da ordem econômica e social – diz respeito ao direito social trabalhista”. Ainda em 1942, o autor sustenta que inovações de importância bem saliente foram introduzidas, por força do conteúdo constitucional, uma vez que “em seus princípios normativos a Constituição discriminou os assuntos dos quais as leis posteriores deviam tomar conhecimento, regulamentando-os. Não passou despercebido o fato sindical, tendo ordenado a Constituição a observância do sindicato

em uma Constituição que, para o gosto das elites no poder, deveria “legitimar” as reformas implantadas, como um todo.

Conforme observa Luiz Werneck Vianna, “quatro dias antes de ser promulgada a Constituição, o Estado dá sua resposta ao regime sindical dos constituintes. O Decreto n. 24.694, de 12 de junho de 1934, em claro desrespeito à Assembleia Constituinte, ratifica o sistema tutelar” por estabelecer critério segundo o qual poderia haver no máximo dois sindicatos, com a mesma base de representação na mesma base territorial. Segundo o mesmo autor, “a autonomia sindical, conquistada contra a vontade do Estado, não terá força para se impor numa ordem que inclusive a nega” (VIANNA, 1978, p. 197). O mesmo decreto reafirma, ainda de acordo com os ideais do corporativismo brasileiro, a função do sindicato no sistema que propõe, ou seja, como “órgão de colaboração com o Estado” e a possibilidade de intervenção na administração dos sindicatos, podendo afastar diretorias eleitas pelos próprios trabalhadores, e até a interrupção no funcionamento das entidades. A autonomia sindical reconquistada na Constituição de 1934 restava infirmada pela legislação infraconstitucional posterior.

No tocante ao segundo polo do tripé estruturante do direito sindical, a Carta de 1934 institucionalizava a Justiça do Trabalho “para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social”, sendo a primeira a fazer referência a dispositivos de direito capitalista do trabalho, constituindo a existência de mecanismos de heterocomposição dos conflitos trabalhistas decorrentes de seu cumprimento.

Na formulação de 1932⁽¹¹⁾ se condiciona o acesso a tais mecanismos à condição de

plúrimo, ou melhor, para evitar confusões derivadas da terminologia, a pluralidade sindical” (PIMPÃO, 1942, p. 77-78)

- (11) BRASIL. Decreto n. 22.132, de 25 de novembro de 1932. Art. 12. “Os litígios oriundos de questões de trabalho, em que sejam partes empregados sindicalizados e que não afetem a coletividade a que pertencem os

sindicalização do empregado, condicionante esta que desaparece na ordem constitucional de 1934 (CESARINO, 1940, p. 50) propiciando iniciativas legislativas no sentido de regulamentar o novo dispositivo. Todavia, o anteprojeto de regulamentação encaminhado pelo Ministério do Trabalho ao Congresso Nacional não chegou a ser aprovado, eis que sobreveio o golpe dentro do golpe.

3.2. A nova institucionalidade de 1934 e a renovada resistência empresarial

Empolgado com o reconhecimento de direitos individuais aos trabalhadores, com o restabelecimento da autonomia sindical e com reconhecimento das convenções coletivas de trabalho, o movimento sindical acomodado à estrutura ministerial como condição para participar das eleições à assembleia constituinte, retoma inúmeros processos de mobilização⁽¹²⁾ organizando, já em 1935, a Convenção Nacional da Unidade dos Trabalhadores, reunindo 300 delegados de entidades que representavam meio milhão de trabalhadores, oportunidade em que foi criada a Confederação Sindical Unitária do Brasil — CSU. Em resposta à ousadia dos trabalhadores, “em 4 de abril de 1935, cinco dias após o primeiro comício da ALN, o Estado retruca com a Lei de Segurança Nacional”

litigantes, serão dirimidos pelas Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecidas na presente lei e na forma nela instituída”.

- (12) Apesar da criminalização da atividade sindical mais combativa, Marli de Almeida Gomes Vianna registra que, no final de 1935 o movimento operário também voltava a atuar, mobiliando mais de quarenta mil operários, de vários segmentos econômicos no Rio de Janeiro e em outros estados: “a Estrada de Ferro Great Western, que ligava o Nordeste de Alagoas ao Rio Grande do Norte, teve seus trabalhos paralisados por um grande movimento grevista. No Recife, a greve foi muito combativa. Cerca de 3 mil manifestantes chegaram até a arrancar os trilhos em alguns trechos da ferrovia. Operários da Companhia de Força e Luz, dos transportes e do carvão também pararam, solidarizando-se com os ferroviários” (VIANNA, M. 1995, p. 18 e 60), ensejando renovados temores no empresariado brasileiro.

que tipificava como crime o “instigamento das classes sociais à luta pela violência” e dissolvia a CSU, tida como “atentatória à segurança nacional”.

Alguns dos principais formuladores do nascente *direito brasileiro do trabalho*, denominação que emprestaram à sua obra em 1943, deitam ênfase no fato de que, com a Carta de 1934, “ao invés de um governo inerte, ou mediador ocasional na competição de interesses entre as diversas classes sociais, instaurou-se um regime de intervenção estatal, restringindo os direitos individuais em benefício da coletividade, provendo às necessidades públicas antes que elas chegassem a se transformar em problema de difícil solução” em substituição ao modelo anterior “não intervencionista, que permitia ao livre capitalismo, a exploração do trabalho em benefício exclusivo de alguns sob os olhares complacentes de um Estado proibido de intervir”. Referidos autores reconhecem, contudo, a existência de contradições internas na ideologia da Constituição de 1934, ao observarem a ocorrência de “tendências e orientações opostas. Liberal, preocupa-se demasiado com a segurança, e daí tender para o Fascismo; democrática, teme as lutas e presta-se a ser manejada contra a Democracia. Três almas diferentes confundem-se nela: a democracia norte-americana, a das Constituições novas da Europa e a dos exemplos alemão e italiano recentes. Há em seus textos uma contradição dolorosa” e registram observação de Pontes de Miranda em seus comentários à Constituição de 1934, prevendo dificuldades para a superação das contradições a ela inerentes, “especialmente porque havia a inexistência de partidos políticos capazes de se equilibrar e impedir a supremacia na aplicação de uma das tendências opostas existentes na Lei Magna. E, profeticamente, afirmava comentando o art. 115: ‘Um centro que é direita, e direita que se cinde em partidos violentamente sedentos de mando e não de realizações, afirmação de liberdade política e negação de liberdade política, são

passos que apressam sua queda” (SÜSSEKIND, LACERDA, SEGADAS VIANA, 1943. p. 127-128)

De fato, no Brasil, a contradição entre as tentativas de efetivação dos direitos sociais e da liberdade sindical consagrados constitucionalmente e os interesses empresariais fortemente representados no regime político será resolvida, ainda uma vez, de modo autoritário.

3.3. O complemento da obra corporativa: de 1937 à CLT

Com a Carta de 1937, que reinstituiu o sistema da unicidade sindical, do reconhecimento estatal, da divisão da classe trabalhadora em categorias profissionais, da colaboração entre as classes e com o Estado e, que considerava a greve como um recurso antissocial, a obra corporativa estava quase completa.

Faltava, contudo, uma nova regulamentação, acorde com a ordem constitucional imposta. Na regulamentação⁽¹³⁾ do direito sindical editada em 1939⁽¹⁴⁾, alguns de seus tópicos merecem destaque: (i) regulamentava a unicidade sindical por “categoria”; (ii) estabelecia obrigações e deveres aos sindicatos, na linha da “colaboração com o Estado”; (iii) instituía regras que deveriam estar contidas nos estatutos de todas as entidades sindicais, regra esta que passará a ser referida como “estatuto padrão”, impedindo que os sindicatos se organizassem para o questionamento da ordem capitalista; (iv)

(13) BRASIL. Decreto n. 1.402, de 1939. Regula a associação em sindicato e dá outras providências.

(14) A justificativa do anteprojeto do futuro decreto 1.402, de 1939, segundo documentado pela pesquisa de Luiz Werneck Vianna, apresentava a fundamentação dos “preceitos tendentes, de um lado, a preservar a vida interna dos sindicatos da contaminação de maus elementos sociais, das intervenções estranhas e corruptoras, da infiltração das ideologias perturbadoras, por outro lado, a desenvolver-lhes a consciência dos seus novos deveres para com a profissão que representam, para com a comunidade nacional a que pertencem e para com o Estado, sob cuja disciplina estão”, adendando esse autor que a motivação da regulamentação visava repelir a instrumentalização dos sindicatos por “ideologias extremistas e da revolução social”, estabelecendo “um sistema preventivo e repressivo dos mais rigorosos” (VIANNA, 1978. p. 224)

controle dos associados do sindicato, pela exigência da existência de um livro único de registro dos aderentes; (v) controle das contas do sindicato; (vi) controle das eleições sindicais; (vii) na exata medida em que estabelecia algumas imunidades sindicais para os dirigentes, induzia a eternização das suas docilizadas diretorias que, legitimamente, temiam deixar a condição de dirigentes para, pouco tempo depois, ficarem expostas ao poder empresarial de despedir empregados sem motivo justificado; (viii) instituiu a estrutura sindical vertical, tendo por base os sindicatos, organizados em federações, estaduais ou interestaduais e, no topo, as confederações nacionais, sempre por categoria, vedada a organização horizontal em entidades que congregassem trabalhadores de categorias profissionais diversas; (ix) regulamentava-se a aplicabilidade *erga omnes* dos contratos coletivos, nos termos das alíneas *a* e *b* do art. 137 da Carta de 1937; e, (x) foi instituída a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho para o ajuizamento de dissídios coletivos, perante a estrutura “judiciária e corporativa” que seria criada no ano seguinte.

O objetivo da estrutura sindical então regulamentada⁽¹⁵⁾, aprofundando as características

corporativas já presentes desde o primeiro Decreto interventor, em 1931, era o de vincular os sindicatos ao Estado induzindo-os a atuar como representantes do sistema de dominação constitucionalizado, que subordinava a economia e as corporações aos desígnios do Estado⁽¹⁶⁾. Em tal sistema, obviamente, não haveria lugar para a liberdade sindical.

Demais disso, os dispositivos de controle da atividade sindical foram amplificados pela criação de comissões, corporativamente organizadas por composição de empregadores, empregados e funcionários do Estado.

Mas a obra ainda estava incompleta. Três outras normas serão editadas para assegurar ao capitalismo as mais favoráveis condições para seu desenvolvimento, sem oposições indesejáveis.

A primeira, definindo a Justiça do Trabalho como “órgão judiciário e corporativo”⁽¹⁷⁾ lhe atribuirá competência para julgar dissídios individuais e dissídios coletivos de trabalho. Elaborada pela mesma comissão encarregada de redigir o Decreto n. 1.402/39, à exceção de apenas um de seus membros, a estrutura de solução de conflitos trabalhistas reinstitucionalizada guardará estreita relação com o corporativismo sindical do qual a unicidade sindical é um dos esteios.

A segunda institui a Comissão de Enquadramento Sindical — CES⁽¹⁸⁾ composta corporativamente por dirigentes de sindicatos reconhecidos

do sindicato regularmente reconhecido pelo Estado”, concluindo pela possibilidade de organização em entidades civis, mas que as prerrogativas sindicais seriam prerrogativas dos sindicatos reconhecidos pelo Estado (CESARINO JÚNIOR, 1940. p. 18-24).

(16) BRASIL. Constituição Federal de 1937. Art. 140: “A economia da produção será organizada em corporações e estas, como entidades representativas, das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas do poder público”.

(17) BRASIL. Decreto-lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939, que organiza a Justiça do Trabalho, regulamentado pelo decreto 6596, de 12 de dezembro de 1939, que aprova o regulamento da Justiça do Trabalho.

(18) BRASIL. Decreto n. 2.381 de 9 de julho de 1940. Aprova o quadro das atividades e profissões, para o

(15) Significativas do impacto das normas do Decreto n. 1.402/39 são duas consultas formuladas pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo a Antonio Ferreira Cesarino Júnior. Na primeira, a FIESP consulta se a regulamentação obrigando a cisão das categorias econômicas e profissionais do comércio e da indústria não ofenderia a “autonomia das classes produtoras nas várias regiões do país” assegurada constitucionalmente. Sem esconder seu fascínio pelo modelo corporativista, entende que a separação das categorias não a ofenderia, eis que, segundo dispositivo citado pelo parecerista, o corporativismo seria o fundamento da economia nacional. A outra consulta empresarial se refere à eventual possibilidade de coexistência e compatibilidade entre associações civis e as associações sindicais reconhecidas pelo Estado. A respeito, respondeu que “entre nós, o art. 138 da Constituição contém dispositivo idêntico ao da citada doc. III da *Carta del Lavoro*: ‘A associação profissional ou sindical é livre’. Assim sendo, podem constituir-se e funcionar livremente associações profissionais. Não terão, porém, se forem simples associações e não sindicatos reconhecidos pelo Estado, as funções enumeradas no mesmo artigo e por ele declaradas privativas

legalmente com atribuição de deliberar, no âmbito administrativo, a divisão da classe trabalhadora em categorias profissionais.

A terceira norma instituirá “as contribuições devidas aos sindicatos”⁽¹⁹⁾. Conhecida como “lei do imposto sindical”, esta norma instituirá o financiamento dos sindicatos, pela arrecadação estatal, de um dia de salário de cada trabalhador para custear a estrutura sindical instituída pelo Decreto n. 1.402/39, em sistemática que, mantida pela CLT, sobreviverá a duas Constituições e que, ainda hoje, permanece em vigor. A obra iniciada com a abrangência *erga omnes* dos contratos coletivos firmados por sindicatos únicos, reconhecidos e controlados pelo Estado, por mecanismos “rigorosos” de “repressão”, resta complementada pelo financiamento público do funcionamento da estrutura sindical, que doravante não precisará mais possuir associados, para assegurar-lhe o funcionamento. Estava quase pronto o “edifício corporativo” que assegurando a “paz social” permitirá o desenvolvimento capitalista.

Com base em um marco normativo como este, “inútil dizer que, a partir de 1937, desaparece não só o sindicalismo autônomo como o movimento operário. As eleições sindicais se convertem numa farsa, reservando-se o Ministério do Trabalho o direito de reconhecer as diretorias eleitas e de intervir nos sindicatos. No plano político, reprime-se com violência a militância sindical independente, e as correntes políticas de esquerda mergulham na clandestinidade absoluta, inexistindo no interior das associações sindicais qualquer corrente oposicionista à burocracia apoiada e mantida pelo governo” (RODRIGUES, 1990. p. 163).

A colaboração entre as classes sociais, sofisticada na ordem constitucional de 1937 é

Registro das Associações Profissionais e o enquadramento sindical, e dispõe sobre a constituição dos sindicatos e das associações sindicais de grau superior.

- (19) BRASIL. Decreto 2377, de 8 de julho de 1940. Dispõe sobre o pagamento e a arrecadação das contribuições devidas aos sindicatos pelos que participam das categorias econômicas ou profissionais representadas pelas referidas entidades.

saudada pelos precursores do *direito brasileiro do trabalho* por, pretensamente, abrir “novas possibilidades para o cidadão exprimir e executar suas vontades e seus interesses que não colidam com a coletividade, auscultando-o em todos os ramos de atividade em que ele esteja produzindo e cooperando para o progresso e o engrandecimento da Pátria”. Segundo tais autores, “levando as classes produtoras a ter no Estado a função que lhes compete, diretamente, sem intermediários políticos, o novo regime assegura forma democrática e eficiente para que se resolvam os problemas postos em equação, sem que interesses de agrupamentos políticos ou preponderâncias regionais possam dar custa ao retardamento e à má orientação para as soluções necessárias. Sem a franqueza e o abstencionismo do regime liberal democrático, inadaptável às atuais condições de vida dos povos e, especialmente, de uma Nação em marcha, sem adotar a solução corporativa integral que seria a supressão de representação nacional eleita pelo voto, a Constituição de 1937 integrou o país em um regime — a democracia econômica —, capaz de levá-lo à posição de destaque que, pela sua riqueza, sua população, seu território e seu passado histórico, lhe compete no concerto das Nações, e de respeito e colaboração na ordem internacional que terá de ser estabelecida após a guerra mundial que assistimos.” (SÜSSEKIND, LACERDA, SEGADAS VIANA, 1943. p. 133-134). Este mesmo conjunto ideológico, vinculados àquele contexto histórico, presidirá a consolidação das leis do trabalho, em 1943, que eternizará, entre nós, a unicidade sindical, sistema obviamente incompatível com a liberdade e a autonomia sindicais.

A Justiça do Trabalho foi mantida na Carta de 1937 com a missão de dirimir conflitos fundados no cumprimento de normas de legislação social⁽²⁰⁾, ou seja, com competência para conciliar

- (20) BRASIL. Constituição de 1937. Art. 139. Para dirimir conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em lei e à qual

os conflitos coletivos⁽²¹⁾, nos termos da regulamentação de 1939⁽²²⁾, embora na ordem constitucional de 1937 não integrasse o Poder Judiciário⁽²³⁾. No campo do direito coletivo, ao mesmo tempo em que a Carta de 1937 considera a greve e o *lock-out* como “recursos antissociais” contrários aos interesses da Nação, reitera-se a função da Justiça do Trabalho para dirimir conflitos oriundos das relações entre empregados e empregadores reguladas pela legislação social, reforçando o corporativismo do sistema, atribuindo competência para julgar os dissídios coletivos e homologar os acordos neles celebrados.

não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da justiça comum.

- (21) BRASIL. Decreto n. 39, de 3 dezembro de 1937: “Os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, enquanto não for regulada em lei a Justiça do Trabalho, de que cogita o art. 139 da Constituição, serão conhecidos e julgados pelas Comissões Mistas (*sic*) de Conciliação e Julgamento”.
- (22) BRASIL. Decreto-lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939: “Os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, serão dirimidos pela Justiça do Trabalho”.
- (23) A Justiça do Trabalho instalada em 1941 era constituída em três instâncias administrativas: as Juntas de Conciliação e Julgamento — JCJ, os Conselhos Regionais do Trabalho — CRT e o Conselho Nacional do Trabalho — CNT. As JCJs passaram a ser presididas por bacharéis em direito, de livre nomeação do Presidente da República, para cumprirem mandatos de dois anos, do mesmo modo que por vogais, indicados paritariamente pelos sindicatos integrantes da estrutura oficial, escolhidos pelo presidente do CRT a que estavam vinculados. A precariedade dos mandatos e a insegurança quanto à recondução asseguravam ao regime o controle sobre os integrantes das JCJs para os objetivos pretendidos pelo sistema implantado, cuja atuação era reiteradamente monitorada pela Presidência da República ou pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, às quais estavam vinculadas (MALHADAS, 1997, p. 112). Cada um dos oito CRTs instituídos era constituído por um presidente, bacharel em Direito, por dois outros funcionários com notório saber jurídico e por dois representantes classistas, também indicados por federações reconhecidas pelo Ministério do Trabalho. A estes competia não apenas apreciar os recursos das decisões das JCJs ou dos julgamentos proferidos por juizes de direito onde inexistentes aquelas, como também dos conflitos coletivos que anteriormente eram apreciados pelas Comissões Mistas de Conciliação.

3.4. O final do regime de 1937 e a democratização conservadora

Sob o pretexto da entrada do Brasil na guerra, o plebiscito que, legitimando o regime estadonovista, permitiria a entrada em vigor da constituição de 1937, nunca se realizou. Também não se realizaram as eleições para o parlamento criado pela Carta outorgada ou para os governos dos Estados, que seguiram sendo dirigidos por interventores nomeados pelo Presidente da República, gerando descontentamento em diversos setores sociais. Apesar de se encontrarem devidamente capitalizadas pela compressão salarial e de custos sobre o trabalho durante o período de inatividade sindical decorrente da forte repressão os movimentos grevistas, influenciados pelo modelo de desenvolvimento estadunidense, setores das classes dominantes passam a conspirar com setores do exército que pretendiam eleger Eurico Gaspar Dutra, então ministro da Guerra, como presidente da República.

Passa-se a defender, em vários setores da sociedade, a convocação “imediate” das eleições levando Getúlio Vargas a buscar apoio em outros setores da sociedade, inclusive na classe trabalhadora, a partir da intensificação da propaganda e da repetição do mito do “pai dos pobres” que havia “outorgado” a lei que “doava” direitos à classe trabalhadora.

Neste contexto, objetivando retomar a iniciativa política depois de perceber a divisão na classe empresarial e nos demais setores da elite dominante, o governo convocou reforma constitucional e, em abril de 1945, buscando apoio junto aos sindicatos de empregados concede anistia aos presos políticos e admite a organização do Movimento Unificado dos Trabalhadores — MUT. Por postular a unificação da classe trabalhadora, tal organização de entidades sindicais se contrapunha frontalmente à estrutura sindical corporativa que dividia classe trabalhadora em “categorias” profissionais distintas, ordenadas pelas atividades principais das empresas aos quais estavam subordinados.

Contrariando as teses de que teria havido um “estado de compromisso” ou um “pacto” entre as classes sociais, pelas quais os trabalhadores teriam aceitado a dominação varguista e corporativa em contrapartida do reconhecimento de direitos sociais, o movimento sindical ressurgiu criticando de modo contundente o corporativismo da legislação, e, em boa medida, a unicidade imposta pela legislação.

A análise das discussões havidas durante o Congresso Sindical dos Trabalhadores — CST, realizado durante as discussões da Assembleia Constituinte, pode contribuir para a elucidação da relação entre o movimento sindical e o então Presidente da República, e para desvelar o mito consistente na versão segundo a qual o movimento sindical, já devidamente docilizado e acomodado à estrutura burocrática criada ao longo dos quinze anos do primeiro período varguista, não teria se empenhado quando da discussão da supressão da unicidade imposta na elaboração da Carta de 1946.

4. Uma ambiguidade instituinte: o processo constitucional de 1946

O *perigo comunista* que havia motivado setores industriais aderirem a uma determinada proposta de revolução nos anos trinta, *como um espectro* rondou todo o desenvolvimento histórico do lustro que se encerrou com a Constituição de 1946. Na fase final do regime ditatorial, tiveram que optar entre as duas propostas que estavam em discussão, ou seja, entre uma parcela do sindicalismo denominada *queremista* (por *querer* a “constituente com Vargas”) e outra proposta defendida pelos sindicatos ministerialistas que postulavam uma “constituente sem Vargas”. Esta segunda parcela do movimento sindical era apoiada por setores influentes no estamento militar e por parcelas crescentes nos setores empresariais que promoviam o golpe militar de 29 de outubro de 1945⁽²⁴⁾.

(24) Segundo Luiz Werneck Vianna, “para o ator político, situado na perspectiva da classe operária, tratava-se de optar pela redemocratização ‘pelo alto’ com Vargas, já iniciada, e que não poderia prescindir de

Realizadas as eleições para a Constituinte, que também eram as primeiras organizadas com base na exigência de partidos políticos com amplitude nacional, a influência dos setores de esquerda ficou bastante reduzida, uma vez que não houve tempo para uma maior rearticulação do movimento sindical, depois de anos de repressão sistemática⁽²⁵⁾. Restava ao movimento sindical buscar influenciar os debates constituintes a partir da sociedade, pressionando, desde “fora”,

seu suporte social e político, ou aderir a uma conspiração para a qual não era convocado, nem onde se desejava sua participação”. Segundo a interpretação deste autor, o golpe militar que impossuiu o presidente do Supremo Tribunal Federal até a data das eleições, em 2 de dezembro, significou que a aproximação de setores de esquerda a Vargas não era tolerado pelas classes econômica e socialmente dominantes, “que não admitiam a interferência dos ‘de baixo’ na concepção do plano geral do sistema da ordem” (VIANNA, 1978. p. 253).

(25) A assembleia composta de 328 parlamentares ficou politicamente composta por quatro grandes partidos, além de outros de pequena expressão eleitoral: o Partido Social Democrático — PSD, com 178 cadeiras (54,3%); a União Democrática Nacional — UDN, com 90 cadeiras (27,4%), o Partido Trabalhista Brasileiro, com 23 deputados (7%) e o Partido Comunista do Brasil, com 15 deputados (4,6%). Todavia, diferentemente das siglas homônimas existentes na Europa, o PSD brasileiro, embora tenha sido criado com o apoio de Getúlio Vargas, possuía bases agrárias e nas alas urbanas conservadoras, tomando do partido social-democrata alemão não muito mais do que apenas a sigla. No outro partido criado por influência de Vargas, o PTB, foram acomodados os setores mais progressistas que haviam atuado no governo e diversos dirigentes sindicais. A UDN era a agremiação que congregava os liberais, com forte base no empresariado industrial e que viria a ter significativa influência nas classes médias. Em face deste quadro, percebe-se que o que poderia ser considerado com “a esquerda” compunha apenas em torno de 12% da Assembleia Constituinte, considerando-se a soma dos votos do PCB, PTB e de um ou outro deputado pinçado nos pequenos partidos, dependendo dos temas a serem votados. Na comissão que elaborou o projeto base, que recebeu as emendas ao longo dos pouco mais de sete meses de funcionamento da constituinte, o percentual da esquerda era ainda menor: 8% dos parlamentares, ou seja, um do PCB e dois do PTB, contra 19 do PSD e 10 da UDN, ou seja, esses dois partidos que representavam os diversos setores das classes dominantes, juntos, totalizavam quase 80% dos votos da comissão encarregada do texto base (DAL ROSSO, 1996. p. 247).

o conteúdo da Carta constitucional então em elaboração.

Em relação à questão fundamental, haveria de definir a manutenção ou o abandono do sistema corporativo, o plenário da Constituinte se dividiu em três tendências: a *corporativa*, que visava manutenção do sistema implantado em 1930 e aprimorado a partir de 1937; a *autônoma e pluralista*, que agrupava os liberais e os católicos, propondo ampla liberdade sindical sem interferência estatal; e a *unitária e autonomista*, que defendia autonomia e não interferência com a manutenção da unicidade sindical, apoiada pelos petebistas e pelos comunistas. Ausente consenso parecia prevalecer a posição que afirma a *autonomia, nos termos da lei*, e que remetia à regulamentação infraconstitucional a disciplina da matéria. Como se verá a seguir, esta foi a opção dos constituintes que manterão o mesmo espírito corporativista em relação ao direito de greve e à judicialização da Justiça do Trabalho, mantendo a composição paritária engendrada pela Doutrina corporativista.

Nos outros processos constituintes que eram contemporâneos ao brasileiro, fundamentalmente naqueles países que haviam saído do controle dos regimes fascistas, por influência do liberalismo político, o corporativismo que havia caracterizado aqueles regimes totalitários restou quase que totalmente expurgado da normatização das relações entre trabalhadores e empregadores. No Brasil, em face da pequena representatividade dos partidos de esquerda e do fracasso das tentativas de mobilização social promovidas pelo movimento sindical, o resultado foi diferente.

4.1. A Constituição de 1946: uma democratização restrita, um corporativismo renovado

Visando influenciar os debates que se desenvolviam na Assembleia Constituinte sobre a estrutura sindical como um todo e sobre o padrão de relações de trabalho que se pretendia construir no Brasil redemocratizado, realizou-se o Congresso Sindical dos trabalhadores — CST

congregando as distintas correntes do movimento obreiro⁽²⁶⁾ com o objetivo de influenciar os debates constituintes que se realizavam. Contando com 2.400 delegados, os participantes se agrupavam, basicamente, em três forças distintas: os *comunistas* articulados pelo MUT, os *ministerialistas*, como eram conhecidos os que defendiam a estrutura sindical oficial, embora propugnassem pela saída imediata de Vargas do poder, e os *petebistas queremistas*, que defendiam uma saída negociada para a redemocratização do país. Esta terceira força política se constituía em componente decisivo para o congresso, na medida em que, verdadeiramente, para onde se inclinava esta corrente, definia-se a maioria suficiente para que propostas fossem aprovadas ou rejeitadas naquele conclave em que a classe trabalhadora ressurgia como ator social a ser considerado, não apenas como fator de produção, mas também como fator de ordem política.

Quando o assunto referente à autonomia sindical, questão fundamental para a estrutura corporativista, entrou em discussão no congresso sindical, deu-se a polarização definitiva. Percebendo que a proposta, rejeitando a estrutura oficial, aprovaria a liberdade e autonomia sindicais, os setores “ministerialistas” se retiraram do CST, temendo pela influência desta deliberação nos debates na Assembleia Constituinte. De fato, se aprovada pelo CST, ainda que por maioria, a liberdade sindical,

(26) Em texto elaborado pelo MUT que convocava a classe trabalhadora a participar de referido Congresso Sindical dos Trabalhadores, encontrava-se um manifesto firmado por mais de 300 sindicalistas de treze estados brasileiros evidenciando o distanciamento de parte do sindicalismo daquele modelo imposto em 1930. Esta importante corrente sindical, influenciada pelos comunistas, que havia sobrevivido, ainda que na clandestinidade, à repressão varguista, em tais documentos reafirmavam desejo de lutar (i) pela mais ampla liberdade sindical; (ii) pela melhoria das leis sindicais, delas excluindo todos os dispositivos antidemocráticos; (iii) pela efetiva sindicalização de todos os trabalhadores do campo; (iv) pela efetiva democracia sindical, assegurando liberdade de manifestação nas assembleias; (v) pela realização de eleições sindicais unitárias, verdadeiramente representativas dos sentimentos e da capacidade de cada categoria profissional.

em termos muito próximos do que havia ocorrido durante a Constituinte de 1934, o corporativismo ficava exposto a riscos perante a Constituinte, potencializando o movimento sindical para exercer papel de protagonista quando da redemocratização, como ocorrido no continente europeu após a derrota dos regimes fascistas ou como postulado nos Estados Unidos na fase de consolidação do *new deal*.

A manobra dos ministerialistas, contudo, não surtiu o efeito de simplesmente “interromper o Congresso”, conquanto tenha debilitado politicamente a posição majoritária autonomista perante os constituintes que passariam a aludir à falta de consenso quanto ao tema “dentre os próprios sindicalistas”.

Registrada a saída da minoria, o Congresso prosseguiu, aprovando quanto à questão da autonomia sindical, proposição que pode ser assim resumida: (i) direito à elaboração de seus próprios estatutos prevendo de que forma se organizaria o funcionamento de cada entidade; (ii) fiscalização financeira pelos próprios associados, e não mais por parte do Ministério do Trabalho; (iii) nenhuma intervenção estatal nos sindicatos; (iv) simplificação do processo de criação e registro de sindicatos; (v) liberdade de sindicalização, inclusive, para trabalhadores rurais; (vi) adoção do princípio da maioria em todas as deliberações sindicais, que deveriam ser democraticamente acatadas pela minoria. Percebe-se, assim, que a maioria que continuou no Congresso Sindical dos Trabalhadores se opunha frontalmente à continuidade do sistema corporativo implantado a partir dos anos 30, embora, por razões políticas, seguisse insistindo na unidade da classe trabalhadora, pela manutenção da unicidade sindical imposta (VIANNA, 1978. p. 240 e ss.). As decisões do CST, por outro lado, deixaram claro que o governo não poderia contar com o apoio integral de todos os setores do sindicalismo, mesmo depois de todas as interferências e intervenções na administração dos sindicatos, no sentido de conformar diretorias sindicais adestradas para a defesa

propostas governamentais e do mito da conciliação entre as classes sociais.

Sem apoio orgânico no movimento sindical e diante da ausência de partidos nacionalmente articulados, termina de modo melancólico a ditadura Vargas, com a promulgação de uma nova Constituição que haveria de organizar o país para a democracia e para o “desenvolvimento nacional” que, apesar de assegurar um significativo rol de direitos sociais, manteve a unicidade sindical, rejeitando as proposições debatidas que reivindicavam a liberdade e a autonomia dos sindicatos.

Com a promulgação da Constituição de 1946, aquele sistema de relações de trabalho, iniciado em 1931 e consolidado em 1943, resta novamente constitucionalizado. Todavia, além disso, a mesma constituição, no que respeita às relações de trabalho capitalistas, também introduz temas característicos da ideologia inspirada pelo intervencionismo fordista-keynesiano, remetendo ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho, organizada em moldes corporativos como foro privilegiado para, por um lado, manter a classe trabalhadora “no seu devido lugar”, ou seja, como classe subordinada, e, por outro lado, para nivelar as concessões fordistas do empresariado para que a classe trabalhadora aderisse ao modo de vida capitalista.

Deste modo, o modelo de intervencionismo aqui adotado diferia muito daquele adotado pela Alemanha o final do regime nazista. Lá, o rearranjo político ao final da segunda guerra propiciou a constitucionalização do sistema de cogestão, com o reconhecimento do protagonismo dos trabalhadores e suas instituições, no interior das empresas e o reconhecimento efetivo da negociação coletiva como elemento de democratização econômica que deveria coexistir com a reconstrução da democratização política. Bem assim, o sistema implantado no Brasil também se distanciou bastante do modelo de intervencionismo implantado na Itália e nos demais países europeus depois da derrota do fascismo. Lá, o direito do trabalho passaria a

organizar as relações entre as classes sociais envolvidas nas relações de produção capitalistas, potencializando a negociação coletiva, com forte protagonismo sindical, para a construção de um direito supletivo ao direito do trabalho fixado nas leis dos Estados. Por fim, o sistema adotado na Constituição de 1946, por manter o padrão de relações trabalhistas instituído durante o regime anterior, ou seja, por não ter rompido com o corporativismo que havia inspirado os fascismos na Europa, também adquiriu características distintas daquelas do intervencionismo implantado nos EUA e na Grã-Bretanha após a crise capitalista de 1929 e que se desenvolveu, de forma acelerada, ao final da segunda guerra, com a instituição de mecanismos de imunidade sindical que permitirá o desenvolvimento de sofisticado sistema de atribuição de representatividade sindical e de contratação coletiva das condições de trabalho e de remuneração.

No Brasil, portanto, de modo singular, o corporativismo do sistema será mantido, desenvolvido e aprimorado, reprimindo-se as greves e atribuindo-se ao Judiciário trabalhista a preponderância no que respeita à pacificação das relações entre as classes sociais, fundadas na unidade sindical, na eficácia *erga omnes* dos convênios coletivos e no financiamento público da estrutura sindical.

4.2. O corporativismo do sistema de relações de trabalho constitucionalizado em 1946

Ao mesmo tempo em que na Assembleia Constituinte se debatia a oportunidade, ou não, de se manter a estrutura corporativa para o sindicalismo brasileiro e em que os trabalhadores realizavam o Congresso Sindical de Trabalhadores depois de muitos anos de obscuro ostracismo imposto pela ditadura, principalmente depois do golpe de 1937, o executivo e as classes empresariais conspiravam para manter tudo como estava.

Segundo as regras estabelecidas quando da convocação da Constituinte, o Presidente da

República, eleito na mesma oportunidade, governaria com poderes especiais até que a nova Constituição fosse promulgada.

Conhecendo as deliberações, a Assembleia Constituinte, que depois das divergências havidas no CST remetia à lei a regulamentação da “liberdade sindical” e do “direito de greve”, Eurico Gaspar Dutra, militar autoritário e golpista que havia sido eleito Presidente da República pelo PSD, impõe um sentido claro à nova Constituição às vésperas da sua promulgação: de forma unilateral, em março de 1946, edita o Decreto n. 9.070, que, sob o pretexto de regular o direito de greve, impõe graves limitações ao que constaria na Carta de 1946⁽²⁷⁾, regulando-o de forma ainda uma vez autoritária.

De fato, o Decreto n. 9.070/46, resumidamente, (i) tornava impossível realizar-se uma greve legal no país, tantas eram as exigências prévias; (ii) mantinha a estrutura sindical corporativa já consagrada na CLT; (iii) extinguiu o MUT; e (iv) suspendia as eleições sindicais e (v) permitia o expurgo de dirigentes sindicais tidos como esquerdistas ou indesejáveis ao sistema, dentre outras medidas repressivas⁽²⁸⁾.

(27) BRASIL – Constituição Federal de 1946. Art. 158. É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará. Art. 159. É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.

(28) BRASIL – Decreto-lei n. 9.070/1946. Art. 14. Além dos previstos no Título IV da Parte Geral do Código Penal, constituem crimes contra a organização do trabalho: I – deixar o presidente do sindicato ou o empregador, em se tratando de atividade fundamental, de promover solução de dissídio coletivo; II – deixar o empregador de cumprir dentro de 48 horas decisão ou obstar maliciosamente à sua execução; III – não garantir a execução, dentro dos prazos legais, o vencido que possuir bens; IV – aliciar participantes para greve ou *lock-out*, sendo estranho ao grupo em dissídio. Pena – detenção de 1 a 6 meses e multa de 1 a 5 mil cruzeiros. Ao reincidente aplicar-se-á a penalidade em dobro; ao estrangeiro, além desta, a de expulsão. [...] Art. 15. Nos processos referentes aos crimes contra a organização do trabalho: I – caberá prisão preventiva; II – não haverá fiança, nem suspensão da execução da pena; III – os recursos não terão efeito suspensivo.

Esta iniciativa do governo às vésperas da promulgação da nova Constituição será alvo de críticas de boa parte da doutrina, sendo, entretanto, de se reproduzir a constatação de Luis Werneck Vianna, no sentido que “enquanto a Constituinte legisla idealmente, criando uma Carta que resultava do difícil equilíbrio entre forças políticas que não conseguiram lograr uma ordem consensual, o poder executivo legislava de fato. Induzia o reforço de alianças dentro da Assembleia, provocava situações consumadas, prefigurando o desempenho real das instituições, que o legislador constituinte vai deixar em esboço, impotente ou incapaz de formular um claro sistema da nova ordem” (VIANNA, 1978. p. 254). A manutenção do corporativismo na estrutura sindical e na conformação do judiciário trabalhista interessava, fundamentalmente, ao empresariado urbano, preponderante industrial e ao amplo leque de interesses que tinham em comum o sentimento de profundo anticomunismo: à luta de classes, impunham a visão da confluência de interesses, da colaboração entre as classes sociais e da paz social necessária ao desenvolvimento nacional, eufemismo que encobria as políticas fomentadoras da acumulação do capital.

O direito coletivo do trabalho que emerge da nova ordem constitucional em quase nada diferia do modelo que vinha sendo construído, autoritariamente, desde 1931, assentado nos referidos três pilares básicos: a estrutura sindical corporativa e controlada pelo Estado, restrições ao direito de greve e mecanismos estatais para impor a paz social necessária para o desenvolvimento das relações de produção capitalistas, segundo os interesses das classes dominantes.

Sendo assim, se é verdade que parte do movimento sindical quando da redemocratização já se havia acomodado ao sistema corporativista de relações de trabalho fundado na unicidade sindical, não é menos verdade que significativa parcela dos sindicatos e das demais organizações operárias seguia resistindo e propugnando pela liberdade sindical. Todavia, a memorização

proposta pela doutrina conservadora termina por omitir esta importante diferenciação de posicionamentos no interior da classe trabalhadora, dando a entender que os sindicatos teriam sido “coniventes” com modelo corporativo, participando de um “pacto” para a manutenção da unicidade, de um “compromisso” entre as classes sociais algumas vezes adjetivado como “compromisso populista”.

No processo de redemocratização seguinte, com a Constituição de 1988, novamente a classe trabalhadora deixará de lograr consenso quanto ao expurgo dos elementos corporativistas do direito sindical brasileiro.

5. A renovação dos elementos corporativistas na Constituição de 1988

Como já mencionado, contrariamente ao ocorrido nos demais processos de redemocratização havidos na Europa — seja ao final da segunda guerra na Alemanha, na Itália e na França na década de 40, seja ao final dos regimes autoritários em Portugal, na Espanha e na Grécia na década de 70 —, o processo de transição democrática brasileiro preservou, na essência, o modelo corporativo concebido durante a década de 30, com as restrições impostas pela ditadura militar, cujo ciclo de poder se encerrava com sua promulgação.

Durante a ditadura militar, os governantes já haviam “depurado” o modelo corporativista constitucionalizado em 1946, de seus componentes fordistas. Pela repressão se assegurava a permanência do modo de produção capitalista, sem a necessidade de “compensações” pela adesão ao modo de vida proposto pelas frações da classe dominante que se mantinha no poder à custa da repressão, restringindo o direito de greve, controlando o exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho e, intervindo na gestão dos sindicatos, mantendo a estrutura sindical corporativista verticalizada em Confederações, Federações e sindicatos únicos, financiados pelo imposto sindical⁽²⁹⁾.

(29) Ademais, o sistema sofisticou-se pela manutenção de mecanismos de cooptação e de docilização dos

Com eleições para renovação das instâncias diretivas controladas pelo poder público, que se resguardava o direito não apenas de impedir a posse de diretorias ou de dirigentes “incômodos” ao regime, mas, também, a possibilidade de intervir diretamente na gestão dos sindicatos, destituindo as diretorias e nomeando interventores

dirigentes sindicais por um emaranhado normativo que propiciava (i) o surgimento de uma casta de dirigentes eternizados em suas funções por serem especialistas na legislação sindical e nos processos de eleição que se realizavam sob o controle de burocratas de confiança dos militares; (ii) a sofisticação da “carreira” de dirigentes sindicais que, depois de devidamente adestrados na gestão dos sindicatos, eram “promovidos” a dirigentes de Federações de sindicatos e, dentre outros, uns poucos, depois de longos anos de sindicalismo, poderiam chegar a dirigentes das Confederações sindicais, órgãos de cúpula da estrutura vertical corporativa, sempre representando categorias previamente definidas; (iii) a cooptação de parte das direções sindicais para atuação no Poder Judiciário, uma vez que cada Junta de Conciliação e Julgamento — JCJ era composta por um juiz classista de empregados, um juiz classista de empregadores e um Juiz do Trabalho recrutado por concurso público, sendo que esta representação classista se repetia nos Tribunais Regionais do Trabalho e mesmo no Tribunal Superior do Trabalho. Estas funções de juizes classistas eram remuneradas com vencimentos inúmeras vezes superiores aos salários que tais trabalhadores (ou interventores indicados pelo regime militar para gerirem os sindicatos) recebiam nas suas funções originárias nos locais de trabalho, que se eternizavam, por necessários, nas diretorias das entidades, seja por uma série de dispositivos que priorizavam a “profissionalização” dos dirigentes sindicais em suas funções, tanto nas próprias entidades sindicais de base, como nas comissões instituídas pelo Estado, dentre as quais as comissões de conciliação e julgamento, embriões da futura Justiça do Trabalho, como ainda pela criação de estruturas verticais de representação que, atribuindo um voto a cada sindicato, independentemente de seu tamanho ou representatividade, fomentava a eternização dos dirigentes, inicialmente nos sindicatos; depois, promovidos a dirigentes de federações ou de confederações, a membros de uma das inúmeras Comissões existentes dentro da própria estrutura ministerial (comissão de imposto sindical, comissão de enquadramento sindical, dentre outras) ou mesmo na estrutura paritária instituída para a solução de conflitos trabalhistas. Uma estrutura sindical como esta, obviamente, desestimulava a ampliação no número de sindicalizados, com direito a voto nas eleições sindicais que, potencialmente, poderiam prejudicar as “carreiras” daqueles dirigentes amoldados às necessidades do regime e do empresariado.

vinculados ao regime militar para geri-las, a unicidade impedia que tais dirigentes organizassem os trabalhadores em entidades sindicais concorrentes com o sindicato oficial, fortalecido pela eficácia *erga omnes* dos contratos coletivos (convenções e acordos coletivos), o imposto sindical e pela representação classista na Justiça do Trabalho. Este modelo persistiu, com limitações, até a Constituição de 1988 quando se renovaram as esperanças de superação do modelo sindical, até então, vigente no país.

Durante a Assembleia Nacional Constituinte que funcionou nos anos de 1987 e 1988, esta estrutura corporativista foi duramente criticada. Apesar disto, a reação conservadora que se operou durante o processo de discussão da nova Carta os dirigentes sindicais vinculados à estrutura sindical se somou àquela dos parlamentares vinculados aos interesses dos diversos setores das classes dominantes, que se organizavam em um agrupamento suprapartidário autodenominado como “centrão” para perenizar os principais elementos de corporativismo que singularizam o direito sindical brasileiro.

Efetivamente, a estrutura sindical constitucionalizada em 1988 continuou a se estabelecer a partir de sindicatos únicos, organizados por categoria profissional, com monopólio de representação outorgado pelo Estado⁽³⁰⁾.

Interpretando a recepção, ou não, das normas pré-existentes, o Judiciário terminou por assegurar que pouca coisa fosse alterada naquela estrutura adequada aos interesses do patronato e aos interesses de parte dos próprios dirigentes

(30) BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município [...].

sindicais resistentes à qualquer alteração naquelas estruturas: (i) decidiu-se que o órgão que haveria de registrar as entidades sindicais “autônomas e livres” continuava a ser o Ministério do Trabalho e não os cartórios de registros de pessoas jurídicas a quem compete o registro de todas as demais entidades associativas; e (ii) interpretou-se que o número de dirigentes sindicais em tais entidades autônomas deveria ser aquele estabelecido na CLT, de modo padrão para todos os sindicatos, independentemente do tamanho da categoria representada ou da amplitude da base territorial de cada entidade.

No que respeita ao segundo polo do tripé constitutivo do direito coletivo do trabalho, o da solução dos conflitos coletivos, manteve-se na Constituição de 1988 a possibilidade de interferência do Judiciário Trabalhista nos conflitos coletivos de trabalho, apesar dos esforços de parcela do movimento obreiro e dos partidos de esquerda no sentido de banir do texto constitucional essa possibilidade, afinal mantida em seu texto final⁽³¹⁾, assim como a representação classista da Justiça do Trabalho, o imposto sindical e a já mencionada unicidade sindical.

Quanto ao terceiro polo do tripé estruturador do direito coletivo do trabalho, o direito de greve foi reconhecido constitucionalmente, como um direito amplo a ser exercido pelos trabalhadores respeitados os limites que fossem fixados em lei, que definiria as condutas

abusivas⁽³²⁾. Ao contrário do que ocorreu com tantos outros direitos que, até hoje, não mereceram regulamentação, o direito de greve já no ano seguinte à promulgação foi regulamentado, para estabelecer tais limites⁽³³⁾.

Esta atuação concreta dos Tribunais terminou por minar as poucas bases de legitimidade que o Poder Normativo da Justiça do Trabalho ainda dispunha junto à classe trabalhadora e mesmo junto à parcela do empresariado, configurando as condições históricas para que, por intermédio da Reforma do Judiciário havida em 2004, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho fosse mitigado e condicionado à anuência da parte contrária, nos processos de dissídio coletivo.

Diante da disciplina normativa estabelecida a reforma sindical somente se operaria mediante Propostas de Emenda Constitucional — PEC.

6. As reformas constitucionais e o dilema na representação sindical

No que respeita ao tema destas reflexões, foi por Emenda Constitucional que se extinguiu a representação classista da Justiça do Trabalho e que, no bojo da chamada *reforma do judiciário* foram impostas restrições ao Poder Normativo da Justiça do Trabalho em 2004.

Antes disso, porém, o Poder Executivo, por intermédio da Mensagem n. 1.330/98, encaminhou ao Congresso Nacional proposta (PEC n. 623/98) visando alterar o disposto nos arts. 8º, 111 e 114 da Constituição de 1988. Em sua exposição de motivos, a mensagem sustentava que: (i) a unicidade sindical imposta por lei não impediu a proliferação de sindicatos, aludindo a mais de 16.000 sindicatos à época, gerando um “caos sindical” com “entidades

(31) BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. § 2º 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. Redação originária, antes da Emenda Constitucional n. 45, de 13.12.2004.

(32) BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 9º 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.

(33) BRASIL. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

autênticas ao lado de milhares de outras, artificialmente criadas, disputando espaço e receita, dificultando a evolução para um modelo de relações de trabalho ajustado à democracia e às exigências da sociedade”; (ii) a CF/88 teria avançado no sentido de ampliar a liberdade sindical, mas mantido a estrutura piramidal formada por confederações e por federações e a contribuição sindical, entendidos como *vícios fundamentais*; (iii) considera necessário “implantar a verdadeira liberdade sindical, tal como concebida na Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho — OIT”⁽³⁴⁾. Verifica-se que tal projeto retomava a discussão havida durante a assembleia nacional constituinte, mas novamente se assistiu à aliança entre dirigentes sindicais vinculados à estrutura sindical tradicional e setores do empresariado, parte dele também integrante da mesma estrutura corporativista patronal e a PEC foi arquivada.

Nova tentativa de expurgar das relações coletivas de trabalho o corporativismo e a unicidade sindicais têm início logo após o início do primeiro governo de esquerda no país, em 2003. Sob a motivação do então Ministro Tarso Genro, realizou-se o Fórum Nacional do Trabalho — FNT que se reuniu para discutir uma série de alterações na Constituição e nas leis. De composição tripartite, com representação de entidades sindicais de trabalhadores e de empregadores e do governo⁽³⁵⁾, o desenho do

novo sistema sindical a ser adotado em nosso país foi transformado em Proposta de Emenda Constitucional que ainda está tramitando no Congresso Nacional, prevendo o fim da unicidade sindical. Tanto é assim, que sua característica mais importante reside na atribuição de representatividade sindical, não mais pela Constituição ou pela lei, mas pela representatividade real das entidades⁽³⁶⁾. Propugnando pelo fim da

Martinez Vargas (Coord.); Marco Antonio de Oliveira; José Francisco Siqueira Neto; Mônica Valente; Ruth Beatriz Vasconcelos Vilela; Sandra Cabral. A bancada dos trabalhadores é composta pelos seguintes membros: Paulo Pereira da Silva (Coord.) Presidente da Força Sindical; Luiz Marinho – Presidente da CUT; Hugo Perez – Secretário de Relações Sindicais da CGT; João Carlos Gonçalves – Secretário-Geral da Força Sindical; Pascoal Carneiro – Diretor Executivo da CUT; Rosane da Silva – Secretária de Política Sindical da CUT. A bancada dos empregadores é composta por: Lúcia Maria Rondon Linhares (Coord.) Confederação Nacional da Indústria, CNI; Magnus Ribas Apostólico – FENABAN; Flávio Roberto Sabbadini – Vice-Presidente da Confederação Nacional do Comércio – CNC; José Pastore – Professor da Universidade de São Paulo – USP – sociólogo especialista em relações de trabalho (indicação conjunta das confederações patronais); Lucimar Coutinho – Instituto de Desenvolvimento, Assistência Técnica e Qualidade em Transporte – IDAQ; Rodolfo Tavares – Vice-Presidente da Confederação Nacional da Agricultura – CNA.

(36) O sistema então proposto previa critérios de aferição da efetiva representatividade das entidades sindicais, de duas formas: por representatividade *comprovada* (pelo percentual de sindicalizados em relação ao conjunto dos representados) ou por representatividade *derivada* (das instâncias superiores às quais o sindicato de base for vinculado) inserindo-se, aí, critérios de aferição de representatividade efetiva das federações, confederações e centrais sindicais. A segunda grande novidade sistêmica consistia na substituição da noção de *categoria profissional* pela noção de *ramo de atividade* como núcleo organizativo fundante do sistema, alterando, substancialmente, a lógica corporativista. A terceira modificação paradigmática, decorrente das anteriores, por ser sistêmica, é o reconhecimento das Centrais Sindicais como interlocutores privilegiados não apenas da concertação social que possibilitaria a implantação do novo sistema, mas de todo o mencionado tripé que estrutura o direito sindical brasileiro. Pela quarta modificação paradigmática, restaria abandonada a noção de necessária unicidade sindical, característica do modelo sindical brasileiro desde os anos 30. Os consensos obtidos no âmbito do Fórum Nacional do Trabalho — FNT possibilitaram esta proposta de construção de um novo sistema com pluralidade nas

(34) Na mesma exposição de motivos que encaminha a PEC n. 623/98, encontravam-se, expressamente, as *premissas* nas quais se sustentava o projeto: (i) liberdade de criação de sindicatos, sem a obrigatoriedade de observância do critério de categorias profissionais ou econômicas, bem como de se associar ou não; (ii) fim do monopólio de representação gerado pela unicidade sindical obrigatória; (iii) suspensão da denominada contribuição confederativa, substituindo-se por contribuição decorrente de assembleia geral; (iv) revisão do poder normativo e da competência da Justiça do Trabalho e (v) previsão de elaboração de lei indispensável à transição do regime de unicidade para o de liberdade sindical (RAMOS FILHO, 1997).

(35) Para fins de registro histórico, excepcionalmente, utiliza-se do recurso da nota de rodapé para informar a composição da comissão de sistematização do Fórum Nacional do Trabalho. Bancada do Governo: Osvaldo

unicidade sindical imposta, se aprovada a PEC, o sistema concebido no âmbito do Fórum Nacional do Trabalho, poderia levar ao estabelecimento de um novo sistema de relações de trabalho aproximando o direito capitalista do trabalho do modelo adotado quase 60 anos antes em países como Alemanha, França e Itália ao final da Segunda Guerra, ou por Espanha e Portugal depois do fim dos regimes autoritários nos anos setenta.

Esta proposta, todavia, fere interesses contraditórios. Por um lado, desagradava setores do empresariado mais ideologicamente comprometidos com o ideário neoliberal e com os métodos pós-fordistas e pós-tayloristas, por potencializar as entidades sindicais como interlocutores sociais. Por outro lado, desagradava dois polos aparentemente antagônicos do sindicalismo brasileiro, aquele representado pelo mandarinato sindical (RAMOS FILHO, 2004) acostumado às regras do sindicalismo corporativista que não admitia a possibilidade de perder o imposto sindical fixado em lei desde a década de 40, e, também, os setores mais ideologizados do movimento sindical brasileiro que não concordavam com o modelo centralizado de negociações por parte das Centrais Sindicais, ciosos de uma autonomia que, na prática, nunca tiveram. De toda sorte, mesmo ausente consenso nem mesmo no movimento sindical obreiro, este projeto seguiu para o Congresso Nacional e ainda pende de deliberação, por intermédio da PEC n. 369 de 2005, sem que se possa, até o momento, prever o desfecho do embate cujo dilema empresta nome a estas reflexões.

Registre-se que, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, o tripé corporativo do direito sindical que já havia sido debilitado pela Emenda Constitucional, que extinguiu os juízes classistas, resta debilitado pela introdução

instâncias superiores com a possibilidade de unicidade ou pluralidade de representação nos sindicatos de base, segundo deliberação dos próprios trabalhadores, e segundo alguns requisitos e pressupostos (RAMOS FILHO, 2004).

da necessidade de “comum acordo” para a tramitação de processos de dissídio coletivo⁽³⁷⁾ e pela introdução de mecanismos que impedem o judiciário trabalhista de interferir indevidamente em casos de movimentos grevistas nos quais não haja risco a interesse público, mesmo em atividades essenciais⁽³⁸⁾ (RAMOS FILHO, 2005-a; RAMOS FILHO, 2005-b). Todavia, a unicidade sindical remanesce, assim como restam mantidos o financiamento público da estrutura sindical (contribuição sindical) e a organização sindical verticalizada em federações e confederações.

Estes elementos corporativos do modelo brasileiro de relações de trabalho, por fim, acabam por criar um bizarro sistema no qual existe a pluralidade sindical nos órgãos de cúpula da estrutura sindical, pelo reconhecimento legal da existência de Centrais Sindicais⁽³⁹⁾, com unicidade sindical na base, onde não se permite a existência de mais de um sindicato por categoria na mesma base territorial, que jamais poderá ser inferior a um município.

7. Considerações finais

As reflexões acima permitem concluir que não corresponde inteiramente à realidade as afirmações no sentido de que “o próprio movimento sindical pretende a manutenção da unicidade sindical” ou de que “a liberdade sindical não

(37) BRASIL. Constituição federal de 1988. Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 2º 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 ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente;

(38) BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

(39) BRASIL. Lei n. 11.648, de 31 de março de 2008. Dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, altera a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

foi adotada no Brasil por não ser esta a vontade do movimento sindical”.

Já em 1934, o movimento sindical mais consciente já havia logrado inscrever constitucionalmente a liberdade sindical que só não se efetivou por força de decreto que restringia a eficácia da norma constitucional. Ainda em 1946, com a rearticulação do movimento dos trabalhadores ao final da ditadura Vargas, as parcelas mais politizadas do sindicalismo aprovaram no Congresso Sindical dos Trabalhadores, contemporâneo da assembleia constituinte então reunida, moções em defesa da liberdade sindical. A solução política então ajustada no texto Constitucional remetia o exercício da liberdade sindical à regulamentação infraconstitucional que terminou por não ocorrer. Pior, ainda antes do início da vigência da nova Carta o Executivo editou Decreto absolutamente restritivo ao exercício do direito de greve, impondo como requisito para sua legalidade a convocação do movimento por parte de entidade reconhecida pelo Estado, ratificando a unicidade sindical.

Do mesmo modo, se é verdade que durante os debates parlamentares que culminaram com a promulgação da Constituição de 1988 uma parcela do sindicalismo resistia às propostas que previam a liberdade sindical, não menos verdade que os setores mais combativos do sindicalismo se opunham frontalmente à unicidade sindical que terminou por constar do texto aprovado.

Como em tantas outras questões polêmicas, o dilema entre liberdade e unicidade sindical não está isento de preconceitos e de contradições. Certo é, contudo, que está longe de ser hegemônica a postura sindical que defende a unicidade sindical, assim como não é pacífica a questão no interior das principais Centrais Sindicais brasileiras, pois em cada uma delas poderão ser encontradas defesas apaixonadas tanto da unicidade como da liberdade sindical.

É de se lamentar que o processo iniciado pelo Fórum Nacional do Trabalho visando a Reforma Sindical não tenha sido concluído

com a apreciação da matéria pelo Congresso Nacional, repetindo-se o argumento tantas vezes utilizado de que “não haveria consenso no movimento sindical”. Inexistia consenso no sindicalismo tanto quanto à extinção dos juízes classistas (EC n. 24/1999) como na questão da virtual extinção do Poder Normativo da Justiça do Trabalho provocado unilateralmente (EC n. 45/2004). Mas não há quem hoje duvide das virtudes de ambas as reformas constitucionais. Do mesmo modo, considerando-se uma perspectiva histórica, dificilmente haverá como construir-se o consenso em relação ao fim da unicidade sindical e, conseqüentemente, do financiamento público da estrutura unitária, se forem considerados apenas os interesses dos dirigentes sindicais. Resta a esperança que a próxima legislatura, a ser eleita em 2010, esteja à altura dos interesses da Nação, e, a exemplo do que ocorre nos países mais desenvolvidos, instaure a liberdade e a autonomia, expurgando da Constituição os resquícios do corporativismo sindical.

8. Referências bibliográficas

- ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos ideológicos de Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- ANTUNES, Ricardo. *Classe operária, sindicatos e partido no Brasil*. São Paulo: Cortez, 1982.
- BAYLOS, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.
- BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964). In: BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 223-249;
- CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Direito corporativo e direito do trabalho*. São Paulo: Livraria Martins, 1940.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito em relação*. Curitiba: Edição do autor, 1983.
- DAL-ROSSO, Sadi. *A jornada de trabalho na sociedade: o castigo de Prometeu*. São Paulo: LTr, 1996.
- DECCA, Edgar Salvadori de. *1930 — o silêncio dos vencidos: memória, história e revolução*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 2004.

- GORENDER, Jacob. *A burguesia brasileira*. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- HALL, Michael. Corporativismo e fascismo: as origens das leis trabalhistas no Brasil. In: ARAÚJO, Angela (Org.). *Do corporativismo ao neoliberalismo: Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra*. São Paulo: Boitempo, 2002.
- JEAMMAUD, Antoine. Les fonctions du droit du travail. In: *Droit capitaliste du Travail*. Grenoble: Maspéro, 1980.
- KOVAL, Boris. *História do proletariado brasileiro: 1857 a 1967*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1982.
- MALHADAS, Júlio Assumpção. *Justiça do trabalho*. Sua história, sua composição, seu funcionamento. São Paulo: LTr, 1997.
- MOURA, José Barros. *A convenção colectiva entre as fontes de direito de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1984.
- PARANHOS, Adalberto. *O roubo da fala: origens da ideologia do trabalhismo no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- PIMPÃO, Hirose. *Estabilidade no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Brasil Editora, 1942.
- RAMOS FILHO, Wilson Ramos. A nova lei de arbitragem e a solução dos conflitos coletivos de trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 61, n. 01, p. 53-64, jan. 1997.
- RAMOS FILHO, Wilson. O Fórum Nacional do Trabalho e o sistema sindical brasileiro: algumas críticas sobre o modelo de solução de conflitos coletivos. In: MACHADO, Sidnei; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coords.). *Reforma trabalhista e sindical: o direito do trabalho em perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 263-316.
- RAMOS FILHO, Wilson (Org.). *Direito coletivo do trabalho*. Curitiba: Genesis, 2005 (2005-a).
- RAMOS FILHO, Wilson (Org.). *Constituição e competência material da justiça do trabalho*. Curitiba: Gênesis, 2005 (2005-b).
- RODRIGUES, Leôncio Martins. *Conflito industrial e sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1966.
- RODRIGUES, Leôncio Martins. *Partidos e sindicatos*. São Paulo: Atica, 1990.
- SUPIOT, Alain. *Le droit du travail*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval; SEGADAS VIANA, José de. *Direito brasileiro do trabalho*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1943.
- VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e sindicato no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1978.
- VIANNA, Marly de Almeida Gomes. *Política e rebelião nos anos 30*. São Paulo: Moderna, 1995.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.

Recuperação judicial — a não aplicação do art. 54 da Lei n. 11.101/05 — prazo para pagamento de crédito trabalhista — suas consequências

Marcelo Papaléo de Souza^(*)

Resumo:

- ▶ Os créditos dos trabalhadores, segundo as previsões da Lei n. 11.101/05, foram incluídos na recuperação judicial ordinária da empresa devedora. O art. 54 da lei referida estabelece que a quitação de tais créditos não ocorra em prazo superior a 1 (um) ano. Portanto, a análise das consequências da não observância do referido artigo é de suma importância.

Palavras-Chave:

- ▶ Recuperação judicial — crédito trabalhista — art. 54 da Lei n. 11.101/05 — consequências da não observância.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A participação do credor trabalhista na recuperação judicial
- ▶ 3. A não consideração do prazo previsto no art. 54 da LRF [1 (um) ano] e as suas consequências
 - ▶ 3.1. Pode a devedora apresentar plano que não respeite o prazo de um ano para pagamento do débito trabalhista?
 - ▶ 3.2. No caso da devedora apresentar plano de recuperação com prazo superior ao admitido pela lei (art. 54 da LRF), podem as partes “aprovar tal situação”
 - ▶ 3.3. Os efeitos e consequências da nulidade da cláusula que prevê o pagamento do passivo trabalhista e indenizações de acidente de trabalho
- ▶ 4. Conclusões
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho na 4ª Região. Mestre em Direito pela PUC/RS. Especialista em Economia e Trabalho pela UNICAMP. Doutorando em Direito pela PUC/SP. Professor em curso de pós-graduação. E-mail: mpplivros@hotmail.com.

1. Introdução

O atual regime jurídico de insolvência, representado pela Lei n. 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência — LRF), apresenta consequências ao Direito e ao Processo do Trabalho, novidade em relação ao revogado (Decreto-lei n. 7.661/45). A submissão do crédito trabalhista à recuperação judicial difere do que ocorria com a concordata de outrora, haja vista que essa somente afetava o crédito quirografário. Atualmente, pela regra geral, devem ser incluídos os créditos existentes na data do pedido da recuperação judicial (art. 49 da LRF). Para o crédito trabalhista, há uma previsão específica, quanto ao prazo do pagamento, diante da previsão do art. 54 da LRF (um ano). O que se verifica em casos submetidos à recuperação judicial é que nem sempre são respeitadas as disposições contidas na LRF — em especial, aos trabalhadores — quanto à previsão da quitação dos créditos desses no prazo de um ano. Assim, há de se apresentar, em que pese de forma sucinta, a análise do ponto em questão.

2. A participação do credor trabalhista na recuperação judicial

Via de regra, estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (art. 49 da LRF), salvo os excluídos nos §§ 3º, 4º e 5º do referido artigo⁽¹⁾. Estão excluídos, também, os credores fiscais, haja vista a determinação da não suspensão da execução, salvo no caso de

parcelamento dos débitos (art. 6º, § 7º da LRF), bem como da necessidade da apresentação de certidões negativas (art. 57 da LRF). Portanto, diante das previsões contidas na LRF, o credor trabalhista está sujeito à recuperação do empresário ou da sociedade empresária. Contudo, de nem todas as formas de recuperação de empresa participa o credor trabalhista, pois não será atingido pelo plano especial de recuperação⁽²⁾, que abrange as microempresas e as empresas de pequeno porte (arts. 70 a 72 da LRF), e nem da recuperação extrajudicial (arts. 161 a 167 da LRF).

A aprovação do plano de recuperação implica a novação dos créditos anteriores ao pedido, obrigando tanto o devedor como os credores (art. 59 da LRF). No caso da convolação em falência, os credores terão reconstituídos os seus direitos e garantias nas condições originariamente contratadas, deduzidos eventuais valores recebidos (art. 61 da LRF).

A regra geral é que as obrigações anteriores à recuperação mantenham as condições contratadas e definidas em lei, salvo se existir alteração com o plano de recuperação judicial (art. 49, § 2º da LRF).

A legislação determina que os credores trabalhistas e os decorrentes de acidente de trabalho, na recuperação judicial, deverão ser pagos até o prazo de 12 meses (art. 54 da LRF). Estabelece, ainda, que, em se tratando de parcela estritamente salarial, no prazo de 30 (trinta) dias, deverá ocorrer o pagamento dos três últimos salários do credor, caso vencidos antes do pedido da recuperação, limitado a cinco salários mínimos (art. 54, parágrafo único da LRF)⁽³⁾.

(1) O art. 49, § 3º da LRF estabelece: “Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais...” § 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. § 5º. Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito (...).

(2) Com relação ao procedimento especial, o entendimento é de que o devedor terá de optar por esse processamento, caso não o faça, será pelo rito ordinário, o que englobaria o credor trabalhista.

(3) A legislação nacional foi acanhada ao determinar o “pronto-pago” trabalhista na forma do art. 54, parágrafo único da LRF. Na legislação argentina, o art. 16 da Lei n. 24.522/95 (LCQ — modificado pela Lei n. 26.086/06) que, no prazo de dez dias do informe do síndico, a respeito da situação dos créditos trabalhistas (art. 14 da LCQ), o juiz do concurso autorizará o pagamento

Portanto, verificamos uma limitação à proposição do devedor na elaboração do plano, quanto ao prazo para pagamento dos trabalhadores, pois a redação do art. 54 da LRF determina que “o plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação”.

3. A não consideração do prazo previsto no art. 54 da LRF [1 (um) ano] e suas consequências

Ressaltamos, de início, que a preocupação maior para o Juiz do Trabalho é a satisfação do crédito do trabalhador de forma célere, ainda que em parte, não importando o fato de a empresa devedora estar em recuperação judicial ou ser falida. A procura da celeridade é obrigação legal prevista na CLT (art. 765) e rege todo o processo trabalhista, tanto na fase de conhecimento quanto na execução. Mencionamos que a satisfação do crédito trabalhista representa a implementação ou concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (art. 7º), que é obrigação do Estado, haja vista diretamente vinculada à dignidade do trabalhador — sua subsistência.

Acreditamos que, nos casos de recuperação judicial, caso fosse respeitado o disposto na

própria Lei n. 11.101/05, art. 54 (prazo de 30 (trinta) dias e 1 (um) ano para pagamento dos débitos trabalhistas), não haveria tanta insurgência dos operadores do Direito do Trabalho, pois nos parece razoável, no caso específico, o pagamento do crédito trabalhista no período referido na lei. Contudo, outra situação que observamos é que muitas empresas utilizam o processo de recuperação somente para postergar sua falência, pois, na audiência ou nos autos, não informam a respeito dos créditos trabalhistas e nem apresentam plano para pagamento de tais créditos. Portanto, constatamos que a contrariedade do Juiz do Trabalho em relação à recuperação judicial e à falência é em decorrência da falta da celeridade necessária à satisfação do crédito de natureza alimentar e do descompromisso dos devedores com o pagamento dos trabalhadores. Fazemos essa referência, pois, nos casos de recuperação na forma prevista na lei, ou seja, observados os requisitos legais (principalmente o art. 54 — pagamento em um ano do débito trabalhista), pouco tem sido objeto de manifestação e insurgência nos juízos trabalhistas, havendo, nesses casos, sim, *a conjunção dos esforços de todos no sentido da continuidade da empresa, ou preservação da atividade, ressaltados no art. 47 da LRF* (grifo nosso).

O caso emblemático nacional é o que envolve a empresa aérea VARIG S.A., empresa que tinha quase oitenta anos de atividade (fundada em 7.5.1927), uma das mais conhecidas e respeitadas internacionalmente, antes da sua recuperação judicial. A situação da VARIG S.A. é diferenciada e fica evidenciada que não foram respeitadas várias regras da Lei n. 11.101/05, principalmente, relacionados aos trabalhadores. Nesse caso específico, o pagamento dos créditos dos trabalhadores estava previsto para o prazo de 10 (dez) anos⁽⁴⁾, e não

(“pronto-pago”) das remunerações devidas ao trabalhador, as indenizações por acidentes ou enfermidades, conforme disposto em várias previsões legais. Na legislação espanhola, há o instituto do FOGASA, ou *Fondo de Garantía Salarial*, que dá proteção aos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empresário. O fundo paga importância não superior à resultante da multiplicação do dobro do salário mínimo “interprofissional” diário pelo número de dias de salário pendente, com o máximo de 120 dias. Na legislação portuguesa (Lei n. 35, de 29 de julho de 2004), a partir do art. 316, há a referência do Fundo de Garantia Salarial que assegura (art. 317), em caso de descumprimento do empregador, o pagamento de créditos ao trabalhador decorrentes do contrato de trabalho, no caso de declarada a insolvência (art. 318). O fundo assegura o pagamento do equivalente a seis meses de retribuição mínima mensal garantida (salário mínimo nacional — art. 320). O fundo sub-roga-se pelo pagamento efetuado (art. 322).

(4) Pela proposta aprovada na Assembleia Geral de 17.6.2006, foi aprovada a emissão de debêntures para a classe I, valor de face — R\$ 50 milhões, vencimento 10 anos, juros R\$ 4,2 milhões, total nominal R\$ 92 milhões, conversível em 5% do capital votante do arrematante. O “caso VARIG” pode ser analisado, também, sob o

um ano, como determinado no art. 54 da LRF. Era fácil de constatar os esforços do juízo da recuperação e dos trabalhadores no sentido da aprovação do plano, mesmo que desvantajoso para esses últimos, haja vista a perspectiva de retomada das atividades da empresa que ajudaram a construir. Contudo, tais esperanças não se concretizaram. Essa situação tem conduzido a vários julgados que, de forma genérica, têm estabelecido a sucessão da responsabilidade no caso de recuperação judicial.

Indagamos: a) Pode a devedora apresentar plano que não respeite o prazo de um ano para pagamento do débito trabalhista? b) Sendo apresentado, podem as partes “aprovar tal estipulação” na assembleia geral de credores? c) Quais seus efeitos?

3.1. Pode a devedora apresentar plano que não respeite o prazo de um ano para pagamento do débito trabalhista?

Inicialmente, sustentamos que não pode a devedor apresentar o plano de recuperação com prazo superior ao estipulado no art. 54 da LRF, pois a norma é impositiva. Art. 54 da LRF: “O plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação”.

Referimos a opinião de Sergio Campinho⁽⁵⁾, no sentido de: “É condição de validade do plano, estando a questão afeta ao controle judicial de sua legalidade, o respeito ao limite temporal, estabelecido no art. 54, para que se pague os créditos de natureza trabalhista. Dispõe o

enfoque da alienação de “filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor”, conforme disposto no art. 60 da LRF, sendo que, no caso específico, foi praticamente todo o seu patrimônio, ficando a devedora, em recuperação judicial, apenas com uma rota, que não foi implementada até hoje.

(5) CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 161.

mentionado preceito que não poderá ser contemplado ‘prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho até a data do pedido de recuperação judicial’. Não é permitido, ainda, prever prazo superior a trinta dias para a quitação, até o limite de cinco salários mínimos por empregado, dos créditos com natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial”. José da Silva Pacheco⁽⁶⁾ menciona que: “Em nenhuma hipótese, poderá o plano de recuperação judicial prever: a) prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos trabalhistas ou derivados de acidente de trabalho, vencidos até a data do ajuizamento do pedido de recuperação judicial; b) prazo superior a trinta dias para o pagamento dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos três meses anteriores ao pedido de recuperação judicial, dentro do limite de cinco salários mínimos a cada um desses trabalhadores. O legislador preferiu usar a forma negativa para enunciar a regra. Dela resulta, afirmativamente, que os empregados da empresa devedora que tenham créditos vencidos até a data do pedido de recuperação devem ser pagos no prazo máximo de um ano. Relativamente ao crédito trabalhista de natureza salarial, vencido no trimestre anterior ao pedido de recuperação, o pagamento deve ser feito dentro do prazo de 30 dias, observado o limite de cinco salários mínimos por trabalhador”. Já Luiz Inácio Vigil Neto⁽⁷⁾ argumenta que “em relação às

(6) PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2007. p. 156.

(7) VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 168. E complementa o doutrinador: “Essas cláusulas estão previstas no art. 54: 1. o plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para o pagamento dos créditos trabalhistas (art. 54, caput): diferentemente da fórmula anteriormente apresentada, a transgressão do enunciado, a partir da apresentação desta proposta em cláusula de plano recuperatório, implica a sua nulidade jurídica e a rejeição de ofício pelo magistrado, mesmo que os empregados estivessem

condições de validade, prevista no art. 54, *caput* e parágrafo único, a transgressão do enunciado traz maiores consequências no plano jurídico. O enunciado dos dispositivos do art. 54 tem outra configuração. Parte da afirmação de que o devedor *não poderá* propor a cláusula, e se a propuser, o juiz não poderá aceitá-la, pois fere norma cogente, de interesse público, mesmo que os interessados estiverem dispostos a com ela concordar”.

Dessa forma, tendo a devedora apresentado plano com período superior ao estipulado na LRF para o pagamento do passivo trabalhista e decorrente das indenizações de acidente de trabalho, deve ser considerada inválida tal estipulação⁽⁸⁾.

3.2. No caso da devedora apresentar plano de recuperação com o prazo superior ao admitido pela lei (art. 54 da LRF), podem as partes “aprovar tal situação”

Segundo o previsto na Lei de Recuperação e Falência (LRF), a deliberação para aprovação

dispostos a aceitá-la, uma vez que se trata de norma cogente; 2. o plano não poderá prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento dos créditos eminentemente salariais vencidos nos últimos 3 (três) meses e não superiores a 5 (cinco) salários mínimos por credor (art. 54, parágrafo único): o mesmo deverá ser aplicado para a restrição contida no parágrafo único do art. 54, com a diferença de que neste dispositivo legal são tratados apenas os créditos salariais vencidos nos últimos três meses anteriores ao pedido e não superiores a cinco salários mínimos por empregado, que deverão ser honrados pelo devedor em até trinta dias contados da aprovação do plano” (p. 168).

- (8) Corroborando com nosso entendimento, decisão do TJSP, Rel. Des. Boris Kauffmann, AI n. 455.993-4/9-00, sendo que, na fundamentação, assim foi apresentado: “salvo a exigência de previsão do prazo para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente do trabalho vencidos até a data do pedido, e para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial, vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido, ou se o plano envolve alguma alteração dedada por lei, a função do magistrado estará limitada à verificação da regularidade da aprovação do plano de recuperação judicial, tenha ela se dado na forma do art. 45 do novo diploma, ou na do seu art. 58, § 1º. (...)”

do plano apresentado pelo devedor, caso haja impugnação pelos credores (art. 55), será realizada na assembleia geral de credores (art. 56). Na assembleia geral, que será constituída por três classes: I – titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II – titulares de créditos com garantia real; III – titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinado (art. 41), terá de haver a aprovação de todas as classes, na forma do art. 45. Poderá, ainda, o juiz, mesmo não tendo sido aprovado por todas as classes na assembleia, conceder a recuperação judicial na forma do art. 58, § 1º. Com a aprovação do plano, segundo a LRF, ocorrerá a novação dos créditos submetidos (anteriores ao pedido), sendo que, no caso da convalidação da recuperação em falência, serão reconstituídos os direitos e as garantias dos credores nas condições originalmente contratadas (art. 61, parágrafo 2º).

Referimos, pela argumentação, que não é aceita a autonomia da vontade em relação à disponibilidade do direito do trabalhador como regra geral. Ressaltamos o referido por Maurício Godinho Delgado no sentido de “que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento. Essa conduta normativa realiza, no plano concreto da relação de emprego, a um só tempo, tanto o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, como o princípio da imperatividade da legislação do trabalho”⁽⁹⁾.

Portanto, de nada adiantaria o Estado estabelecer normas de proteção ao empregado, parte mais fraca do ajuste, caso fosse aceita a disponibilidade das mesmas, em face da suposta autonomia da vontade dos contratantes, através da renúncia ou transação.

Para a análise do disposto no art. 54 da LRF, diante da disposição tão clara (art. 54 da LRF: “O

(9) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 212.

plano não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho...) e do previsto no art. 166 do Código Civil, não poderá ser considerada válida tal estipulação, mesmo tendo sido aprovada pela assembleia geral.

Bem refere Marcos Bernardes de Mello⁽¹⁰⁾ quando ensina que: “a) a existência, validade e eficácia são três situações distintas por que podem passar os fatos jurídicos e, portanto, não é possível tratá-las como se fossem iguais; b) o elemento existência é a base de que dependem os outros elementos”. Continua o autor, analisando o plano da existência⁽¹¹⁾: “Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. (...) No plano da existência não se cogita a invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência”. Quanto ao plano da validade, ressalta que “somente têm passagem os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, por serem os únicos sujeitos à apreciação da validade”, e, no plano da eficácia, “são admitidos e podem produzir efeitos todos os fatos jurídicos *lato sensu*, inclusive os anuláveis e os ilícitos; os nulos, quando a lei, expressamente, lhes atribui algum efeito”⁽¹²⁾.

No plano da validade, o fato jurídico pode ser considerado válido, nulo ou anulável. Relata Bernardes de Mello que: “a natureza imputacional das normas jurídicas põe o direito no plano do dever-ser, num *plano de validez*, no plano do ser, da *causalidade natural*, como vimos. Por isso, diferentemente do que acontece com as leis da causalidade natural, em que os fenômenos nelas *descritos* não podem se realizar de modo diferente do previsto, sob pena de

serem consideradas *falsas*, as leis (normas) jurídicas podem sofrer violações sem que isso afete a sua *validade* (no sentido da vigência). Como consequência dessa possibilidade, o Direito necessita preservar a integridade de suas normas, o que faz repelindo, por meio de sanções, as condutas que as infringem, as contrariam. Essas sanções variam em intensidade na ordem direta da gravidade da violação. (...) Essa atribuição de validade, no entanto, implica a necessidade de que os requisitos prescritos para o modelo jurídico sejam atendidos por aqueles que dele se utilizam. Se as normas sobre conteúdo, a forma e os outros requisitos traçados para o ato jurídico são desatendidos, o Direito o repele, negando-lhe validade jurídica, do que decorre torná-lo inútil para as finalidades práticas pretendidas pelos que o realizam. (...) A invalidade, seja nulidade ou anulabilidade, tem, portanto, caráter de sanção com a qual se punem condutas que violam certas normas jurídicas, porque lhe é próprio o mesmo fundamento lógico comum às demais sanções: repelir as infrações às normas, assegurando a integridade da vigência do sistema jurídico”⁽¹³⁾.

A condição primeira da validade do negócio jurídico é não ser contrário à norma cogente, impositiva ou proibitiva (art. 166 do Código Civil). No referido artigo, há menção da nulidade do negócio jurídico quando: I) celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II) for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV) não revestir a forma prescrita em lei; V) for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI) tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem qualquer cominação. Portanto, a validade do negócio jurídico⁽¹⁴⁾ requer a observância do art. 104

(10) MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 99.

(11) *Ibidem*, p. 99.

(12) *Ibidem*, p. 104.

(13) MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6-7.

(14) Marcos Bernardes de Mello (*op. cit.*, p. 20) ressalta que os pressupostos de validade podem ser classificados

(agente capaz; objeto lícito, possível, determinado e determinável; forma prescrita ou não defesa em lei); do art. 122, primeira parte (moralidade do objeto); do art. 166, VI (compatibilidade com a norma jurídica cogente), bem como inexistência dos vícios referidos no art. 171, todos do Código Civil.

Analisado o disposto no art. 54 da LRF (“O plano de recuperação *não poderá prever* prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação” (grifo nosso), observamos que a determinação legal é explícita, não necessitando de qualquer outra interpretação que não o atendimento da mesma. Facilmente, pois, podemos concluir que a inobservância da regra referida invalida o negócio jurídico, haja vista ser norma cogente. Assim, o desrespeito à norma cogente⁽¹⁵⁾ implicará a invalidade (art. 166 do Código Civil) da cláusula que estipula o prazo superior a um ano para o pagamento do passivo trabalhista e de indenizações de acidente de trabalho. Tal situação não acarreta a nulidade de todo o plano da recuperação judicial, mas somente dessa estipulação (art. 184 do Código Civil). A nulidade de que estamos tratando pode ser alegada de ofício pelo juiz (art. 168, parágrafo único do Código Civil), pois trata-se de nulidade de *pleno iure*, ou seja, envolve o descumprimento de regra de interesse público.

Ademais, a renúncia do trabalhador deve ser sempre analisada com muito cuidado, haja vista que, na situação de aprovar o plano com

em três categorias: a) sujeito; b) objeto; c) forma da exteriorização da vontade.

- (15) Marcos Bernardes de Mello (*Teoria do fato jurídico*: plano da validade. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 102) ressalta: “Somente as normas jurídicas proibitivas ou impositivas de resultado, ou seja, aquelas normas jurídicas que têm por específico escopo impedir que certo objeto seja alcançado ou impor um determinado fim, é que podem ser fraudadas. Desde que o resultado (= fim), positivo ou negativo, visado pela lei, seja identificável, é possível falar-se em norma jurídica fraudável”.

“qualquer cláusula”, mesmo que desfavorável ao seu direito e continuar na empresa ou ver-se na situação de desempregado, preferirá sempre a primeira hipótese. O que deve ser ressaltado é que não é propalada a superproteção ao trabalhador, mas, sim, que se o crédito trabalhista foi incluído na recuperação da empresa, em que pese outras, principalmente de instituições financeiras foram excluídas (art. 49, §§ 3º ao 5º da LRF), deve ser observado o disposto na lei para o seu pagamento.

3.3. Os efeitos e consequências da nulidade da cláusula que prevê o pagamento do passivo trabalhista e indenizações de acidente de trabalho

No juízo da recuperação, verificado pelo Juiz, pelo Ministério Público (art. 52, V, da LRF), ou pelos credores, compete a esses a invocação da nulidade, podendo ser na Assembleia Geral de Credores (alteração do plano — art. 56, § 3º da LRF) para a observância da regra não respeitada pelo devedor. Contudo, já tendo sido aprovado o plano, caberá aos credores trabalhistas invocar a nulidade da cláusula (no juízo da recuperação — art. 59, § 2º da LRF). Poderá, ainda, ser analisada a eficácia de tal previsão no juízo trabalhista, mas, para tanto, teremos de envolver a questão da competência.

Há uma grande discussão referente à competência do juízo para verificação das consequências da recuperação judicial em face dos trabalhadores.

Como já referido, a jurisdição consiste no poder de atuar o Direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo os conflitos de interesses e, dessa forma, resguardando a ordem jurídica e a autoridade da lei. Sendo ato de soberania, a jurisdição é una e indivisível, ou seja, o exercício da jurisdição entre os órgãos do Poder Judiciário sempre é o mesmo, sob o enfoque dos seus objetivos. No entanto, por motivos de ordem prática, encarregaram-se determinados órgãos estatais do seu exercício

de acordo com a competência definida na Constituição Federal. A competência especial é exercida por órgãos que visam a solução de conflitos de determinada natureza (ramos específicos do Direito material), tais como trabalhista, militar e eleitoral (arts. 111 e seguintes, 118 e seguintes e 122 e seguintes da Constituição). Os demais conflitos são solucionados, por exclusão, pela denominada jurisdição comum ou ordinária. Ressalta-se, ainda, que o critério adotado é o da natureza da lide a ser apreciada.

A competência significa a quantidade de exercício de jurisdição atribuída a cada órgão ou grupo de órgãos, conforme a lição de Liebman⁽¹⁶⁾. A norma legal determina os limites dos órgãos jurisdicionais, excluindo os demais da apreciação da lide. A competência está distribuída *ex ratione materiae*, *ex ratione personae* e *ex ratione loci*.

A competência da Justiça do Trabalho está disciplinada na Constituição Federal, art. 114, e estabelece a apreciação dos conflitos decorrentes da relação de trabalho. Com a alteração do art. 114 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 8.12.2004, ficou mais ressaltado que nem todo o conflito da competência da Justiça do Trabalho decorre, necessariamente, do contrato de emprego, tendo competência para os litígios resultantes do contrato de emprego, ou seja, entre empregados e empregadores, da relação de trabalho, das greves; dos conflitos intersindicais, dos relativos às penalidades administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização e dos referentes às contribuições previdenciárias, em face das sentenças que proferir.

A análise da matéria relacionada aos trabalhadores, envolvendo o disposto nos arts. 10 e 448 da CLT, tratando da sucessão da responsabilidade do devedor (em recuperação ou falido) é da Justiça do Trabalho. A competência é relacionada à matéria envolvida (prevista no art. 114 da Constituição Federal), ou seja, litígio

do trabalhador com o seu empregador (atual ou antigo) e os adquirentes do patrimônio desse, mesmo que a transferência ocorrida tenha sido em decorrência da recuperação judicial ou falência. Fazemos, contudo, uma ressalva, pois entendemos que não cabe ao Juiz do Trabalho inviabilizar todas as recuperações judiciais existentes. Deverá ser observado o parâmetro legal, ou seja, art. 54 da LRF e, no caso da observância desse, aguardar o cumprimento do ajustado no plano aprovado. No entanto, observado o desrespeito à norma legal (cogente — art. 54 da LRF), cabe ao Juiz do Trabalho analisar as consequências da alienação do patrimônio do devedor em face da contrariedade das regras dos arts. 10 e 448 da CLT, com os arts. 60 e 141 da LRF.

Socorremo-nos, novamente, aos ensinamentos de Marcos Bernardes de Mello⁽¹⁷⁾, quando refere que nem sempre o ato jurídico nulo não produz efeitos, que “afora essas excepcionais situações, o ato jurídico nulo é sempre ineficaz. A ‘eficácia’ que ele apresenta é apenas aparente. Passa-se no mundo dos fatos, não no mundo do Direito. (...) Ato jurídico nulo não produz eficácia jurídica, salvo em casos especiais (...). Como direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções são consequências de fato jurídico perfeito, em havendo nulidade, não se produz tais efeitos. Por isso, o cumprimento pelos figurantes de obrigações, sabendo nulo o ato, dá-se no mundo fático e não, no mundo jurídico, porque nesse nenhum efeito existe. A confirmação de obrigações nessas espécies é confirmação de dado inexistente”.

Portanto, mesmo com a aprovação do plano, diante de uma cláusula nula, pois existe violação expressa de previsão legal (art. 54 da LRF), não se configura conflito de competência entre os juízos da recuperação e o trabalhista, haja vista que tal cláusula não tem eficácia (jurídica) em

(16) *Apud* CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria...*, p. 229.

(17) MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 231-232.

relação aos trabalhadores. Assim, existindo cláusula nula, essa deve ser assim declarada, de ofício ou a requerimento dos interessados (art. 168 do Código Civil), sendo que o efeito é como se não houvesse previsão em relação ao pagamento aos trabalhadores e indenização decorrentes de acidente de trabalho, prosseguindo a execução normalmente (art. 6º, § 5º da LRF).

4. Conclusão

Diante dos argumentos apresentados no presente estudo, verificamos que as dúvidas não são de fácil solução, remetendo ao intérprete a necessária integração das disposições contidas em regramentos distintos para melhor alcançar os objetivos pretendidos na Constituição Federal, que é o da implementação dos Direitos Fundamentais.

Dessa forma, concluindo, adotamos as seguintes posições: 1) a observância das regras contidas na Lei de Recuperação e Falência (Lei n. 11.101/05), em relação ao trabalhador, deve ser integral; 2) os valores devidos aos trabalhadores devem ser quitados na forma do art. 54 da LRF, ou seja, no prazo de 30 (trinta) dias e 1 (um) ano; 3) o Juiz do Trabalho deverá observar o cumprimento do art. 54 da LRF; 4) no caso do desrespeito à regra do art. 54 da LRF, a cláusula contida no plano aprovado deverá ser declarada nula, de ofício ou por provocação dos interessados (art. 168 do Código Civil), não produzindo efeito; 5) existindo cláusula nula, é da competência da Justiça do Trabalho a apreciação, em razão da matéria envolvida — a responsabilidade do adquirente do patrimônio do devedor (art. 448 da CLT).

A pretensão do estudo é de conduzir os leitores à reflexão necessária da matéria, sem o esgotamento das dúvidas e discussões, pois a

diversidade conduz sempre a situações novas e à evolução do próprio estudo.

5. Referências bibliográficas

- CAMPINHO, Sérgio. *Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Comentários à nova lei de falência e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Alterações contratuais trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2000.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MORAES FILHO, Evaristo. *Estudos de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1971.
- _____. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. II.
- PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2007.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. v. I.
- VIGIL NETO, Luiz Inácio. *Teoria falimentar e regimes recuperatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.
- SOUZA, Marcelo Papaléo. *A lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

Proteção coletiva aos direitos trabalhistas

Adriana Campos de Souza Freire Pimenta^(*)

Resumo:

- ▶ A massificação de conflitos importa em demandas repetidas e que, muitas vezes, poderiam ser solucionadas de forma global, através das genericamente denominadas ações coletivas, que visam tutelar os direitos difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos. Em tais casos, lides de caráter metaindividual são solucionadas de uma só vez, desestimulando o descumprimento da lei e satisfazendo à sociedade de forma mais célere e eficaz, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-Chave:

- ▶ Lesões estruturais — tutela metaindividual — efetividade — razoável duração do processo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Processo do trabalho
- ▶ 3. Tutela metaindividual
- ▶ 4. Tutela metaindividual e os conflitos trabalhistas
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Quando os direitos fundamentais dos trabalhadores não são cumpridos espontaneamente, cabe a uma Justiça Federal Especial (a Justiça do Trabalho), por mister constitucional, o poder-dever de julgar as “ações oriundas das relações de trabalho” (art. 114, *caput*, CF/88).

Contudo, referido ramo do Poder Judiciário, da mesma forma que os demais, vem passando

por uma fase de adaptação diante do aumento de demandas e da necessidade de se dar uma resposta rápida à sociedade, assegurando a esta uma “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, CF/88, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 45/2004).

Essa massificação de conflitos importa em demandas repetidas, muitas vezes por infratores contumazes e que, em alguns casos, poderiam ser solucionadas de forma global, através das genericamente denominadas ações coletivas, estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor e legislação esparsa (com destaque

(*) Juíza do Trabalho Titular da 4ª Vara do Trabalho de Coronel Fabriciano/MG. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.

para a Lei n. 7.347/85 disciplinadora da ação civil pública), que visam tutelar os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e/ou individuais homogêneos e de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho.

Em tais casos, várias lides de caráter meta-individual que não podem adequadamente ser objeto de reclamações trabalhistas individuais (em se tratando de direitos difusos e coletivos) ou se transformariam em dezenas (e até centenas) de demandas individuais de objeto idêntico (no caso de direitos individuais homogêneos) são solucionadas de uma só vez, desestimulando o descumprimento da lei e satisfazendo à sociedade de forma mais célere e eficaz, tendo em vista os maiores alcance e efetividade das decisões nelas proferidas.

Este é o tema que passaremos a tratar neste artigo, onde também destacaremos o papel do Ministério do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e dos sindicatos; destacando que a atuação extraprocessual dos mesmos, muitas vezes, importa na solução do conflito (inclusive o metaindividual) sem que seja necessário o ajuizamento de uma ação judicial.

2. Processo do trabalho

A norma processual tem por escopo fundamental possibilitar a concretização do direito material.

Em relação ao Direito e ao Processo do Trabalho, igualmente dotados de indiscutível autonomia, a finalidade de ambos converge no sentido de se garantir ao trabalhador, via de regra hipossuficiente, o recebimento de seus créditos, de evidente natureza alimentar e, em razão disso, os métodos de interpretação utilizados em sede de Processo Comum nem sempre são suficientes, por si só, para se atingir essa finalidade.

Merece ser ressaltado também que a aplicação subsidiária Processo Civil na solução de lides trabalhistas exige compatibilidade entre a norma-regra do Processo Civil que se utiliza e os princípios e peculiaridades do Processo do Trabalho, a teor do art. 769 da CLT.

E, ainda, que o intérprete do Direito Processual do Trabalho deve se basear nos princípios norteadores do ramo que está a aplicar, vez que, ao falarmos de princípios, estamos tratando de normas, que vinculam não só o intérprete, bem como o legislador, que fica impedido de editar regras que venham a contrariar referidos princípios.

Norma é um gênero do qual são espécies regras e princípios, consoante a melhor doutrina pós-positivista,⁽¹⁾ segundo a qual “as normas que compõem o ordenamento positivo podem assumir duas configurações básicas: regras (ou disposições) e princípios”,⁽²⁾ como pondera ainda Daniel Sarmento, acrescentando que “parece estar superada a concepção que negava força normativa aos princípios, em razão do seu caráter fluido e indeterminado”.

Luís Roberto Barroso, superando a distinção entre norma e princípio, aponta a maior

(1) “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. (...)”

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnava o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivismo, as nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) In: *Revista de Direito Processual Geral* (54), Rio de Janeiro, 2001, p. 64-65).

(2) SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 42.

especificidade das normas-regra em relação às normas-princípio, embora ambos sejam NORMAS, como já ponderamos:

É importante assinalar, logo de início, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Através da análise supra, o autor demonstra como, historicamente, os princípios passaram a integrar os textos constitucionais, importando em verdades fundantes de um ordenamento jurídico, igualmente importantes em relação às normas-regras ou até mais que estas, na medida em que contrariar um princípio importa, muitas vezes, em contrariar todo um conjunto de valores normativos escolhidos por um povo.

O Processo do Trabalho, como já ponderamos, tem suas especificidades (normas-regra e normas-princípio próprios): a norma processual coletista é célere, concentrada, enfatizando sempre a oralidade e a informalidade, bem como a efetividade; valendo destacarmos, à guisa de exemplo, o poder-dever do Juiz de primeiro grau de iniciar, de ofício, a execução, conforme determina o art. 878 da CLT.

Impende ressaltarmos que o Processo do Trabalho sempre foi um processo de vanguarda,⁽³⁾

(3) O Dissídio Coletivo, que com o processo coletivo não se confunde, já representou uma importante especificidade do Processo do Trabalho, onde normas jurídicas são criadas e/ou interpretadas para toda uma categoria profissional. *Vide*, a propósito, arts. 856 e seguintes da CLT e 114 da Constituição Federal de 1988. Também merece destacarmos.

tanto é que a legislação comum, nas recentes reformas por que passou,⁽⁴⁾ tem buscado assemelhar-se a ele, enfatizando institutos como o da conciliação, emblemático em sede de Direito e Processo do Trabalho.

Porém, com a massificação de conflitos já mencionada, nem a celeridade do Processo do Trabalho foi suficiente.

Isso acabou por permitir o desenvolvimento de instrumentos que buscavam a solução “molecular”⁽⁵⁾ dos conflitos individuais repetitivos e essencialmente idênticos entre si, instrumentos estes plenamente compatíveis com o Processo do Trabalho, nos termos do art. 769 da CLT, como procuraremos demonstrar neste trabalho.

3. Tutela metaindividual

Em sede de processo coletivo (ações civis públicas, substituição processual sindical, *v. g.*), muitas vezes, parece que os princípios da segurança jurídica e o da efetividade dos direitos se chocam, na medida em que o Julgador, numa só decisão, e onde os autores da ação não são os titulares do direito material, resolve uma série de possíveis ou efetivos conflitos.

Em que pese a importância de ambas as normas-princípio constitucionais, o direito individual de ação (e a consequente segurança jurídica) e a efetividade da norma de direito material (e a celeridade processual daí decorrente), esta última deve ser sempre privilegiada.

Luís Roberto Barroso ensina que a técnica da ponderação socorre o aplicador do direito nos momentos em que está ele diante da difícil decisão entre dois princípios constitucionais que, aparentemente, se chocam:

(4) Lei n. 8.952/94 e as que se seguiram a ela.

(5) Expressão utilizada por Kazuo Watanabe, no artigo Da defesa do consumidor em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio Herman de; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo (Coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 706-762.

Enquanto as normas são aplicadas na plenitude de sua força normativa — ou, então, são violadas — os princípios são ponderados. A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular outro sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (v. *infra*) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.”⁽⁶⁾

Aqui, interpretação é fundamental, a fim de se assegurar à norma todo o seu potencial, no mundo dos fatos.

Transpondo as ideias supra para o Direito Processual, a opção pela efetividade foi buscada a partir do chamado PROCESSO COLETIVO, inicialmente desenvolvido nas relações de consumo.

Tem ele um paradigma diferente: por mais importante que seja o acesso ao Poder Judiciário, ele sozinho não é suficiente, na medida em que deve ser pleno, o que somente ocorrerá se as demandas chegarem a uma solução definitiva, num prazo razoável e garantindo a efetividade do direito material.

O interesse tutelável aqui é METAINDIVIDUAL, numa perspectiva de solução conjunta

de conflitos que interessam à sociedade como um todo, a uma categoria ou a um número expressivo de indivíduos, conforme se trate de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

O processo coletivo desenvolveu-se de forma mais acelerada a partir das relações de consumo, sendo de se destacar o Código do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990).⁽⁷⁾

Essa mudança de perspectiva se dá em razão do crescimento da população, da variedade e sofisticação de seus novos interesses e dos interesses dos grupos em que estão inseridos e da consequente multiplicação de demandas, buscando resolver o conflito em seu cerne e evitando o surgimento de outros semelhantes.

José Carlos Barbosa Moreira⁽⁸⁾ pondera que “a facilitação da ação coletiva pode constituir um fator de correção ou pelo menos de atenuação de certa desigualdade substancial das partes”.

O Código de Defesa do Consumidor — Lei n. 8.078/90 — em seu Título III, trata da “Defesa do Consumidor em Juízo”, sendo que o art. 81, parágrafo único, constante de referido Título III conceitua os interesses (ou direitos) difusos, coletivos e individuais homogêneos, objeto central do processo coletivo:

(7) Contudo, as ações coletivas, denominação genérica daquelas em que se busca essa tutela metaindividual, estão presentes em nosso ordenamento jurídico há mais tempo. A Ação Popular, que foi regulamentada pela Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965, já garantia a qualquer cidadão o direito de pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. Também havia a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 que tratava da Ação Civil Pública. O uso de tal instrumento, porém, tornou-se mais difundido após 1988, não só em razão da referida Constituição da República veicular normas-princípio e normas-regra voltadas para a efetivação dos direitos, mas em face das prerrogativas conferidas ao Ministério Público (arts. 127 e 129, CF/88), que vem utilizando intensamente a referida ação civil pública. Outro exemplo de ação coletiva no texto Constitucional é o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX da Constituição Federal).

(8) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: *Revista de Processo*, n. 61, ano 16, p. 199, jan./mar. 1991.

(6) BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) In: *Revista de Direito Processual Geral* (54), Rio de Janeiro, 2001, p. 68.

“Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

Por sua vez, o art. 21 da Lei n. 7.437/85 dispõe:

“Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

Assim, temos a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 81 da Lei n. 8.078/90) como regulamentadores do processo coletivo, processo este que deve ser entendido como meio através do qual poderão ser efetivamente tutelados esses direitos (ou interesses) genericamente denominados metaindividuais.

A propósito, o Código de Defesa do Consumidor, claramente, tratou de igual forma direito e interesse, sendo que o último na medida em que esteja, de fato, juridicamente protegido, assumiria o *status* de direito.

Gregório Assagra de Almeida⁽⁹⁾ pondera que o legislador optou pela teoria intermediária, entre a clássica (que somente se vale da terminologia direito quando a titularidade pertence a sujeito determinável, o que não seria o caso dos interesses difusos e coletivos) e a revisionista que propõe seja reconhecida a categoria de direitos subjetivos transindividuais.

(9) ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 49-50.

Embora o art. 81, retromencionado, bem delimite as características de cada interesse — difuso, coletivo e individual homogêneo —, academicamente, são feitas várias especulações acerca dos mesmos.

Carlos Henrique Bezerra Leite⁽¹⁰⁾ afirma: “o objeto dos interesses coletivos, a exemplo do que se dá com o dos interesses difusos, é indivisível, mas os seus titulares, embora tratados coletivamente, são determináveis, ou seja, são passíveis de identificação, uma vez que se encontram vinculados, entre si ou com a parte contrária, por meio de uma relação jurídica base” e nos difusos não são.

No que tange aos direitos individuais homogêneos, têm uma origem comum e “são sempre divisíveis, pois as reparações decorrentes da lesão (ou lesões) sofrida pelos seus titulares são apuradas ou apuráveis individualmente; enquanto os interesses coletivos *strictu sensu*, é dizer, os interesses da categoria, classe ou grupo são sempre indivisíveis,” acrescenta o autor retromencionado.⁽¹¹⁾

José Carlos Barbosa Moreira⁽¹²⁾ divide os litígios em essencialmente coletivos e acidentalmente coletivos.

Os primeiros caracterizam-se, do ponto de vista subjetivo, por “um número indeterminado e, pelo menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos” e do ponto de vista objetivo “distinguem-se porque o seu objeto é indivisível”, sendo “impossível satisfazer o direito ou o

(10) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual e legitimação do Ministério Público*. ob. cit., p. 54-60.

(11) Impende ressaltarmos que, na prática, um mesmo fato pode importar em violação a direitos coletivos, individuais homogêneos e até difusos. O meio ambiente, por exemplo: uma prática poluidora de uma fábrica que atinja o local em que se localiza a mesma, importaria em ofensa a direito difuso; a sujeição de todos os empregados a agente poluidor nocivo à saúde, sem o fornecimento de equipamentos de proteção individual, violaria direito coletivo do conjunto dos empregados e individual homogêneo de cada um deles.

(12) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ob. cit., p. 187-188.

interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa.” Exemplifica com o meio-ambiente e o patrimônio histórico.

Quanto aos acidentalmente coletivos, vale-se de um exemplo — número elevado de pessoas vítimas de prejuízo em decorrência de uma fraude financeira — para concluir que “nada impede que os conflitos de interesses relacionados com cada uma das pessoas prejudicadas possam ser objeto de apreciação isolada, individual, em princípio, nada obsta a isso; mas, por vezes, acontece que o fenômeno tem dimensões diferentes quando olhado pelo prisma individual e quando olhado por um prisma global.”

Parte da doutrina avança ainda mais nessa argumentação exigindo para a caracterização dos direitos individuais como homogêneos que as questões coletivas predominem sobre as individuais, sob pena de não se poder fazer uso das ações coletivas.

Ada Pellegrini Grinover⁽¹³⁾ entende que, caso não prevaleçam as questões coletivas sobre as individuais, não estaríamos diante de direitos individuais homogêneos e restaria configurada a impossibilidade jurídica do pedido, na ação coletiva ajuizada, *in verbis*:

Inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, no meu sentir os direitos serão heterogêneos, ainda que tenham origem comum. Em tese, pode-se afirmar, até, que essa origem comum (ou causa) será remota e não próxima.

Nesse caso, não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não deverá ser admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido.

Como é sabido, a possibilidade jurídica caracteriza-se pela previsão, no ordenamento, da tutela jurisdicional para o pedido eu se

formula. Se a tutela jurisdicional dos direitos individuais, a título coletivo, está circunscrita, no sistema brasileiro, aos direitos homogêneos, a falta dessa característica deve levar à inadmissibilidade da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos. Sendo os direitos heterogêneos, haverá impossibilidade jurídica do pedido de tutela coletiva.

Patrícia Miranda Pizzol⁽¹⁴⁾ posiciona-se de forma diametralmente oposta a tal diferenciação, ponderando que:

Ainda que as questões individuais predominem sobre as comuns, a ação coletiva é importante (útil) para a coletividade, pois nela restam reconhecidas a responsabilidade do fornecedor e a necessidade de reparação dos danos causados aos consumidores, bastando a estes, nas respectivas liquidações (por artigos) demonstrar o dano individualmente sofrido, bem como o nexo de causalidade e o montante, o que sem dúvida alguma, é muito mais simples do que propor uma ação individual condenatória e fazer prova da responsabilidade do fornecedor e do dever de indenizar.

Entendemos, como Patrícia Pizzol, que essa distinção é, por vezes, desnecessária na vida prática, na qual o que importa é buscar os meios de se assegurar a efetividade da norma de direito material, sendo que os valores poderão ser apurados na liquidação por artigos, conforme disposto no art. 95 do Código de Defesa do Consumidor.

Outras questões muito importantes a serem tratadas em sede de tutela de direitos metaindividuais são aquelas relativas aos conceitos de parte, legitimidade para estar em juízo e de coisa julgada.

(13) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*: os requisitos de admissibilidade. São Paulo: DPJ, 2006. p. 184-201.

(14) PIZZOL, Patrícia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 94.

Luiz Guilherme Marinoni,⁽¹⁵⁾ acerca da legitimação para estar em juízo defendendo direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, afirma que os primeiros “exigiram a remodelação dos antigos conceitos de legitimidade para a causa e de coisa julgada material, ligados ao processo civil estruturado para dar solução aos conflitos individuais, que concebia o legitimado como o titular do direito material e a coisa julgada como algo que diz respeito somente às partes.”

Contudo, continua o autor, no caso dos direitos difusos e coletivos, “se a legitimidade, no caso, tem que ser obrigatoriamente deferida a um ente coletivo — que então passa a defender direitos de várias pessoas —, a coisa julgada material, por absoluta consequência lógica, tem que passar a beneficiar a todos os titulares do direito em litígio.”

Neste ponto, podemos tratar especificamente da substituição processual, genericamente, regulamentada no art. 6º do Código de Processo Civil (CPC).⁽¹⁶⁾

O substituto processual é aquele “que recebe da lei legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio como parte principal, não figurando na relação de direito material controvertida,” pondera Cândido Rangel Dinamarco,⁽¹⁷⁾ acrescentando que “o representante não é parte no processo, mas o substituto processual o é”. E conclui: “substituto processual é o legitimado extraordinário.”

Acrescenta, ainda, na mesma oportunidade: “diz-se extraordinária essa legitimidade, em oposição à legitimação ordinária, porque ela é outorgada em caráter excepcional e não comporta ampliações.”

(15) MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 100.

(16) “Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

(17) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 310-315.

A legitimidade ativa para atuar como substituto processual é conferida aos entes constantes do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (e correspondente art. 5º da Lei da Ação Civil Pública).

Na seara trabalhista são parte legítima o Sindicato por força do art. 8º, III da Constituição Federal de 1988 e o Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 129, III da CF/88 em conjunto com a Lei Complementar n. 75/93.

Importante algumas ponderações acerca da legitimidade, para fins de verificação da ocorrência (ou não) de litispendência e coisa julgada em relação à ação individual ajuizada pelo substituto.

A dificuldade maior reside, exatamente, no cerne da substituição processual: sendo o direito de outrem, existe litispendência entre a ação coletiva proposta e a ação proposta individualmente pelo substituído?

Elton Venturi,⁽¹⁸⁾ valendo-se das lições de Cappelletti, afirma que o substituto processual é a *parte ideológica* e, ao atuar, o faz como se estivessem atuando todos os titulares do direito material.

Entendemos que sendo os interesses individuais homogêneos direitos individuais de origem comum e os direitos coletivos aqueles transindividuais, indivisíveis, de que seja titular a categoria, em relação aos primeiros a legitimação seria extraordinária e quanto aos últimos autônoma.⁽¹⁹⁾

(18) VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

(19) “A legitimidade para atuar como parte principal diz-se autônoma.

(...)

Diz-se extraordinária essa legitimidade, em oposição à legitimidade ordinária, porque ela é outorgada em caráter excepcional e não comporta ampliações.”

(...)

“Distinguem-se também as hipóteses em que de uma só pessoa é a legitimidade para atuar em determinada

A legitimação também é concorrente, na medida em que o substituído pode ajuizar ação individual e essa possibilidade é que enseja discussões quanto à litispendência e à coisa julgada. E, nesse particular, nos parece que com o advento do Código de Defesa do Consumidor referidas discussões restaram solucionadas, a teor do disposto em seus arts. 103 e 104.

A partir do teor dos artigos retrocitados, nos parece claro que o legislador preferiu afastar a litispendência entre as ações individuais e a coletiva.

E, em relação à coisa julgada, a da ação coletiva somente estender-se-á aos titulares individuais (principalmente os empregados, no caso do Direito do Trabalho) se o pedido não for julgado improcedente por falta de provas (*secundum eventum litis*) e, caso exista ação individual, desde que seu Autor requeira sua suspensão no prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (extensão da coisa julgada *in utilibus*, ou seja, para beneficiar o Autor da ação individual que poderá, caso a coletiva seja julgada improcedente por falta de provas, continuar com a que propôs individualmente).

Contudo, é importante que o Autor da ação individual seja notificado (intimado) naquele processo sobre a existência da ação coletiva, sendo certo que o prazo estabelecido pelo art. 104 somente iniciar-se-á da efetiva comprovação, nos autos da ação individual, da ciência da ação coletiva.

A tutela metaindividual também pode se dar de forma inibitória, a qual visa cessar a prática de ato prejudicial aos direitos coletivos (*lato sensu*), sendo muito comum em sede de meio ambiente, em situações em que mera tutela ressarcitória seria ineficiente, conforme

causa, daquelas em que a causa pode ser conduzida individualmente por qualquer dos sujeitos indicados na lei" (In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2002).

destaca Luiz Guilherme Marinoni,⁽²⁰⁾ no trecho seguinte:

A tutela inibitória coletiva pura tem sido utilizada com certa frequência, sendo significativo o seu uso nas ações que, visando à proteção do meio ambiente, impedem, v. g., que uma fábrica que ameaça o meio ambiente inicie as suas atividades.

Para a demonstração da importância da tutela inibitória coletiva, torna-se adequada a análise da tutela do meio ambiente, uma vez que este é um dos lugares em que a inefetividade da tutela ressarcitória evidencia-se de modo mais claro. Se é verdade que cresce em importância, nos últimos tempos, a reparação específica do dano ecológico, e que é necessária a responsabilização, ainda que pelo equivalente, daquele que agride o meio ambiente, o certo é que não se pode admitir, no campo do direito ambiental, a troca da tutela específica e preventiva do bem tutelado pela tutela ressarcitória, sob pena de admitir-se, implicitamente, uma lógica perversa, que justificaria o cínico "poluo, mas pago". Como é evidente, a admissão da tutela ressarcitória no campo do direito ambiental não significa a aceitação da poluição, mas objetiva evitar que o dano ecológico fique sem a devida reparação; para que não ocorra a degradação do meio ambiente é imprescindível a atuação preventiva e, assim, também a tutela inibitória coletiva.

4. Tutela metaindividual e os conflitos trabalhistas

A Justiça do Trabalho, desde sua fundação, tem cumprido, na medida do possível, seu papel de assegurar ao trabalhador hipossuficiente o recebimento das parcelas a que faz jus em decorrência da relação de trabalho.

Existe, entretanto, uma situação de desigualdade real entre empregado e empregador

(20) MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 78-79.

durante o pacto laboral, o que acabou por transformar referido ramo do Poder Judiciário numa justiça de desempregados e, nesse particular, a atuação METAINDIVIDUAL se mostra extremamente eficaz, na medida em que o substituto processual não corre o risco de perder sua fonte de sustento, importando numa forma de transformar a igualdade meramente formal das partes numa igualdade real.

Neste particular, o papel do Juiz, que é quem dirige o processo, por força do art. 765 da CLT, é fundamental.

Merecem também ser citados o Ministério do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, fiscalizando, autuando (o primeiro), instaurando procedimentos investigatórios e ajuizando ações civis públicas (o segundo).

Impende salientarmos, uma vez mais, que da mesma forma que não podemos interpretar o Processo do Trabalho como se de Processo Civil se tratasse, as premissas do processo coletivo nem sempre coincidem com as do processo individual. Igualmente, os julgados trabalhistas nem sempre coincidem com os da Justiça Comum.

Neste enfoque e trazendo para a seara trabalhista a tutela metaindividual, o Tribunal Superior do Trabalho, tratando especificamente da substituição processual sindical, em sua jurisprudência majoritária, tem entendido pela litispendência.⁽²¹⁾

Não é o procedimento do Código de Proteção ao Consumidor que temos observado nas Varas da Justiça do Trabalho e, sem ele,

impossível a aplicação do art. 104 retromencionado e, assim (e nos parece que somente por isso), estaria correto o Tribunal Superior do Trabalho.

Os arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor (que também constam da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.345/85), por força do disposto no art. 117 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor), a nosso ver, são plenamente compatíveis com o Processo do Trabalho e, via de consequência, com a substituição processual trabalhista.

Em relação à interrupção da prescrição, a questão também se coloca, na medida em que tanto o empregado, numa eventual ação individual, quanto o sindicato, na ação coletiva, estariam a pleitear o mesmo bem da vida.

Daí, muito justo que a ação coletiva interrompa a prescrição em relação aos empregados individualmente considerados, mesmo que a ação coletiva seja extinta por falta de pressuposto processual ou condição da ação, sob pena de exigirmos do empregado-hipossuficiente que sempre ajuizasse sua ação individual, mesmo que estivesse tramitando a ação coletiva proposta pelo sindicato, o que não tem sentido prático algum.

Esta é a posição do Tribunal Superior do Trabalho, aliás, coerente com o entendimento de litispendência entre ação coletiva e individual daquele Tribunal Superior do Trabalho, mas que vale para os que aplicam os arts. 103 e 104 da Lei n. 8.078/90, pelos argumentos pragmáticos supracitados.⁽²²⁾

Quanto à necessidade de rol de substituídos, a hoje revogada Súmula n. 310 do Tribunal Superior do Trabalho continha essa exigência e a principal justificativa para esse entendimento

(21) É o que se verifica do acórdão seguinte: "EMENTA RECURSO DE REVISTA. 1 – LITISPENDÊNCIA. A iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte tem se posicionado no sentido de haver litispendência entre a ação individual do empregado e aquela proposta por sindicato na qualidade de substituto processual, quando possuírem o mesmo objeto. Recurso de revista não conhecido. 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista." (PROC: RR – 2124/2001-301-02-00 – PUBLICAÇÃO: DJ – 28.3.2008 – 8ª Turma – Dora Maria da Costa Ministra-Relatora).

(22) Eis o teor da Orientação Jurisprudencial 359 da SDI I, do Tribunal Superior do Trabalho, de 14.3.08: "Substituição processual – Sindicato – Legitimidade – Prescrição – Interrupção. Ação movida por sindicato, na qualidade de substituto processual, interrompe a prescrição, ainda que tenha sido considerado parte ilegítima *ad causam*."

baseava-se em não impedir (ou dificultar) o direito de defesa do réu.

Entendemos que, apesar de ser útil, a identificação dos empregados-substituídos na exordial (ou em anexo a ela), tal exigência não pode ser levada ao extremo de sua falta configurar ausência de pressuposto de constituição válida e regular do processo, já que os substituídos podem ser identificados na fase liquidatória.

Por força do disposto no art. 95 do Código de Proteção do Consumidor, a sentença é genérica e a individuação do crédito será feita na fase liquidatória, quando o rol poderá ser apresentado.

Tratando das peculiaridades do processo coletivo, Rodolfo de Camargo Mancuso⁽²³⁾ afirma que o art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, ao exigir que a peça inicial da ação coletiva proposta por associado traga a relação nominal dos seus aderentes, com os respectivos endereços, faz uma exigência que não se justifica, “porque o objeto litigioso está sendo tomado numa dada dimensão coletiva, o que resulta na fase de conhecimento, que não há utilidade na prévia identificação pessoal dos sujeitos, até porque estes não estão inibidos de ajuizar suas demandas individuais porventura favorável, para então habilitar suas execuções particulares”. E acrescenta que se trata do chamado transporte *in utilibus* estabelecido pelos arts. 103, III e § 3º, art. 104, do Código de Defesa do Consumidor.

Outro enfoque que entendemos importante destacar é que a busca da proteção aos direitos metaindividuais sequer precisa chegar até o Poder Judiciário.

Muitas vezes, a atuação do Ministério do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e dos Sindicatos faz com que seja desnecessário o próprio ajuizamento da ação trabalhista.

Nos termos dos arts. 127 e 129, inciso III, da Constituição Federal, o Ministério Público

(Ministério Público do Trabalho, no caso da Justiça do Trabalho) é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”, incumbido da “defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e *individuais indisponíveis*”, podendo, para tanto, “promover o *inquérito civil e a ação civil pública*” (grifamos).

Diante da denúncia de ocorrência de lesões a direitos individuais indisponíveis, ele inicia o procedimento administrativo adequado e, inexistindo concordância do investigado no sentido de firmar termo de compromisso com aquele Órgão, ajuíza a competente ação civil pública.

É mister ressaltarmos que por intermédio da ação civil pública são tuteláveis todos os interesses metaindividuais, inclusive o individuais homogêneos, *ex vi* dos arts. 83, III e 84, II e V da Lei Complementar n. 75/93; 1º, IV e 21 da Lei n. 7.347/85 e 81, parágrafo único III e 82, I da Lei n. 8.078/90, aplicáveis ao processo do trabalho por força do disposto no art. 769 da CLT.

O que procuramos destacar é que a atuação firme dessa Instituição, muitas vezes em conjunto com o Ministério do Trabalho⁽²⁴⁾, através dos já mencionados inquéritos civis públicos, firmando termos de ajuste de conduta e, quando necessário, ajuizando ações civis públicas, em muito tem contribuído para, na já citada expressão de Kazuo Watanabe,⁽²⁵⁾ atacar de forma molecular e não atomizada os infratores contumazes da legislação protetiva do trabalho.

(23) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. Teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 288.

(24) Podemos exemplificar essas ações fora dos autos com os convênios firmados entre o Ministério Público do Trabalho e o Ministério do Trabalho, onde o último fiscaliza matérias como formalização de vínculo de emprego, trabalho infantil, trabalho escravo, meio ambiente do trabalho, uso de equipamentos de proteção individual e presta informações que entender pertinentes ao primeiro. Alguns desses instrumentos de cooperação estarão em anexo a essa monografia. Pode-se ter acesso a ela através do sítio do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://www.mte.gov.br>> Acesso em: 6 dez. 2008.

(25) WATANABE, Kazuo. Ob. cit., p. 706-762.

Ressaltamos a importância do papel do Ministério Público, inclusive para buscar judicialmente a “implementação de políticas públicas via ação civil pública, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas (art. 129, III, c/c o art. 5º Da LACP),” como pondera Gregório Assagra de Almeida.⁽²⁶⁾

Não se nega que esse espaço foi ocupado pelo Ministério Público, quando deveria ter sido pela sociedade, contudo, enquanto nossa sociedade ainda não se fortalece...

Até porque “a mesma sociedade cuja organização gera possibilidade de violação coletiva a direitos e interesses de um grupo deve criar instrumentos processuais para remediar, ou pelo menos desincentivar, a prática de tais ilícitos”⁽²⁷⁾, algo que a legislação supracitada, assegurando tantas prerrogativas ao Ministério Público, no caso da Justiça do Trabalho ao Ministério Público do Trabalho, procurou fazer.

Quanto ao Ministério do Trabalho, busca incentivar a formalização do emprego e a modernização dos instrumentos de identificação profissional e, neste aspecto, o principal papel do Órgão é fiscalizador, agindo *ex officio* ou mediante provocação.

As informações por ele fornecida constituem-se, muitas vezes, em elementos essenciais para que o Ministério Público do Trabalho combata, de forma global e portanto mais eficaz, as fraudes à legislação trabalhista, através de Termos de Ajuste de Conduta ou até de Ações Cíveis Públicas.

Nos termos da Convenção n. 81 da Organização Internacional do Trabalho — OIT, que trata da fiscalização do trabalho, compete à Inspeção do Trabalho informar e assessorar

os parceiros sociais sobre o cumprimento das normas trabalhistas.

A Inspeção do Trabalho, através de seus Auditores Fiscais, pode ainda ajudar a solucionar conflitos entre empregado e empregador.⁽²⁸⁾

Outro aspecto da atividade do auditor fiscal do trabalho é que ele tem por função precípua zelar pelo cumprimento das normas cogentes de ordem pública que disciplinam as relações de trabalho e, sendo um agente público, no exercício do poder de polícia, seus atos têm presunção de veracidade.

Destarte, tem ele plenas condições de verificar, *in loco*, o descumprimento das normas trabalhistas, dentre elas aquelas atinentes à formalização do vínculo de emprego,⁽²⁹⁾ condições degradantes de trabalho, labor infantil, além de outras.

Os sindicatos, da mesma forma que os Órgãos anteriormente citados e, embora não vinculados ao Estado como tais Órgãos, têm uma importante função na prevenção dos litígios.

Um sindicato profissional atuante facilita as negociações coletivas com os empregadores e/ou a categoria econômica,⁽³⁰⁾ o que pode evitar, na prática, várias futuras lides.

Enfatizando ainda a fase processual, notadamente, a substituição processual sindical, ou seja, oportunidade em que, nos autos de um processo, o sindicato pede, em nome próprio, direito alheio (da categoria ou dos trabalhadores individualmente considerados),⁽³¹⁾ a

(26) ALMEIDA, Gregório Assagra de. Ob. cit., p. 58-64.

(27) WEINSTEIN, Jack. *Some reflexions on the abusiveness of class actions*, 58 *Federal Rules Decisions* 299, 305 (1973), APUD GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos — as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

(28) A propósito, vide os arts. 627 e 628 da CLT.

(29) Sobre esse tema: REIS, José Pedro, A verificação da existência do vínculo de emprego pela inspeção do trabalho não se confunde com a competência exclusiva da Justiça Laboral de reconhecer judicialmente esse vínculo. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, LTr, ano XVII, n. 33, mar. 2007.

(30) Vide, a propósito o art. 611 e parágrafos, da CLT.

(31) No processo comum, a substituição processual é regulada pelo art. 6º do CPC, o qual trazemos a seguir, embora entendamos que a substituição processual sindical, pelos interesses de cunho eminentemente alimentar que está a tutelar, seja mais abrangente, a teor do art. 8º, III, da CF/88, trazido ao corpo do texto (supra). Iremos abordar tal tema ao longo do presente trabalho.

mesma é ampla, a partir do texto da norma constitucional, que assim dispõe, em seu art. 8º, III:

“Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;”.

Tal dispositivo constitucional, como já ponderamos, assegura maior isonomia entre as partes litigantes, num inegável papel de democratização do acesso à justiça, em prol do trabalhador hipossuficiente, na medida em que, quando o sindicato ajuíza uma ação, não existe o risco da perda do posto de trabalho.

Não foi essa a interpretação inicial do Tribunal Superior do Trabalho, como se verifica da hoje já superada Súmula n. 310, que limitou bastante o instituto e, em boa hora, foi revogada.

Em relação ao Supremo Tribunal Federal — a quem cabe interpretar em última instância a Constituição Federal, por força do disposto no art. 102, *caput* e inciso I, *a* — o posicionamento que prevaleceu foi outro, mais consentâneo com a Norma Constitucional, culminando com o julgamento do RE n. 210.029, publicado em 16.11.2005, tendo como Relator o Ministro Carlos Mário Velloso, o STF assim entendeu:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O art. 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido.”

“Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Outra importante questão decorrente da substituição processual sindical diz respeito à possibilidade de desistência pelo substituído.

Entendemos que admitir que possa o empregado individualmente desistir da ação importa em permitir que existam pressões do réu diretamente sobre ele.

Evidentemente que pode acontecer algum caso em que seja aconselhável admitir-se a desistência, cabendo ao Magistrado, a nosso sentir, ouvir as partes e decidir, até porque, em sede de Processo do Trabalho, como em nenhum outro, a oralidade é de suma importância.

Quanto à renúncia, afigura-se impossível para o sindicato, pois estaria ele a dispor de direito que não é seu e, a rigor, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis.

E, em relação à transação, igualmente, deve o Magistrado ouvir o sindicato e também o substituído, pois pode ser que ocorra uma boa conciliação e esta é o fim do Direito Processual do Trabalho.

Dessa opinião comunga Ben-Hur Silveira Claus.⁽³²⁾

No mesmo sentido, de forma ímpar, manifesta-se Márcio Túlio Viana⁽³³⁾:

Discrimina, ainda, a jurisprudência quando, fantasiando mais uma vez o que acontece, opta pela interpretação que restringe o único remédio possível contra a mesma prescrição, o instituto da substituição processual, permitindo que o empregado “desista”, ou (com o perdão da gramática) seja desistido da ação movida pelo seu sindicato, ou quando virtualmente elimina da ordem jurídica, um instituto tão importante e revolucionário como o mandado de injunção, descrendo onde nem mesmo criar era preciso.

(32) CLAUS, BEN-HUR SILVEIRA. *Substituição processual trabalhista, uma elaboração teórica para o instituto*. São Paulo: LTr, 2003. p. 132-134.

(33) VIANA, Márcio Túlio. O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 271-274.

Em relação à ação rescisória, visa ela desconstituir decisão em que o sindicato atuou como substituto processual, pelo que o réu será o sindicato que foi parte na ação principal.⁽³⁴⁾

Quanto aos Honorários Advocatícios, somos favoráveis ao pagamento dos mesmos em favor dos sindicatos.

A Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970 tem plena aplicação ao caso, notadamente seus arts. 14 e 16, na medida em que os trabalhadores, na maioria das vezes hipossuficientes, estarão sendo assistidos por sindicato que pede direito que não é dele, e sim, dos substituídos, devendo portanto haver fixação de honorários, a serem pagos pelo vencido.

Quanto aos interesses tuteláveis através da ação sindical, entendemos, como José Carlos Barbosa Moreira,⁽³⁵⁾ que, embora a legitimação atribuída ao sindicato esteja limitada a âmbito profissional — isto com fincas no texto do inciso III do art. 8º da CF que determina caber ao Sindicato a defesa dos “interesses coletivos ou individuais da categoria”, ela não abrange apenas a Justiça do Trabalho, mas qualquer Órgão Judicial, desde que se trate de algum direito pertinente à categoria ou ao filiado, enquanto membro da categoria e sempre como substituto processual.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE n. 210.029, publicado em 16.11.2005, tendo como Relator o Ministro Carlos Mário Velloso, acima transcrita, foi ainda no sentido de que a substituição processual abrange a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores, entendimento com o qual comungamos estamos inteiramente de acordo.

(34) Neste sentido é a Súmula n. 406, II do C.TST, *in verbis*: “II – O Sindicato, substituto processual e autor da reclamação trabalhista, em cujos autos fora proferida a decisão rescindenda, possui legitimidade para figurar como réu na ação rescisória, sendo descabida a exigência de citação de todos os empregados substituídos, porquanto inexistente litisconsórcio passivo necessário” (ex-OJ n. 110 da SBDI-2 – DJ 29.4.2003).

(35) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ob. cit, p. 187-200.

Isto porque as dificuldades inerentes à fase de conhecimento não desaparecem na fase executiva. Pelo contrário.

Conforme determina o art. 95 do Código de Defesa do Consumidor, a sentença é genérica e os pedidos serão quantificados na fase liquidatória, vindo daí a primeira dificuldade, a saber, a elaboração dos cálculos.

Embora a execução, no processo do trabalho, desenvolva-se por impulso oficial, a teor do disposto no art. 878 da CLT, muitos atos podem ser necessários, como indicação de bens, requerimento de medidas cautelares, etc, para os quais o sindicato está, na maioria das vezes, muito mais preparado que o reclamante individual.

5. Conclusões

Como uma síntese das ideias até aqui desenvolvidas, podemos concluir que a tutela metaindividual, na esfera trabalhista, não é remédio para todas as suas mazelas processuais.

Contudo, bem manejado, esse importante instrumento de atuação dos entes intermediários, como os Sindicatos, e do Ministério Público (interessando-nos, sobretudo, em sede de Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho) pode representar uma democratização do acesso à justiça, na medida em que aqueles empregados que são lesados e não procuram a Justiça por temor em perder seu emprego, podem fazê-lo, através desses entes e/ou instituições.

E mais: ao fiscalizar, o Estado, através de uma de suas vertentes, o Ministério do Trabalho e Emprego, muitas vezes impede que as lesões se concretizem.

Entendemos essa fase pré-processual (que, muitas vezes, nem chega a ser processual exatamente pela atuação desses entes) de ímpar importância.

Em que pese estarmos certos de que o Ministério Público ocupou um espaço que é da sociedade brasileira, talvez porque esta ainda

não esteja preparada para tanto, sua atuação após a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou uma melhora na qualidade de vida dos trabalhadores em geral, através de uma maior proteção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, como procuramos mostrar ao longo do trabalho.

Da mesma forma, os Sindicatos que atuam de maneira firme, exercendo sua função precípua de busca da melhora das condições de trabalho da categoria profissional, representam importante papel, criando normas coletivas, através da negociação direta com os empregadores e/ou categoria econômica.

Quanto ao Julgador, sua postura diante dessas ações coletivas, *lato sensu*, deve ser o menos preconceituosa e desapegada de conceitos processuais inúteis e rebuscados, possível.

A interpretação da legislação relativa ao processo coletivo, aqui, deve ser consentânea com o que essa legislação se propõe a fazer, a saber, resolver problemas que atingem direitos metaindividuais, da forma mais segura, célere e pedagógica, a fim de se evitarem futuros descumprimentos da legislação trabalhista e de se resolverem o maior número de conflitos com uma só decisão.

Destarte, entendemos absolutamente desnecessária a modificação da legislação neste particular, a qual, pelos motivos já expostos, apresenta-se em consonância com os princípios e peculiaridades do Direito Processual do Trabalho.

Por fim, entendemos que as discussões processuais devem ter sempre a finalidade de modificar a realidade para melhorar a vida das pessoas, de nada adiantando, *c.m.v.*, intrincadas e requintadas discussões acadêmicas acerca dos institutos jurídicos, se as mesmas não se prestam a suscitar o debate num sentido positivo, de maior celeridade dos atos processuais, e, via de consequência, efetividade do direito.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: *Revista de Processo*, n. 61, ano 16, p. 187-200, jan./mar. 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista de Direito Processual Geral* (54), Rio de Janeiro, p. 47-78, 2001.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. *Substituição processual trabalhista, uma elaboração teórica para o instituto*. São Paulo: LTr, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. São Paulo: DPJ, 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual e legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Carmargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. Teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PIZZOL, Patrícia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo. A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANA, Márcio Túlio. O dia a dia do juiz e as discriminações que o acompanham. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000. p. 271-274.

_____; WATANABE, Kazuo. Da defesa do consumidor em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; VASCONCELOS E BENJAMIN, Antônio

Herman de; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo (Coords.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 706-762.

WEINSTEIN, Jack. *Some reflexions on the abusiveness of class actions*, 58 *Federal Rules Decisions* 299, 305 (1973), *Apud* GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos — as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 33.

A execução contra a Fazenda Pública na Justiça do Trabalho

Rodolfo Pamplona Filho^(*) e Társis Silva de Cerqueiro^(**)

Resumo:

- ▶ Neste estudo, pretende-se esboçar uma análise acerca da execução pecuniária contra a fazenda pública, em especial, quando de sua realização na Justiça do Trabalho. Nestes casos, a necessidade de atender a carência do credor trabalhista (na maioria das vezes, fragilizado) enseja sérias consequências e problemas na conformação procedimental desta específica execução na jurisdição trabalhista.

Palavras-Chave:

- ▶ Execução — Fazenda Pública — Justiça do Trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
 - ▶ 1.1. Aspectos gerais e introdutórios
 - ▶ 1.2. Origem, noções históricas e características
- ▶ 2. Procedimento de execução pecuniária contra a Fazenda Pública
 - ▶ 2.1. Do regime geral de precatórios
 - ▶ 2.2. Da requisição de pequeno valor (RPV)
 - ▶ 2.3. Das obrigações alimentícias
 - ▶ 2.4. Da execução provisória contra a fazenda pública
 - ▶ 2.5. Outras questões importantes ou controvertidas
 - ▶ 2.5.1. Atualização monetária e juros
 - ▶ 2.5.2. A natureza da atividade do presidente do tribunal competente
 - ▶ 2.5.3. Intervenção nos estados e municípios
 - ▶ 2.5.4. O sequestro de valores públicos

(*) Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito e Processo do Trabalho do Curso JusPodivm. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da

Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia.

(**) Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Baiana de Direito e Gestão/JusPodivm. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

- ▶ 2.5.5. Da compensação dos precatórios e outras inovações trazidas pela EC n. 62/2009. Breves comentários
- ▶ 2.5.6. Os precatórios e os idosos
- ▶ 2.6.7. Precatórios e honorários advocatícios
- ▶ 3. Da execução contra a Fazenda Pública na Justiça do Trabalho. Questões essenciais e controversas
- ▶ 4. Referências bibliográficas

Abstract:

- ▶ This essay is a meaningful analysis about execution against The Treasury especially on Brazilian Labor Court. By mixing the almost always financially weak creditor and the especial Brazilian Labor Court's procedure, this legal system establishes troubles and serious consequences.

Keywords:

- ▶ Legal Execution — Treasury — Brazilian Labor Court.

1. Introdução

1.1. Aspectos Gerais e Introdutórios

“Demonstrada a crise no cumprimento da decisão judicial deve ser a execução” — talvez seja esse o primeiro raciocínio desenvolvido por quem quer que seja o estudioso da execução judicial em suas diversas modalidades e formas. Pensam muitos que ao estudar execução, antes de tudo, é preciso estudar a crise do adimplemento.

Mas quando esse adimplemento não pode ser voluntário? E quando o devedor está impedido de cumprir com sua obrigação fora do processo executivo? Nesta hipótese surge a exceção; e nesta exceção transita a chamada execução contra a fazenda pública, com suas especificidades, ao qual se pretende estudar neste ensaio.

Inicialmente, de antemão, impõe-se a definição do conceito de Fazenda Pública. Na pena de Carlos Valder do Nascimento, Fazenda Pública é definida, num sentido restrito, como o órgão que cuida e organiza as finanças do Estado, cujo objetivo é a gestão das receitas e despesas estatais. No sentido mais amplo, mais

adequado ao tema em comento, Fazenda Pública pode ser utilizada como designativo de todas as unidades federativas: União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios⁽¹⁾⁽²⁾. Igualmente neste conceito, ao menos para os fins de aplicar o procedimento especial de execução pecuniária contra a fazenda pública, incluem-se as autarquias e as fundações públicas, estando, porém, excluídas as sociedades de economia mista e empresas públicas por serem pessoas jurídicas de direito privado⁽³⁾.

(1) Nesse sentido prescreve o art. 209 do Código Tributário Nacional: “A expressão ‘Fazenda Pública’, quando empregada nesta Lei sem qualificação, abrange a Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

(2) NASCIMENTO, Carlos Valder. *Execução contra a Fazenda Pública*: sua inversão no polo processual em razão de erro material. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 6-10.

(3) A Constituição Federal de 1988, em seu art. 173, § 1º, inciso II, impõe que as empresas públicas e sociedade de economia mista sujeitem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Cf. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.185. Tratando-se de exceção, por gozar das

Com efeito, pensar na execução pecuniária contra a fazenda pública é pensar numa execução especial, com rito absolutamente específico, o único a manter sua formatação quase que intocável com as últimas reformas⁽⁴⁾ da execução no Código de Processo Civil (Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, e Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006). Tratar de execução da contra fazenda pública é tratar de um procedimento *sui generis* na medida em que é contencioso, ao mesmo tempo de jurisdição necessária ou compulsória⁽⁵⁾, dado os contornos do sistema jurídico nacional.

Tratar de execução contra a fazenda pública é prestar-lhe as devidas homenagens, merecida por ser a única execução cujo rito encontra-se previsto, ao menos em seus contornos mais gerais, no texto constitucional, inobstante as

prerrogativas da fazenda pública, o Supremo Tribunal Federal tem pacificado entendimento de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos submete-se à especial execução pecuniária contra a fazenda pública. Confira a seguinte decisão do pretório excelso: “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO — CONSTITUCIONAL — EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS — IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS — RECEPÇÃO DO ART. 12 DO DECRETO-LEI N. 509/69 — EXECUÇÃO.OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO — APLICAÇÃO DO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do art. 12 do Decreto-lei n. 509/69 e não incidência da restrição contida no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no art. 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF, Recurso Extraordinário n. 220.906, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 16.11.2000, DJ 14.11.2002 PP-00015 Ement. vol. 02091-03, p. 00430)

(4) Reforma essa que iniciou em 1994 com a paradigmática Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, e que teve continuidade em 2002 com a Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002.

(5) Típica da chamada jurisdição voluntária.

críticas que constantemente sofre. Contudo, não se pode esquecer ou desmerecer — e isso precisa ser dito — os incômodos, inconformismos e problemas gerados muitas vezes em sua aplicação — problemas esses, em princípio, não provocados pela sua conformação normativa procedimental, mas principalmente por sua indevida aplicação⁽⁶⁾ —, tendo muitos o alcunhado, talvez inocentemente, de privilégio da Fazenda Pública⁽⁷⁾.

Queda-se inaceitável olvidar a importância inescusável de tal procedimento executório, seja ante o imperativo do sistema constitucional pátrio⁽⁸⁾, seja ante a necessidade de organizar o pagamento das condenações judiciais da fazenda

(6) “O precatório, para ser pago durante dez anos ou depois de dez anos que a ação, em média, passa pelo processo de conhecimento de execução é alongamento do conflito.” DELGADO, José Augusto. *Precatário judicial e evolução histórica*. Advocacia administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf> Acesso em: 6 jan. 2010, p. 126.

(7) “A minha grande divergência, hoje, a respeito do art. 100, com muito posicionamentos, é que entendo ser o referido artigo apenas uma regra constitucional sem proteção de caráter principiológico ou ideológico. Penso que está na contramão com o regime democrático. Quando a Constituição Federal afastou da sublimação do regime democrático o art. 100 verificou-se um verdadeiro contraste.” DELGADO, José Augusto. *Precatário judicial e evolução histórica*. Advocacia administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf> Acesso em: 6 jan. 2010, p. 130. Em sentido contrário aduz Carlos Valder do Nascimento: “Determinadas posições contrárias a sistemática de execução contra a Fazenda Pública a par de revelar certo conteúdo preconceitos, induz a pressuposição de que nelas estão presentes uma visão não muito clara de procedimento a que se acha submetida. Há uma confusão em se distinguir o público do privado de tal sorte a querer aplicar-se o mesmo regime para coisas distintas.” (NASCIMENTO, Carlos Valder. *Execução contra a fazenda pública: sua inversão no polo processual em razão de erro material*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 20).

(8) Neste sentido, v. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais do precatório na execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, Dialética, v. 22, p. 73-90, p. 79, 2005.

pública. Há de se falar ainda da indispensável necessidade de tomar o procedimento especial de execução contra a fazenda pública como instrumento de combate as fraudes e os favorecimentos indevidos, bem como de garantir o prévio estabelecimento de previsão orçamentária para pagamento da(s) condenação(ões).

De mais a mais, a Constituição exige que o pagamento das condenações⁽⁹⁾ judiciais do poder público realize-se, necessariamente, mediante um procedimento próprio de execução. Noutras palavras, o Estado (a fazenda pública) está proibido (impedida) de adimplir as condenações judiciais de forma voluntária e fora do regime constitucional e legalmente previsto — que não precisa ser exatamente igual em todos os casos⁽¹⁰⁾.

(9) Nessa senda, já houve no passado séria discussão acerca do cabimento da execução pecuniária contra a fazenda pública nas hipóteses de título executivo extrajudicial. Trata-se de superada discussão na medida em que é atualmente pacífico na jurisprudência a admissão de execução contra a fazenda pública mesmo que baseada em título executivo extrajudicial. Nesse sentido, o Enunciado n. 279 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: “É cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”.

(10) Não se tratando do objeto específico desse estudo, aqui se faz necessário apenas chamar atenção à execução contra fazenda pública decorrente de condenação em Mandado de Segurança. Existe uma séria e ainda não pacificada discussão doutrinária acerca da possibilidade de executar as obrigações pecuniárias originadas após a impetração do Mandado de Segurança imediatamente nos autos do *writ*, não se submetendo ao rito da execução pecuniária contra fazenda pública. Para os que defendem essa possibilidade, o § 3º, do art. 1º, da Lei n. 5.021/66 autoriza tal atuação. Não se tratando do objeto específico desse estudo, fica aqui apenas o alerta para tal questão controvertida na doutrina. Nesse sentido Cássio Scarpinella Bueno: “Com relação aos atrasados, a sentença concessiva da ordem terá não sua força (efeito) típica — a ordem, o mandamento —, mas, diferentemente, terá aptidão para produzir força (efeito) diversa, atípica do mandado de segurança. Como toda sentença condenatória, sua realização concreta faz-se por *processo de execução*, o que justifica a regra do § 3º do art. 1º em destaque. O dispositivo admite, excepcionalmente, portanto, que o mandado de segurança regule *também* o passado, admitindo “*execução*” propriamente dita para recuperação (cobrança dos atrasados).”, (BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*: comentários às Leis ns. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 245).

No mesmo sentido, Marinoni e Arenhart bem reconhecem que a disciplina jurídica que rege os bens da fazenda pública recebe um tratamento específico se comparados com o regime jurídico dos bens dos particulares. Este especial patrimônio, por sofrer afetação a determinada finalidade pública, encontra-se impedido de ser livremente alienado ou onerado (art. 100 do Código Civil), e mesmo os bens públicos desafetados sofrem a incidência de cautelas especiais para sua alienação (art. 101 do CC e Lei n. 9.636/98).⁽¹¹⁾

Na mesma oportunidade, os mencionados autores aduzem que em razão destas particularidades é indevida a indiscriminada penhora e excussão judicial de bens público, atribuindo à ideia de responsabilidade patrimonial dos débitos da Fazenda Pública uma feição diferenciada⁽¹²⁾. Segundo os autores:

Ainda que se cogitasse da possibilidade de penhora de tais bens, incidiria a proibição de sua alienação (até porque destinados a uma finalidade pública), tornando inútil o procedimento clássico da execução patrimonial. Ademais, nos termos do que prevê a Constituição Federal, todos os pagamentos devidos pela Fazenda Pública devem limitar-se ao teto previsto nos orçamentos (ou créditos extraordinários adicionais) aprovados pelo Legislativo (art. 167, II, da CF). Assim, os débitos da Fazenda Pública só poderão ser saldados se o montante devido para tanto estiver previamente incluído no orçamento do respectivo órgão.⁽¹³⁾

(11) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 391.

(12) *Idem*. “É evidente que o tratamento reservado para às pessoas administrativas não pode ser o mesmo dispensado às empresas privadas. Daí o interesse de se examinar os aspectos que envolvem o regime especial daqueles entes dentro do contexto constitucional, sob a ótica do processo executório. Tanto mais porque, timbrados seus bens pelo caráter público, estão sujeitas a sistemática constitucional do precatório.” (NASCIMENTO, Carlos Valder. *Execução contra a Fazenda Pública*: sua inversão no polo processual em razão de erro material. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 20)

(13) *Idem*.

Com efeito, o procedimento da execução contra a fazenda pública encontra previsão nos arts. 100 e §§ da Constituição Federal de 1988⁽¹⁴⁾ (CF/88), 86, 87 e 97 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), arts. 730, 731 e 741 do Código de Processo Civil (CPC), bem como na Lei n. 9.494/97 (de discutível constitucionalidade) e no Decreto-lei n. 779/69 — esta última contendo disposições exclusivamente relacionadas à jurisdição trabalhista.

No tocante a aplicabilidade desse procedimento na jurisdição trabalhista não se antevê qualquer obstáculo. Ao contrário, a Constituição exige e prevê de forma bastante clara o modo como se dará a execução contra a fazenda pública, inclusive para os casos de condenações perante a Justiça do Trabalho. Além disso, ante a inexistência de previsão específica na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), igualmente, faz-se imprescindível a aplicação subsidiária do CPC e das normas processuais específicas (art. 769 da CLT).

Como facilmente se percebe, o estudo da execução contra a fazenda pública encerra-se na análise de uma série de complexas questões. Superada estas considerações iniciais, passa-se a analisar os aspectos mais relevantes deste especial procedimento de execução.

1.2. Origem, noções históricas e características

O rito especial de execução pecuniária contra a fazenda pública originou-se ainda no século XIX, principalmente sob a égide do novo regime jurídico que impunha a impenhorabilidade dos bens públicos⁽¹⁵⁾. Surgida da criatividade

jurisprudencial⁽¹⁶⁾, o sistema de execução pecuniária contra a fazenda pública adquiriu roupagem constitucional com a Constituição Federal de 1934. Antes reinava o caos e o mais escandaloso dos abusos como dizia Américo Luís Martins da Silva:

O sistema de pagamento da dívida passiva, oriunda da execução das sentenças condenatórias contra a Fazenda Pública, concorria, enormemente, para a desmoralização da administração pública no Brasil. Nessa época, o Presidente da República, os Ministros de Estado, o Tribunal de Contas, ou qualquer outra autoridade administrativa podiam ordenar pagamento, em se tratando de sentenças judiciais. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal faziam designação de caso ou de pessoas nas verbas legais para pagamento das referidas condenações. Daí, não se respeitar a ordem de preferência. O credor recebia o pagamento da dívida conforme o prestígio que dispunha

Geral. Nessa senda, surgiu a necessidade de criar um novo sistema que permitisse a submissão do Estado à tutela executiva. (DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O sistema do precatório. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 22, p. 61-102, ago./nov. 1998, p. 65. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20341>> Acesso em: 8 jan. 2010.)

- (16) “A cena realmente era inédita: o Estado, de joelhos, com seus passos limitados pela legislação que ele próprio criou, quedado ante o particular que o acionava civilmente, na cobrança e na perseguição de um crédito. Esgotados os recursos processuais, tinha de enfrentar o problema do pagamento do débito judicial. Seus bens eram/são impenhoráveis, eis o obstáculo. Sem a penhora, como resolver o problema? (...) A omissão do legislador, ou, pelo menos, o seu silêncio sepulcral, provocou o desinteresse da doutrina sobre o impasse surgido, que não foi devidamente enfrentado. Buscou-se, então, a solução na prática forense, na base da analogia. A ela coube a tarefa de criar o precatório, que a legislação mais tarde elevou à categoria sagrada de instituto constitucional. De um jeito ou de outro, o Estado teria de pagar o seu débito. O precatório era o instrumento idealizado para tal escopo, instituto jurídico que se plasmava pela essência direta da democracia do Direito.” (CARVALHO, Vladimir Souza. Iniciação ao Estudo do Precatório. In: *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, v. 19, n. 76, p. 325-364, out./dez. 1982, p. 27).

(14) Recentemente alterada pela Emenda Constitucional n. 62, de 9 de dezembro de 2009.

(15) Nas lições de Francisco Wildo Lacerda Dantas, com a edição da Instrução de 10 de abril de 1851, de autoria do *Directório do juízo fiscal e contencioso dos feitos da Fazenda*, restou estabelecido que *em bens da Fazenda Nacional não se faz penhora*, carecendo de autorização por meio de decreto da Assembleia Geral para que fossem penhorados — igualmente a alienação de bens públicos dava-se por decreto da Assembleia

junto às autoridades do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Enfim, o pagamento dessas dívidas passivas era bastante tumultuado e sem organização apropriada.⁽¹⁷⁾

Somente com o CPC de 1939⁽¹⁸⁾ e em particular com a Constituição Federal de 1946, no entanto, passou a incidir sobre as condenações pecuniárias dos estados e municípios.

Segundo Juvêncio Vasconcelos Viana, o antigo sistema de execução contra a fazenda pública carecia de alguns reparos e aprimoramentos que só surgiram na Constituição de 1967. Para o autor, na sistemática de 1946:

Restava ausente, todavia, dispositivo que ditasse o *quantum* e quando se pagaria o crédito a que a Fazenda foi condenada. À falta de previsão específica, administradores inescrupulosos podiam colocar à disposição do Judiciário numerário insignificante (ou nenhum), cuidando, tão somente, para não infringir a ordem de precedência dos credores.⁽¹⁹⁾

Em 1967, com a nova Constituição, a execução contra a fazenda pública afastou tais impropriedades com a previsão do art. 112, posteriormente renumerado para o art. 117, por

força da Emenda Constitucional n. 01 de 1969⁽²⁰⁾. Por fim, é possível observar que a Constituição Federal de 1988 — ao menos em sua redação original⁽²¹⁾ — repete a sistemática inaugurada em 1967, tendo apenas excluído as dívidas alimentares do rol dos precatórios — o que será estudo mais adiante.

Para muitos a execução pecuniária contra a fazenda pública é considerada um procedimento tipicamente brasileiro⁽²²⁾, sendo por

(17) SILVA, Américo Luís Martins da. *Do precatório-requisitório na execução contra a Fazenda Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 43.

(18) O parágrafo único do art. 918 do CPC de 1939 determinava que: “Os pagamentos devidos, em virtude de sentença, pela Fazenda Pública, far-se-ão na ordem em que forem apresentadas as requisições e à conta dos créditos respectivos, vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas orçamentárias ou créditos destinados àquele fim. As verbas orçamentárias e os créditos votados para os pagamentos devidos, em virtude de sentença, pela Fazenda Pública, serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Caberá ao presidente do Tribunal de Apelação, ou do Supremo Tribunal Federal, se a execução fôr contra a Fazenda Nacional, expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor preterido em seu direito de precedência autorizar o sequestro da quantia necessária para satisfazê-lo, depois de ouvido o Procurador Geral.”

(19) VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 78.

(20) A Constituição Federal de 1967, no art. 112, prescrevia que: “Art. 112 – Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim. § 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até primeiro de julho. § 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal, que proferiu a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o chefe do Ministério Público, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.”

(21) Redação original do art. 100 da Constituição Federal de 1988: “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte. § 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.”

(22) v. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O sistema do precatório. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e*

isso bastante criticado. Alguns chegam a questionar o real motivo de existir tal procedimento especial executivo, quando deveria ser o Estado o primeiro a “dar o exemplo” no cumprimento das decisões judiciais⁽²³⁾. Isso é em grande parte explicado pela natureza pública do dinheiro a ser utilizado no pagamento das condenações judiciais sofridas pela fazenda pública, haja vista ser o erário que arca com tais despesas. Como diz Leonardo José Carneiro da Cunha, tais regras impõem-se, no particular, em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo, pois decorrem das exigências do direito material que disciplina as relações jurídicas da Fazenda Pública⁽²⁴⁾.

A tamanha especificidade do procedimento de execução pecuniária contra a fazenda pública enseja naquilo que para parte da doutrina é a primeira característica deste procedimento: seu caráter tipicamente executivo⁽²⁵⁾. Este traço,

que envolveu certa discussão doutrinária — um tanto quanto superada —, diz respeito a natureza executiva de tal procedimento.

Alguns estudiosos atribuem à execução pecuniária contra a fazenda pública a qualificação de execução imprópria⁽²⁶⁾, enquanto que outros, indo além, sustentam que nestes casos não existe uma verdadeira execução⁽²⁷⁾. Contudo, prevaleceu o entendimento de que a execução contra a fazenda pública trata-se de típica execução, ainda que procedam em um rito específico ao qual dispensa uma série de atos tipicamente excussórios.

Uma outra relevante característica deste procedimento concerne ao seu cabimento exclusivo às execuções pecuniárias a se realizarem em desfavor da fazenda pública. Aqui é preciso esclarecer que este não se trata do procedimento aplicável à execução de qualquer condenação imposta à fazenda pública, uma vez que somente a execução das obrigações pecuniárias da fazenda pública submetem-se ao rito especial de

Estudos, Bauru, n. 22, p. 61-102, ago./nov. 1998, p. 68. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20341>> Acesso em: 8 jan. 2010. Nesse sentido, em que pese com certas ressalvas e ponderações cf. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 64-73.

- (23) DELGADO, José Augusto. *Precatório judicial e evolução histórica*. Advocacia administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/seriecaderanos/vol23/artigo05.pdf> Acesso em: 6 jan. 2010, p. 131.
- (24) CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 185.
- (25) “Essa conclusão decorre da análise da adoção entre nós de um sistema peculiar de unicidade da jurisdição em que o controle jurisdicional sobre a Administração Pública a submeter ao império da lei em todo a amplitude, mais do que em qualquer outro país. Como não se pode submeter os bens públicos à penhora, construiu-se um sistema em que se substituiu esse ato de constrição judicial pela requisição de verba própria da Administração, em época previamente estabelecida, de modo a, de um lado não provocar transtornos desnecessários à Administração e de outro, assegurar que sejam cumpridas as decisões judiciais.”, v. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O sistema do precatório. In: *Revista do Instituto de*

Pesquisas e Estudos, Bauru, n. 22, p. 61-102, ago./nov. 1998, p. 69. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20341>> Acesso em: 8 jan. 2010.

- (26) Defendendo tal argumento, Humberto Theodoro Júnior aduz que a execução pecuniária contra a fazenda pública é uma execução imprópria uma vez que não comporta a penhora e arrematação, ou seja, faz-se sem expropriação ou transferência forçada de bens. cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008. p. 379.
- (27) Na lição de Paulo Furtado: “Já afirmáramos, atrás, que a sentença condenatória contra a Fazenda Pública não tem força executiva. (...) Se o objetivo da execução é o patrimônio do devedor (e o é, segundo a norma do art. 591 do CPC), sem objetivo restaria a execução contra a Fazenda Pública, quando devedora, se se pretendesse observar as mesmas regras estabelecidas para a execução de devedor comum. Que a penhora se poderia fazer sobre bens que a própria Constituição reputa impenhoráveis?”, (FURTADO, Paulo. *Execução*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 261). Em sentido análogo afirma Cândido Rangel Dinamarco que a execução contra a fazenda pública é uma *falsa execução* na medida em que sequer atinge os bens públicos. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV, p. 610-613.

execução em análise. Nas execuções relativas à obrigação de fazer e não fazer ou de dar coisa diversa de dinheiro, a execução contra a fazenda pública segue o rito comum previsto no art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil⁽²⁸⁾.

A terceira e, talvez, mais importante característica é o caráter democrático da execução pecuniária contra a fazenda pública. Como dito parcialmente acima, o instrumental processual desenvolvido para a execução pecuniária contra a fazenda pública não somente assume, no particular, um papel de destaque no combate a fraudes e favorecimentos odiosos, ao tempo em que permite uma atuação impessoal, transparente (à luz do princípio da publicidade) e moral do administrador público no cumprimento das decisões judiciais, em obediência aos ditames constitucionais (art. 37, da Constituição Federal de 1988).

Provocando a reflexão, Juvêncio Vasconcelos Viana lembra que antes do advento da Constituição de 1934 — a primeira a trazer em seu bojo a previsão do procedimento de execução contra a fazenda pública — não havia garantia alguma de que o credor receberia aquilo que lhe era devido pelo Estado. Seguindo essa linha de raciocínio, o autor narra que tal graça dependeria tanto da boa vontade do executivo, na efetivação do pagamento, quanto do legislativo, na abertura do crédito correspondente.

(28) Na hipótese de se tratar de obrigação de fazer e não fazer (e, eventualmente, de dar coisa diversa de dinheiro), a execução dar-se-á na próprio processo principal (processo sincrético) através de uma ordem dirigida à pessoa jurídica, junto ao seu órgão competente à prestação pedida e tutelada, sem maiores considerações. Em conformidade com essa assertiva, asseveram Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira: “Em se tratando de ação contra a Fazenda Pública, não há regra diferente, já que as obrigações de fazer e não fazer não se submetem à sistemática dos precatórios. Então, o regime é o mesmo, caso o devedor seja a Fazenda Pública, aplicando-se tudo que já se disse quanto ao cumprimento das tutelas dos deveres de fazer, não fazer e entregar coisa (...).”, (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Execução. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 731).

“Havia uma triste ‘realidade de bastidores’, caracterizada por privilégios e apadrinhamentos, e o cumprimento da sentença judicial ficava na dependência de pressões, conchavos ou mesmo deslavada corrupção.”⁽²⁹⁾

Neste diapasão, a própria previsão da sistemática da execução pecuniária contra a fazenda pública queda-se não só como garantia da lisura no processo de pagamento das condenações da fazenda pública, bem como garantia do futuro recebimento do crédito pelo credor.

Desta maneira, o preceituado no art. 100, CF, não se contrapõe ao conceito de Estado Democrático de Direito, ao contrário, realiza-o, a partir do momento em que, concretizando a garantia da ação, viabiliza o recebimento de quantia certa pelo particular resultante de condenação judicial exitosa em face do Estado.⁽³⁰⁾

Por fim, uma última relevante característica da execução pecuniária contra a fazenda pública diz respeito ao seu procedimento específico, o qual será analisado no tópico seguinte.

2. Procedimento de execução pecuniária contra a Fazenda Pública

Como já dito, uma das principais características, talvez a mais marcante, da execução pecuniária contra a fazenda pública é seu rito específico. Trata-se de procedimento substancialmente (mas não totalmente) previsto na Constituição Federal — no art. 100, para ser mais específico — o qual já sofreu algumas alterações. Sendo mais exato, ao longo dos quase vinte e dois anos da promulgação da Constituição Federal atual, o dispositivo que trata da execução contra a fazenda pública na Constituição sofreu, ao menos, quatro emendas⁽³¹⁾, sendo a última a Emenda Constitucional (EC) n. 62, de 9 de dezembro de 2009.

(29) VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 56.

(30) *Ibidem*, p. 57.

(31) As outras três foram as Emendas Constitucionais ns. 20, de 15 de dezembro de 1998, n. 30, de 13 de setembro de 2000 e n. 37, de 12 de junho de 2002.

Dado os estreitos limites deste ensaio, bem como seus objetivos, restringir-se-á a análise procedimental à luz da atual conformação dada pela EC n. 62/2009 ao art. 100, e aos ditames dos arts. 86, 87 do ADCT, arts. 730, 731 e 741 do CPC. Cabe chamar atenção que existem outros estatutos legais que tratam de pontos específicos da execução contra a fazenda pública como a Lei n. 10.269/01, que regulamenta o Juizados Especiais Federais e trata da Requisição de Pequeno Valor no âmbito da União, a Lei n. 9.494/97 e o Decreto-lei n. 779/69 — esta última contendo disposições exclusivamente relacionadas à jurisdição trabalhista.

Tais pontos igualmente serão tratados ao longo do ensaio conforme sua pertinência.

2.1. Do regime geral de precatórios

Tudo se inicia com o ajuizamento da execução — através de petição instruída com título executivo judicial ou extrajudicial⁽³²⁾ —, a qual se procederá através de processo autônomo de execução⁽³³⁾.

Sendo líquida⁽³⁴⁾ a condenação, dá-se o impulso inicial no processo executivo e, por conseguinte, realiza-se a citação do ente público para oferecer, querendo, Embargos à Execução no prazo de 30 dias (art. 1-B, da Lei n. 9.494/97, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001)⁽³⁵⁾. Não há que se falar em prazo em

quádruplo ou em dobro, no que tange aos Embargos à Execução⁽³⁶⁾, em aplicação do art. 188 do CPC, haja vista que os Embargos não tem natureza de contestação tampouco de recurso⁽³⁷⁾.

Neste momento, surge, então, a primeira especificidade da execução contra a fazenda pública, caso comparada à execução contra devedor solvente: a fazenda pública é citada não

prazo fixado para oposição de embargos à execução contra a fazenda pública. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, através de sua composição plenária, entendeu por bem conceder medida cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 11) de maneira a suspender todos os processos que discutam a constitucionalidade do dispositivo do art. 1-B, da Lei n. 9.494/97. Nessa oportunidade, imprescindível a transcrição da ementa da decisão: “EMENTA: FAZENDA PÚBLICA. Prazo processual. Embargos à execução. Prazos previstos no art. 730 do CPC e no art. 884 da CLT. Ampliação pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que acrescentou o art. 1º-B à Lei federal n. 9.494/97. Limites constitucionais de urgência e relevância não ultrapassados. Dissídio jurisprudencial sobre a norma. Ação direta de constitucionalidade. Liminar deferida. Aplicação do art. 21, *caput*, da Lei n. 9.868/99. Ficam suspensos todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória n. 2.180-35.”, (ADC 11 MC, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 28.3.2007, DJe-047, Divulg. 28.6.2007, Public. 29.6.2007, DJ 29.6.2007, p. 00020, Ement. vol. 02282-01, p. 00001, RTJ Vol. 00202-02, p. 00463, LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 110-123, REVJMG v. 58, n. 180, 2007, p. 505-511)

(32) VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novas considerações acerca da execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, v. 5, p. 54-68, 2003, p. 56.

(33) Nada obstante as alterações trazidas pela Lei n. 11.232/05 no que concerne à execução do título judicial, a execução contra a fazenda pública ainda se dará através de processo autônomo, permanecendo a antiga formatação procedimental.

(34) Aqui é preciso chamar atenção para a inexistência de qualquer óbice que impeça a aplicação do regime geral de liquidação — art. 475-A até art. 475-H do CPC — na liquidação das condenações pecuniárias contra a fazenda pública. Para mais detalhes, Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Execução. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 708.

(35) Cumpre salientar a existência séria cizânia doutrinária e jurisprudencial acerca da constitucionalidade do

(36) “Os embargos do executado são, pois, processo autônomo, incidente à execução, de natureza cognitiva, dentro do qual se poderá apreciar a pretensão manifestada pelo exequente, para o fim de verificar se a mesma é procedente ou improcedente. Não parece haver muitas dúvidas em doutrina acerca desta natureza dos embargos do executado, definidos de forma pouco menos que unânime como processo de conhecimento autônomo em relação à execução.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. II, p. 409-410).

(37) PROCESSUAL CIVIL — EMBARGOS À EXECUÇÃO OPOSTOS PELA FAZENDA PÚBLICA — PRAZO — ART. 730 DO CPC — INAPLICABILIDADE DO ART. 188 DO CPC — DISSÍDIO PRETORIANO — SÚMULA N. 83/STJ — PRECEDENTES. 1. O STJ firmou o entendimento de que é de dez dias, nos termos da legislação processual então vigente (art. 730 do CPC), o prazo de que dispõe a Fazenda pública para opor embargos à execução. Inaplicabilidade do art. 188 do CPC. (...).”, (REsp n. 248.717/PB, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, 2ª T., julgado em 11.10.2005, DJ 13.3.2006, p. 233).

para pagar ou garantir a execução⁽³⁸⁾, mas para apresentar, querendo, seus embargos à execução.

A formatação legal dos embargos à execução contra a fazenda pública segue as regras dispostas nos arts. 741 e seguintes do CPC. No primeiro dos dispositivos (art. 741), o legislador processual restringiu as matérias que serão aventadas nos embargos às seguintes questões: falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; inexistência do título; ilegitimidade das partes; cumulação indevida de execuções; excesso de execução; qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença; incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz⁽³⁹⁾. Nada impede, outrossim, que nos embargos sejam discutidas

questões (causas impeditivas, modificativas ou extintivas da obrigação) supervenientes à sentença do processo de cognição⁽⁴⁰⁾.

Será dada vista à parte embargada (exequente) que poderá, querendo, apresentar sua manifestação no prazo de 15 dias, devendo posteriormente o juiz decidir antecipadamente, na forma do art. 330 do CPC, ou designar audiência de conciliação, instrução e julgamento, quando da necessidade de produção de prova oral ou pericial, sentenciando no prazo de 10 dias. Da sentença que julgou os embargos cabe apelação em seus efeitos devolutivo e suspensivo – não se esquecendo que a CF/88 exige o trânsito em julgado da decisão para a expedição dos precatórios e do RPV.⁽⁴¹⁾

Após improvidos (ou providos parcialmente) os embargos à execução, ou após sua rejeição ou não oposição⁽⁴²⁾, o juiz da execução requisitará

(38) Hoje, entende-se desnecessária a garantia da execução, mesmo nos caso de execução contra o devedor solvente no processo civil do reformado CPC, seja para oferecimento de impugnação (art. 736, combinado com o art. 475-R, ambos do CPC), seja para oposição de embargos à execução (art. 736, do CPC). Segundo explica Marcelo Abelha Rodrigues: “A regra de construção judicial, como pressuposto para oferecimento da impugnação, sofre abrandamentos, e, v. g., se não houver bens a serem penhorados ou sejam insuficientes para cobrir toda a execução, nada impede que a mesma seja ofertada, processada e julgada, pois a falta de bens penhoráveis trará ao exequente uma situação de suspensão do procedimento executivo, e, por isso mesmo, em respeito à economia processual e celeridade do processo, seria de bom alvitre o recebimento e processamento da impugnação. Os eventuais incidentes relativos à correção, a maior ou menor, do bem penhorado em relação ao valor exequendo, não são óbices ao oferecimento da impugnação.”, (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Do Cumprimento da Sentença. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil: comentários às Leis ns. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 151-152).

(39) Impõe esclarecimento que em se tratando de execução de título extrajudicial, o embargante poderá discutir quaisquer das matérias de defesa uma vez que o dispositivo do art. 745, inciso V, do CPC, autoriza o executado de título extrajudicial a alegar “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”.

(40) Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Execução*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 712.

(41) *Ibidem*, p. 713-714.

(42) Nestes casos não há que se cogitar em reexame necessário, uma vez que não existe qualquer imposição legal nesse sentido, consoante se observa do art. 475, do CPC. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO DE SENTENÇA E EMBARGOS DO DEVEDOR — FAZENDA PÚBLICA — REEXAME NECESSÁRIO — DESCABIMENTO — DEFINIÇÃO DA MATÉRIA PELA CORTE ESPECIAL — DUPLA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS — POSSIBILIDADE — LIMITAÇÃO MÁXIMA DO PERCENTUAL — ART. 20, § 3º, DO CPC — DECISÃO PELA CORTE ESPECIAL DO STJ — PRECEDENTES. 1. A questão posta no recurso especial é para se definir se, em sentença proferida em sede de embargos à execução, quando vencida a Fazenda Pública, é obrigatória a remessa oficial, a teor do art. 475, II, do CPC. 2. A Primeira Turma tem se orientado no sentido de que cabe o duplo grau de jurisdição das sentenças proferidas no curso de processo executivo movido contra a Fazenda Pública. 3. As Segunda, Quinta e Sexta Turmas e a Terceira Seção enveredam no sentido oposto, ou seja, de que a remessa ex officio, prevista no art. 475, II, do CPC, providência imperativa na fase de conhecimento, sem a qual não ocorre o trânsito em julgado da sentença, é descabida em fase de execução de sentença, prevalecendo a disposição do art. 520, V, do CPC. 4. Competência da Corte Especial para dirimir a controvérsia, uniformizando o entendimento

ao presidente do tribunal ao qual se encontra vinculado (tribunal competente) que este expeça o precatório correspondente com a indicação do valor do crédito a ser pago e a ordem de inclusão deste no orçamento respectivo à autoridade responsável (art. 730, inciso I e II, do CPC)⁽⁴³⁾. Com referência aos precatórios apresentados até 1º de julho, será obrigatória a inclusão da verba necessária ao pagamento do respectivo crédito no orçamento da entidade de direito público devedora, sendo o pagamento, nestes casos, realizado até o final do exercício seguinte, momento em que ocorrerá a atualização monetária de seus valores (art. 100, §5º, da CF/88).

Dada a ordem de expedição do precatório pelo juiz, segundo ensina Leonardo José Carneiro da Cunha, o cartório judicial deverá providenciar a cópia das peças essenciais dos autos originais aos quais demonstram ao menos o trânsito em julgado da decisão bem como a natureza do crédito exequente (se alimentar ou não)⁽⁴⁴⁾. Estas cópias serão, então, autuadas servirão para a instrução do precatório, que deverá ser assinado pelo juiz e encaminhado para o presidente do tribunal competente, onde será registrado, autuado e distribuído.

de que a sentença que julga improcedentes embargos à execução opostos pela Fazenda Pública não está sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição. Ressalva do ponto de vista do relator. Homenagem à função estabilizadora de lei federal exercida pelo Superior Tribunal de Justiça (...).”, (REsp n. 504.580/SC, Rel. Ministro José Delgado, 1ª T., julgado em 15.4.2003, DJ 9.6.2003, p. 193).

(43) “É de se registrar, todavia, a tendência de simplificação das formalidades do precatório: que esse passe a ser um simples ofício à Presidência do Tribunal com os dados e certidões necessárias, sem extração de cópias do processo.” VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novas considerações acerca da execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, *Dialética*, v. 5, p. 54-68, 2003, p. 58. No mesmo sentido, os arts. 1º e seguintes, da Resolução n. 258, de 21 de março de 2002, do Conselho da Justiça Federal.

(44) VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novas considerações acerca da execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, *Dialética*, v. 5, p. 54-68, 2003, p. 58.

Por fim, o presidente do tribunal competente inscreverá o precatório e comunicará ao órgão competente a fim de efetuar a ordem de despesas, transferindo à Administração Pública a incumbência de tomar as providências cabíveis, necessárias e suficientes para a abertura do crédito que irá liquidar a dívida⁽⁴⁵⁾. Consoante o art. 1º-E, da Lei n. 9.494/97, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios são passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, antes de seu pagamento ao credor.

Impende destacar que caso haja por parte do presidente do tribunal competente qualquer ato comissivo ou omissivo que retarde ou tente frustrar a liquidação (pagamento) regular de precatório, este incorrerá em crime de responsabilidade, bem como responderá, concomitantemente, perante o Conselho Nacional de Justiça (art. 100, §7º, da CF/88).

Os pagamentos dessas condenações realizar-se-ão exclusivamente na ordem em que foram apresentados os precatórios e à conta dos respectivos créditos. Em respeito ao princípio da impessoalidade e moralidade administrativas (art. 37, da CF/88) é vedada a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias, bem como nos créditos adicionais, abertos para o pagamentos dessas obrigações (art. 100, *caput*, da CF/88).

Serão, então, as dotações orçamentárias e os créditos abertos consignados diretamente ao Poder Judiciário (via depósito bancário a disposição do presidente do tribunal competente)⁽⁴⁶⁾, cabendo ao presidente do tribunal competente que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral. Exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência — ofensa a ordem de precedência no pagamento dos precatórios —

(45) CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 187-188.

(46) *Ibidem*, p. 188.

ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, é possível, a requerimento do credor ofendido, que o presidente do tribunal competente autorize o sequestro da quantia respectiva ou de valores remanescentes necessários à satisfação do crédito (art. 100, § 6º, da CF/88).

Ultrapassadas a explicitação do procedimento geral de execução contra a fazenda pública, é preciso avançar em suas especificidades.

2.2. Da Requisição de Pequeno Valor (RPV)

Existem certas obrigações que dispensam a expedição de precatório no pagamento das condenações pecuniárias da fazenda pública. Nestes casos, o adimplemento dessas obrigações dar-se-ão através das chamadas chamadas Requisições de Pequeno Valor (RPV) — previstas no texto constitucional a partir da EC n. 20/1998 e aperfeiçoada pela EC n. 30/2000⁽⁴⁷⁾.

O art. 100, em seu § 3º, da CF/88, prescreve que o regime de precatório não se aplica aos pagamentos das obrigações definidas em leis como de pequeno valor devidas pela Fazendas Públicas em virtude de sentença judicial transitada em julgado. No âmbito federal, a definição das obrigações de pequeno valor encontra previsão na Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, que instituiu o Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal.

Com esboço no § 1º do art. 17, da mencionada Lei, as obrigações de pequeno valor, para os fins do § 3º, do art. 100, da CF/88, terão por limite o mesmo valor estabelecido por

aquela para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, *caput*, da Lei n. 10.259/01), ou seja, 60 (sessenta) salários mínimos. Tratando-se dessas obrigações de pequeno valor, o pagamento será efetuado no prazo de sessenta dias e independentemente de precatório, a contar da entrega da requisição à autoridade competente na administração pública. O valor da condenação será então consignado (via depósito bancário), na agência da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil mais próxima (Art. 17, *caput*, da Lei n. 10.259/01). Na hipótese de descumprimento da requisição a lei autoriza que o juiz determine o sequestro do valor (numerário) suficiente para o pagamento da condenação (cumprimento da decisão) — § 2º, do art. 17, da Lei n. 10.259/01.

Como claro óbice à burla do regime de precatórios, além de expediente de proteção do sistema contra favorecimentos indevidos, a Constituição Federal de 1988 (art. 100, § 8º) e a Lei n. 10.259/2001 (art. 17, § 3º) vedam o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, bem como a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago⁽⁴⁸⁾, de maneira que o pagamento se faça

(47) Os arts. 128 e 134, da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratou dos benefícios do sistema geral de previdência social, trazia previsão expressa da dispensa do precatório para pagamento de débitos previdenciários de pequeno valor, tendo sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 1.252. Cf. MENDES JR., José do Carmo. A execução contra a Fazenda Pública e os débitos de pequeno valor. In: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte (Coords.). *Temas atuais de execução civil*. Estudo em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 349.

(48) Importante observação é que não existe qualquer fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, muito menos expedição indevido de precatório complementar ou suplementar do valor pago quando se está diante da execução da parcela incontroversa da obrigação. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO ESPECIAL — PROCESSUAL CIVIL — EMBARGOS À EXECUÇÃO PARCIAIS OPOSTOS PELA FAZENDA PÚBLICA — EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO RELATIVAMENTE À PARTE INCONTROVERSA DA DÍVIDA — ART. 739, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — POSSIBILIDADE. 1. “Quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada.” (art. 739, § 2º, do Código de Processo Civil). 2. Prossegue a execução da parte não embargada quando há oposição de embargos parciais por parte da Fazenda Pública, assim considerados aqueles em que o embargante não impugna toda a pretensão do exequente embargado, mesmo quando os embargos são fundados em excesso da execução, na hipótese do inciso I do art. 743 do Código de Processo Civil. 3. O prosseguimento da execução, assim autonomizada, há de fazer-se na forma da Constituição da República, que preceitua a

parte mediante expedição do precatório e parte através de RPV⁽⁴⁹⁾. Todavia, a lei de Juizados

expedição de precatório como regra geral (art. 100, *caput*) ou de execução direta, sem a expedição de precatório, para os pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer, em virtude de sentença judicial transitada em julgado (art. 100, § 3º). 4. A finalidade da norma acrescentada pela Emenda Constitucional n. 37/2002 (art. 100, § 4º) é a de evitar que o exequente, intencionalmente, se valha da utilização simultânea dos dois sistemas de satisfação do seu crédito, quais sejam, o do precatório para uma parte da dívida e o do pagamento imediato (sem expedição de precatório) para outra parte, mediante o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da dívida, não incidindo sobre a execução da parte incontroversa da dívida, autorizada pelo art. 739, § 2º, do Código de Processo Civil. 5. Recurso provido.” (REsp n. 714.235/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6º T., julgado em 24.2.2005, DJ 9.5.2005, p. 490); “RECURSO ESPECIAL — PROCESSO CIVIL — EXECUÇÃO — EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO — PARTE INCONTROVERSA — ART. 739, § 2º DO CPC. A parte incontroversa da execução é regida pelo art. 739, § 2º, do Código de Processo Civil, o que não contrasta com a forma de satisfação de débito da Fazenda Pública. Recurso desprovido.” (REsp n. 636.326/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5º T., julgado em 14.6.2005, DJ 15.8.2005, p. 351).

- (49) “Sendo certo que, no litisconsórcio simples, há uma cumulação de demandas, o tratamento deve ser conferido em relação a cada demanda. Ora, se cada litisconsorte tivesse ingressado, isoladamente, com sua demanda, não haveria precatório. Da mesma forma, se estivesse presentes, todos juntos, num único processo, haveria cumulação de demandas, devendo ser considerado o valor de cada um deles.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Execução. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 725). Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL — AGRAVO REGIMENTAL — CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO INADMITIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM — FINANCEIRO — PAGAMENTO DE CRÉDITOS ORIUNDOS DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO, REFERENTES A LITISCONSORTES ATIVOS FACULTATIVOS — PROCESSAMENTO INDIVIDUAL — VIOLAÇÃO DO ART. 100, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO — AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI JURIS*. Em rigor, não cabe concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento interposto para destrar o seguimento de recurso extraordinário inadmitido pelo Tribunal de origem. Necessidade de instauração da jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal. Decisão que permite o processo de pagamento individual de créditos oriundos de decisão transitada em julgado, não embargada, cada qual relativo a um

Especial Federal Cível (Lei n. 10.259/2001) autoriza que o credor/exequente renuncie ao crédito do valor excedente ao limite de sessenta salários mínimos, para que possa receber o pagamento do saldo sem o precatório através de RPV (§ 4º)⁽⁵⁰⁾.

No âmbito estadual e municipal, e do Distrito Federal, enquanto não houver lei que determine o que seja a condenação de pequeno valor — até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, como trata o artigo —, aplica-se o disposto no art. 87 da ADCT: com relação aos Estados e ao Distrito Federal serão considerados de pequeno valor as condenações que tenham valor igual ou inferior a 40 (quarenta) salários mínimos; no que tange os municípios serão considerados de pequeno valor as condenações que tenham valor igual ou inferior a 30 (quarenta) salários mínimos. Igualmente, desta vez por autorização do parágrafo único do art. 87 da ADCT, o exequente está autorizado a renunciar ao crédito do valor excedente ao limite do respectivo teto, para que possa receber o pagamento do saldo sem o precatório através de RPV.

litisconsorte ativo facultativo. Proibição de fracionamento de valor da execução, para evitar-se que o pagamento seja feito parte mediante a sistemática dos créditos de pequeno valor, parte na sistemática de precatório (art. 100, § 4º, da Constituição). Ausência de *fumus boni juris*. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AC 653 AgR, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, 2º T., julgado em 7.3.2006, DJ 12.5.2006, PP-00017, Ement. vol. 02232-01, p. 00032, RT v. 95, n. 852, 2006, p. 143-146)

- (50) Ao que parece ser o entendimento mais correto à luz dos princípios do contratório e e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88), a doutrina vem entendendo que nestas situações de renúncia de excedente — ocorridas fora dos Juizados Especiais Federais, na medida em que as decisões nestes juizados possuem caráter eminentemente mandamental — existirá apenas a dispensa do precatório, o que não elimina a necessidade de futuro processo autônomo de execução. Nestes casos, devendo ser aplicado assim de forma mitigada os arts. 730 e 731, ambos do CPC, ressalvada, obviamente, a expedição de precatório. Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Execução. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 724.

Noutro ponto, a Constituição Federal, no § 4º, do art. 100, facultou que se fossem fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, para os fins de pagamento de obrigações de pequeno valor, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

De mais a mais, impende alertar que a Constituição não fixa um teto para a determinação do que se entende por obrigações de pequeno valor, de maneira a não ser vinculativa, com relação aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal, os tetos dispostos no art. 87 do ADCT. Todavia, por questões de razoabilidade, deve existir uma mínima ponderação no momento da determinação do teto das obrigações de pequeno valor⁽⁵¹⁾.

Por oportuno, é preciso salientar que no tocante aos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, a recentemente promulgada Lei n. 12.153/2009, que dispôs sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, praticamente repetiu o procedimento da Lei de Juizados Especiais Federais. Prescreve o art. 13 da mencionada lei:

Art. 13. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado:

I – no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contado da entrega da requisição do juiz à autoridade citada para a causa, independentemente de precatório, na hipótese do § 3º do art. 100 da Constituição Federal; ou

(51) No mesmo sentido, defendendo que se deve cuidar para que se evite abusos legislativos, a doutrina reconhece a necessidade de ponderação na fixação do teto nos Estados, Distrito Federal e Municípios para a expedição de Requisição de Pequeno Valor. Cf. FONSECA, Vitor. *Requisição de pequeno valor*. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 375.

II – mediante precatório, caso o montante da condenação exceda o valor definido como obrigação de pequeno valor.

§ 1º Desatendida a requisição judicial, o juiz, imediatamente, determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão, dispensada a audiência da Fazenda Pública.

§ 2º As obrigações definidas como de pequeno valor a serem pagas independentemente de precatório terão como limite o que for estabelecido na lei do respectivo ente da Federação.

§ 3º Até que se dê a publicação das leis de que trata o § 2º, os valores serão:

I – 40 (quarenta) salários mínimos, quanto aos Estados e ao Distrito Federal;

II – 30 (trinta) salários mínimos, quanto aos Municípios.

§ 4º São vedados o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no inciso I do *caput* e, em parte, mediante expedição de precatório, bem como a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago.

§ 5º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido para pagamento independentemente do precatório, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório.

§ 6º O saque do valor depositado poderá ser feito pela parte autora, pessoalmente, em qualquer agência do banco depositário, independentemente de alvará.

§ 7º O saque por meio de procurador somente poderá ser feito na agência destinatária do depósito, mediante procuração específica, com firma reconhecida, da qual constem o valor originalmente depositado e sua procedência.

Por fim, chama atenção que, antes da expedição da ordem, deve-se citar a Fazenda Pública, para que, querendo, oponha os cabíveis embargos à execução, na forma do art. 741 e seguintes do CPC, combinado com o art. 52, da Lei n. 9.099/1995, art. 1º, da Lei n. 10.259/2001

e art. 27, da Lei n. 12.153/2009 (ver item 2.1) – à luz dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa (art. 5º, inciso LV, CF/88).

2.3. Das obrigações alimentícias

Se comparadas, como já visto, a Constituição Federal de 1967/1969 com a Constituição Federal de 1988, em seu texto original, não é perceptível grandes diferenças no que diz respeito à sistemática do regime de precatório e pagamento das obrigações decorrentes das condenações contra a fazenda pública. A principal mudança, com a ascensão da carta constitucional de 1988, encontrava-se exatamente na distinção realizada entre as chamadas obrigações alimentícias e as outras obrigações pecuniárias decorrentes das condenações da fazenda pública.

Segundo os termos da atual Constituição, em sua redação original, os créditos de natureza alimentícia estariam excepcionados do regime de precatório para seu pagamento. De sua confusa redação, surgiu dois entendimentos diametralmente opostos: o primeiro defendia que as obrigações de natureza alimentícia não se submeteria ao regime de precatório⁽⁵²⁾; o segundo entendimento entendia que a Constituição não excluiu as obrigações de natureza alimentícia do regime de precatórios, mas apenas criou para essas obrigações uma ordem de precatórios preferencial, aos quais serão pagos com precedência com relação as outras obrigações pecuniárias decorrentes das condenações da fazenda pública⁽⁵³⁾.

(52) “A expressão à exceção dos créditos de natureza alimentícia (art. 100, caput) veio com o texto constitucional original de 1988, trazendo a esperança de que esses estariam livres do penoso caminho do precatório. A doutrina animou-se em defender a desnecessidade do precatório para tais dívidas alimentícias (José Augusto Delgado, Ernane Fidélis dos Santos)”, (VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novas considerações acerca da execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São paulo, Dialética, v. 5, p. 54-68, 2003, p. 58).

(53) Conformando este entendimento prescreve o § 1º, do art. 6º, da Lei n. 9.469/97: “É assegurado o direito de preferência aos credores de obrigação de natureza

Pacificando o entendimento e encerrando a discussão, com a expedição da Súmula n. 655, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que a exceção prevista na Constituição no tocante aos créditos de natureza alimentícia não se compreende como dispensa ou afastamento da expedição de precatório. Esta exceção, contudo, representa apenas a isenção destes créditos da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.⁽⁵⁴⁾

Neste diapasão, a Constituição não estaria dispensando os créditos de natureza alimentícia do regime precatório, mas apenas da ordem cronológica, dando-os preferência com relação aos outros créditos.

Com efeito, a segunda questão diz respeito à definição daquilo que se compreende como obrigação de natureza alimentícia. Tentando evitar grandes confusões ou abusos a Constituição discriminou, desde a emenda constitucional de n. 30/2000, que os créditos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

Nada obstante, alguns doutrinadores defendem que este rol é exemplificativo ou não taxativo — noutras palavras, permitem ampliação. Com a devida vênia, ousa-se discordar daqueles que pensam desta maneira, haja vista que a forma do pagamento das obrigações alimentícias decorrentes das condenações da fazenda pública representam regra excepcional dentro da sistemática do regime de precatórios e como exceção deve ser interpretada de maneira restritiva⁽⁵⁵⁾. Desta forma, o rol previsto pelo

alimentícia, obedecida, entre eles, a ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios judiciais”.

(54) Nesse sentido, a Súmula n. 144 do Superior Tribunal de Justiça: “Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa”.

(55) Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de*

§ 1º, do art. 100, da CF/88, não comporta ampliação, seja através de interpretação analógica ampliativa, seja através de analogia propriamente dita⁽⁵⁶⁾.

Por fim, chama atenção a doutrina especializada para uma incoerência existente no dispositivo que exige o trânsito em julgado da condenação para iniciar a execução contra a fazenda pública dos créditos alimentícios. Segundo Cássio Scarpinella Bueno é importante dar destaque à natureza e à finalidade do crédito alimentar a fim de legitimar um tratamento distinto da execução desta obrigação, de maneira a ensejar a inconstitucionalidade da exigência do trânsito em julgado da decisão que reconhece o dever de pagar como pressuposto da execução das obrigações alimentícias da fazenda pública. “A necessidade do pagamento de verbas com esta natureza pode ser — como sói acontecer — maior do que o *tempo* necessário para o trânsito em julgado da decisão”.⁽⁵⁷⁾

São essas as questões de destaque no trato da execução de obrigações alimentícias contra fazenda pública, de importância fundamental principalmente na Justiça do Trabalho, como será visto em outro ponto.

direito processual civil. Execução. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 724. Em sentido diverso, compreende Juvêncio Vasconcelos Viana que os honorários advocatícios também devam ser incluídos dentre as obrigações alimentícias para os fins da execução contra a fazenda pública. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novas considerações acerca da execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, v. 5, p. 54-68, 2003, p. 59.

(56) Nada obstante prefira aguardar a pacificação da cizânia pelos tribunais superiores, para Humberto Theodoro Junior a discriminação realizada pela constituição não parece ter sido motivada com propósitos meramente exemplificativos. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais do precatório na execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São paulo, Dialética, v. 22, p. 73-90, 2005, p. 81.

(57) BUENO, Cassio Scarpinella. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública — uma proposta atual de sistematização. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 143-144.

2.4. Da execução provisória contra a fazenda pública

Como é cediço, em razão de seu regime jurídico, a execução pecuniária contra o Poder Público segue um trâmite bastante diferenciado.

Como já visto, o disposto no § 5º, do art. 100, da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 62, de 2009, no orçamento das entidades de direito público, é obrigatória a inclusão de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de *sentenças transitadas em julgado*, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Desta cláusula a doutrina e a jurisprudência vem discutindo a (im)possibilidade de concessão de tutela antecipada por quantia certa contra o Poder Público. Em verdade, o cerne da discussão encontra-se adstrito a saber se é possível a execução provisória contra a Fazenda Pública.

A original redação do § 1º do art. 100 da CF/88 não trazia semelhante alusão à “sentenças transitadas em julgado”. Dizia o revogado dispositivo:

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.

Na vigência da antiga redação do dispositivo, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça firmava-se o entendimento acerca da possibilidade de execução provisória contra a Fazenda Pública⁽⁵⁸⁾.

(58) “PROCESSUAL — EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA — EXECUÇÃO PROVISÓRIA — POSSIBILIDADE — O ART. 730 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO IMPEDE A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.” (REsp n. 56.239/PR, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 1ª T., julgado em 15.3.1995, DJ 24.4.1995, p. 10388); “Processual

A partir da Emenda Constitucional n. 30/2002, como acima demonstrado, passou-se, pelo menos na interpretação literal do dispositivo, a exigir o trânsito em julgado da decisão condenatória para se executar a fazenda pública⁽⁵⁹⁾. A justificativa dessa nova redação está na circunstância de que, uma vez inscrito o precatório, o crédito passa a integrar o orçamento respectivo, devendo ter como única destinação o efetivo pagamento à parte favorecida.

Portanto, a regra foi pensada para resguardar o interesse público no pagamento de verbas orçamentárias, evitando-se os desvios de orçamento no pagamento de um crédito provisório,

Civil. Execução Provisória Contra a Fazenda Pública. Possibilidade. CPC, arts. 588, 730 e 731. 1. O sistema processual apropriado à execução provisória por quantia certa não impede a sua instauração contra a Fazenda Pública — art. 730, CPC. Dispensabilidade da previa caução, só exigível antes do levantamento do dinheiro. Transitado em julgado o título executivo, obvia-se que fica elidida a necessidade da caução. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso provido.” (REsp n. 182.924/PE, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, 1ª T., julgado em 26.6.2001, DJ 11.3.2002, p. 175). v. BUENO, Cassio Scarpinella. Execução provisória contra a Fazenda Pública. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 81, p. 240-245, 1996.

- (59) O STJ bem reconhece a possibilidade de conclusão da execução provisória iniciada antes da promulgação da EC n. 30/2000, com a expedição do respectivo precatório: “PROCESSO CIVIL — EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA — AJUIZAMENTO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 30/2000 — POSSIBILIDADE. 1. A Emenda Constitucional n. 30 deu nova redação ao § 1º do art. 100 da Constituição para estabelecer, como pressuposto da expedição de precatório ou da requisição do pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, o trânsito em julgado da respectiva sentença. 2. Há de se entender que, após a Emenda 30, limitou-se o âmbito dos atos executivos, mas não foi inteiramente extinta a execução provisória. Nada impede que se promova, na pendência de recurso com efeito apenas devolutivo, a liquidação da sentença, e que a execução (provisória) seja processada até a fase dos embargos (CPC, art. 730, primeira parte) ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados. 3. Em relação às execuções provisórias iniciadas antes da edição da Emenda 30, não há a exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. Precedentes do STF e do STJ.” (MC n. 6.489/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª T., julgado em 27.5.2003, DJ 16.6.2003, p. 261)

portanto modificável, o que indisponibilizaria uma verba que poderia ser utilizada em outra finalidade.⁽⁶⁰⁾

Em outras palavras, não atende ao interesse público a destinação de verba para pagamento de precatório inscrito provisoriamente, tornando indisponível um valor que poderia ter outra destinação, já que é incerto que realmente será pago ao credor, em vista da possível modificação do *statu quo*, decorrente do eventual provimento de algum recurso interposto ou, até mesmo, de modificação da sentença no reexame necessário.⁽⁶¹⁾

Sob a égide da nova redação do mencionado dispositivo, modificou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL — EXECUÇÃO DE SENTENÇA — FAZENDA PÚBLICA — ARTS. 730 E 731 DO CPC — ART. 100 § 1º DA CF/88 COM A REDAÇÃO DADA PELA EC N. 30/00. 1. A EC n. 30/00, ao inserir no § 1º do art. 100 da CF/88 a obrigação de só ser inserido no orçamento o pagamento de débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, extinguiu a possibilidade de execução provisória. 2. Releitura dos arts. 730 e 731 do CPC, para não se admitir, contra a Fazenda Pública, execução provisória. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 447406/SP, Relª Ministra Eliana Calmon, 2ª T., julgado em 20.2.2003, DJ 12.5.2003, p. 286)

Quanto às hipóteses de dispensa de precatório, a doutrina ensina que o trânsito julgado é imprescindível para a execução de tais obrigações, na medida em que a constituição dispensa o precatório, mas não o trânsito em julgado da condenação.⁽⁶²⁾

-
- (60) CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 204.

- (61) *Idem*.

- (62) *Ibidem*, p. 207. Nesse sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública — uma proposta atual de sistematização. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 136.

Com efeito, o que algumas vozes na doutrina vêm defendendo, com razoabilidade, é a possibilidade de ajuizamento da execução com o processamento dos respectivos atos iniciais, inclusive com a liquidação prévia da decisão⁽⁶³⁾. Nessa senda, a norma constitucional não obstaculiza o processamento imediato da execução, procedendo-se a liquidação do julgado, a posterior citação da fazenda pública para a oposição dos embargos à execução, os quais serão processados e julgados, e seguirão através da interposição de eventual recurso. Após todo esse trâmite, aguardar-se-á o trânsito em julgado da decisão no processo de conhecimento, para então se poder expedir o precatório.⁽⁶⁴⁾

(63) “O texto constitucional não veda o início do procedimento executório com base em sentença não transitada em julgado. O trânsito em julgado é requisito para a expedição da ordem judicial para a inclusão do crédito no orçamento da entidade devedora, a fim de que seja pago de acordo com a ordem cronológica de chegada. O que a Constituição Federal proíbe é que seja ‘guardado lugar’ na fila de pagamento, com base em sentença ainda não acobertada pela coisa julgada.” (CIMARDI, Cláudia A. Execução contra Fazenda Pública após EC n. 30/2000. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 338).

(64) CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 207. Nesse sentido explica Teori Albino Zavascki: “Ora, os §§ 1.º, 1.º-A e 3.º (com redação da EC n. 30, de 2000) do art. 100 da Constituição deixam evidenciado que a expedição de precatório ou pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, decorrentes de decisão judicial (mesmo em se tratando de obrigação de natureza alimentar), supõem o trânsito em julgado da respectiva sentença. Limita-se, com isso, o âmbito dos atos executivos, mas não se pode considerar totalmente eliminada a execução provisória nesses casos. Nada impede, com efeito, que se promova a liquidação da sentença e que a execução (provisória) seja processada até a fase dos embargos, prevista na primeira parte do art. 730 do CPC, ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados.”, (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*: Parte geral. 3. ed.

Neste diapasão, ao se permitir o ajuizamento imediato da execução contra a fazenda pública, ainda que não haja a expedição antecipada do precatório em razão da vedação constitucional, garante-se um trâmite mais célere do procedimento de satisfação do crédito contra a fazenda pública, bem como a observância do direito fundamental à tutela executiva⁽⁶⁵⁾.

2.5. Outras questões importante ou controvertidas

Como é facilmente percebido, o estudo da execução pecuniária contra a fazenda pública não se encerra em mera digressão acerca do seu procedimento. Diversas já foram as questões levantadas ao longo do texto, e diversas outras ainda merecem alguma reflexão. Dados os limites estreitos desse estudo e de seus objetivos, passar-se-á a analisar, ainda que de maneira perfunctória, algumas questões de ímpar relevância para o tema em comento.

2.5.1. Atualização monetária e juros

A maneira como se dá a atualização monetária e a incidência dos juros moratórios, na execução contra a fazenda pública, recebeu da Constituição uma conformação substancialmente especial.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 448). Há quem vá além para admitir a expedição de precatório-provisório em sede de execução contra a fazenda pública, desde que haja a exigência de caução idônea do exequente, capaz de resguardar eventual regresso no caso de ser afastada a condenação da Fazenda Pública. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 137.

(65) “No que diz com a prestação de tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de que existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo. É a essa exigência, portanto, que se pretende “individualizar”, no âmbito daqueles valores constitucionais englobados no “*due process*”, denominando-a *direito fundamental à tutela executiva* e que consiste, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva.”, (GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 102).

Como já visto, o diversas vezes mencionado § 5º, do art. 100, da CF/88, estabeleceu como obrigatória a inclusão no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. Nesse contexto, é possível compreender que entre a expedição do precatório e seu efetivo pagamento (até o final do exercício seguinte), o valor do precatório deve ser necessariamente atualizado⁽⁶⁶⁾.

Desde a EC n. 30/2000, corrigiu-se um enorme equívoco histórico no tocante a atualização monetária dos valores de precatório. Antes do dispositivo, para receber a diferença do valor corrigido, era preciso a expedição de precatório complementar, a ensejar infundáveis solicitações de complemento o que tornava a quitação real do débito extremamente difícil, principalmente nas épocas de altas inflações⁽⁶⁷⁾.

(66) "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO — CONSTITUCIONAL — DISPENSA DE PRECATORIO — IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. A decisão 'a quo', ao determinar a satisfação do débito com atualização monetária, mediante precatório, não desrespeitou o princípio da previsão orçamentária e se pautou de acordo com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, sobre as verbas alimentares satisfeitas com atraso, incide correção monetária até o seu efetivo pagamento. Precedente. Agravo Regimental improvido.", (AI n. 171.924 AgR, Relator(a): Min. Mauricio Corrêa, 2ª T., julgado em 27.10.1995, DJ 2.2.1996, p. 00865, Ement. vol. 01814-05, p. 00855). No passado, bem antes da Emenda Constitucional n. 30/2000, em sentido diverso já defendeu Milton Flaks: "Se fosse admitida a atualização até a data do efetivo pagamento, no curso do exercício financeiro seguinte, o Executivo sempre poderia alegar erro na estimativa da inflação e desatender aos precatórios remanescentes, uma vez que esgotada a verba orçamentária, visto que o texto constitucional não vai ao ponto de exigir suplementações, mesmo porque estas dependem de *superavit*, anulação de outras dotações ou operações de crédito (CF, art. 167, V)." (FLAKS, Milton. *Precatório judiciário na Constituição de 1988*. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revistas dos Tribunais, n. 58, p. 93, 1990.

(67) "A sistemática de pagamento do precatório, antes da EC n. 30/2000 (na redação original da Constituição

Nada obstante, desde 2000, a Constituição impõe a atualização monetária do montante da dívida no momento no pagamento, independentemente da expedição de precatório complementar. Com a promulgação da EC n. 62/2009, a atualização de valores de requisitórios, de sua expedição até o efetivo pagamento passou a ser feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, independentemente de sua natureza (§ 12, do art. 100, da CF/88)⁽⁶⁸⁾.

Contudo, conforme se observa, neste período, a Constituição não fez qualquer menção ao pagamento de juros. Desta constatação implica no entendimento pacífico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁽⁶⁹⁾ de que

Federal de 1988 e nas Constituições anteriores), nos diversos períodos da história de nosso país em que tivemos altíssimos índices inflacionários mensais, resultava em sucessivos depósitos de importâncias correspondentes à correção monetária, até que se chegasse ao valor real e final do crédito. Para tanto, necessária a expedição de *novo precatório*, denominada *complementar*, para o pagamento do montante que viesse a ser apurado para a recomposição do efetivo valor do crédito, com a incidência da correção monetária do período entre atualização efetivada quando da expedição do precatório e o depósito. Entretanto, o pagamento do precatório complementar também não previa a incidência da correção monetária, o que gerava a expedição de outro precatório complementar ao complementar, e assim sucessiva e interminavelmente.", (CIMARDI, Cláudia A. *Execução contra Fazenda Pública após EC n. 30/2000*. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 340-341)

(68) Segundo a redação dada pela Lei n. 11.960/2009 ao art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, "nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança". Todavia, chama atenção que esse dispositivo merece ser compatibilizado e interpretado conforme o regramento do novel § 12, do art. 100, da CF/88.

(69) "EMENTA: CONSTITUCIONAL — CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR — JUROS DE MORA ENTRE A DATA DA EXPEDIÇÃO DO PRECATORIO E A DO EFETIVO

durante a expedição do precatório até o final do exercício financeiro seguinte, limite para o pagamento do precatório, a Fazenda Pública não se encontra em mora com seu credor. Deste modo, corresponderia a enriquecimento sem causa do credor o pagamento de juros moratórios neste lapso temporal.

Com efeito, a incidência de juros moratórios somente ocorrerá após o exercício financeiro em que deveria ter ocorrido o pagamento do precatório⁽⁷⁰⁾. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional n. 62/2009, incidirão

PAGAMENTO — CF, ART. 100, § 1.º (REDAÇÃO ANTERIOR À EC N. 30/2000). Hipótese em que não incidem juros moratórios, por falta de expressa previsão no texto constitucional e ante a constatação de que, ao observar o prazo ali estabelecido, a entidade de direito público não pode ser tida por inadimplente. Orientação, ademais, já assentada pela Corte no exame da norma contida no art. 33 do ADCT. Recurso extraordinário conhecido e provido.”, (RE n. 305.186, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, 1ª T., julgado em 17.9.2002, DJ 18.10.2002, p. 00049, Ement. vol. 02087-03, p. 00620, RTJ vol. 00183-02, p. 00785)

- (70) “EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA — PRECATÓRIO COMPLEMENTAR — JUROS DE MORA — NÃO INCIDÊNCIA, SALVO SE O PAGAMENTO NÃO OCORRER NO PRAZO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO. 1. A jurisprudência do STJ, em conformidade com a orientação traçada pelo STF, considerada que, havendo, por parte da Fazenda, o cumprimento do prazo constitucional para o pagamento dos precatórios (mês de dezembro do ano subsequente ao da respectiva apresentação), os juros moratórios são indevidos, por duas razões: primeira, porque a Constituição mandou incluir somente correção monetária; segunda, porque não houve mora. 2. Todavia, uma interpretação dessa orientação a *contrario sensu* leva à seguinte conclusão: se a Fazenda não atende o prazo constitucional para o pagamento do precatório, configurar-se-á situação de mora, caso em que (a) são devidos juros de mora e (b) incidem sobre o período da mora, ou seja, a partir do dia seguinte ao do prazo constitucional do pagamento do precatório. Em outras palavras: não havendo pagamento do precatório até dezembro do ano seguinte ao da sua apresentação, passam, a partir de então (1º de janeiro subsequente) a incidir juros de mora. 3. No caso concreto, apresentado o precatório em julho de 1999, o seu pagamento ocorreu em janeiro de 2001, razão pela qual não são devidos juros moratórios até dezembro de 2000, mas são devidos no período de janeiro de 2001.” (AgRg no REsp n. 509.049/SC, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª T., julgado em 2.12.2003, DJ 16.2.2004, p. 212)

juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios⁽⁷¹⁾ (§ 12, do art. 100, da CF/88).

Para o pagamento desses juros faz-se imprescindível a expedição de precatório complementar, pois não é possível o acréscimo no valor do precatório já expedido⁽⁷²⁾. Essa expedição dar-se-á independentemente do ajuizamento de nova execução⁽⁷³⁾, bastando a apresentação dos cálculos pelo credor e a intimação da fazenda pública para se manifestar sobre esses. Por conseguinte, expedir-se-á o precatório complementar para pagamento dos juros moratórios.

- (71) Ao que parece a Constituição não revogou os casos em que a lei garante o pagamento dos juros compensatórios (v. g., art. 15-A do Decreto-lei n. 3.365/1941 que prevê o pagamento de juros desde a imissão do expropriante na posse do imóvel na desapropriação), mas somente que haja a incidência de juros compensatórios nos casos não autorizados por lei. É preciso esperar, porém, o posicionamento jurisprudencial acerca da questão.

- (72) Já dizia Humberto Theodoro Jr. que em nenhuma hipótese é possível a alteração da sentença exequenda pelo presidente do tribunal competente, cabendo a este proceder apenas as correções de erros materiais e de cálculo, que não altere a substância da coisa julgada expressa no título executivo. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais do precatório na execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, v. 22, p. 73-90, 2005, p. 85.

- (73) “PROCESSUAL CIVIL — RECURSO ESPECIAL — AUSÊNCIA DE COMANDO CAPAZ DE INFIRMAR O ACÓRDÃO RECORRIDO — SÚMULA N. 284 DO STF — PRECATÓRIO COMPLEMENTAR — CITAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA — ART. 730 DO CPC — DESNECESSIDADE. 1. É inviável a reapreciação, na via do recurso especial, de matéria decidida pelo Tribunal de origem com base em fundamento de natureza constitucional. 2. Não pode ser conhecido pela alínea a o recurso especial em que os dispositivos de lei indicados como violados não contém comando suficiente para infirmar os fundamentos do acórdão recorrido. 3. Havendo precatório complementar, é incabível nova citação da Fazenda Pública para, querendo, opor embargos, nos termos do art. 730 do CPC. O novo precatório decorre de incidente da ação em curso, que não foi extinta. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.”, (REsp n. 831.830/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª T., julgado em 20.6.2006, DJ 30.6.2006, p. 193)

Tudo deverá proceder como típico incidente processual na execução já iniciada, observando o contraditório e a ampla defesa⁽⁷⁴⁾, desaguando em decisão meramente interlocutória passível de agravo de instrumento⁽⁷⁵⁾. Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL — PRECATÓRIO COMPLEMENTAR — APRESENTAÇÃO DA CONTA PELO EXEQUENTE — MEIO DE IMPUGNAÇÃO — EMBARGOS À EXECUÇÃO — INADMISSIBILIDADE — PROCESSO UNO — PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE — AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. Os embargos à execução constituem meio de impugnação incabível contra a conta de atualização apresentada pelo exequente para a expedição de precatório complementar, sob pena de enxertar-se uma infinidade de processos de execução para um único processo de conhecimento, perpetuando-se, assim, a dívida da Fazenda Pública. A execução é um processo uno e foi há muito iniciada, momento em que, na forma do art. 730 do Código de Processo Civil, foi a União citada para oferecer embargos, motivo pelo qual não é necessária uma nova citação para a oposição de novos embargos, basta que se intime a devedora para impugnar a conta. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 385.413/MG, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Franciulli Netto, 1ª Seção, julgado em 27.5.2002, DJ 19.12.2002, p. 326)

Por fim, incumbe salientar que o Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo o entendimento de que caso a decisão exequenda contenha expressamente a previsão de incidência de juros deste a data da expedição do precatório até o efetivo pagamento, este título deve ser obedecido em sua integralidade, em consonância com os ditames da coisa julgada material⁽⁷⁶⁾.

(74) THEODORO JR., Humberto. Aspectos processuais do precatório na execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, v. 22, p. 73-90, 2005, p. 86.

(75) THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008. p. 386.

(76) "ADMINISTRATIVO — PROCESSUAL CIVIL — AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL — EXECUÇÃO

2.5.2. A natureza da atividade do presidente do tribunal competente

Existiu e de certa forma ainda existe na doutrina certa divergência acerca da natureza jurisdicional ou administrativa da atividade do presidente do tribunal competente no tocante ao procedimento do precatório. Esta discussão, todavia, perdeu a importância principalmente a partir da pacificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça com relação ao tema.

Segundo entendimento do STF e do STJ, a atividade desenvolvida pelo presidente do tribunal competente no procedimento do precatório diz respeito ao campo administrativo e não jurisdicional. Na ADI n. 1.298/SP o STF aduziu que: "A ordem judicial de pagamento (§ 2º do art. 100 da Constituição Federal), bem como os demais atos necessários a tal finalidade, concernem ao campo administrativo e não jurisdicional. Ao respaldá-la tem-se sempre uma sentença exequenda"⁽⁷⁷⁾. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento na Súmula n. 311 que dispõe: "Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional".

Por consequência, em se tratando de atividade administrativa, toda e qualquer questão

— TÍTULO JUDICIAL EXEQUENDO QUE DETERMINA INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO DA DÍVIDA — PRECATÓRIO COMPLEMENTAR — VIOLAÇÃO À COISA JULGADA — IMPOSSIBILIDADE — PRECEDENTES — RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O título judicial exequendo determinou, expressamente, a incidência de juros de mora "até o depósito da integralidade da dívida", hipótese na qual, sob pena de violação à coisa julgada, não cabe a exclusão de referida parcela dos cálculos para expedição de precatório complementar. 2. Agravo regimental improvido. Acórdão proferido em sede de apelação mantido.", (AgRg no AgRg no REsp n. 724.503/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., julgado em 28.11.2006, DJ 18.12.2006, p. 471).

(77) Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1.098, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 11.9.1996, DJ 25.10.1996, p. 41026, Ement. vol. 01847-01, p. 00019, RTJ vol. 00161-03, p. 00796.

decorrente da condução do procedimento do precatório pelo presidente do tribunal competente deve ser encaminhado para o juízo da execução para seu julgamento, incumbindo ao presidente do tribunal competente apenas processar⁽⁷⁸⁾ o precatório expedido a ordem do juiz da execução⁽⁷⁹⁾.

De mais a mais, por ser administrativa, contra a atividade desenvolvida pelo presidente do tribunal competente na condução dos precatórios não é cabível a interposição de recurso extraordinário⁽⁸⁰⁾ ou especial⁽⁸¹⁾. Contudo, dos atos ilegais ou abusivos cometidos na condução do procedimento do precatório pelo presidente do tribunal competente é pacífico o cabimento de Mandado de Segurança para que seja afastada eventual ofensa a direito líquido e certo cometido neste específico âmbito de atuação⁽⁸²⁾.

2.5.3. Intervenção nos estados e municípios

Ninguém, talvez, hoje, tenha argumentos suficientemente fortes para refutar a particular

importância da especial execução pecuniária contra a fazenda pública. Do próprio texto constitucional, muito claramente, observa-se esse dado. Um dos mais retumbantes elementos que demonstra a importância da execução contra a fazenda pública e do regime de precatórios encontra-se na previsão do art. 34, inciso V, *a*, e art. 35, inciso I, ambos da Constituição Federal de 1988.

Na forma do art. 34, inciso V, *a*, da CF/88, a União poderá intervir nos Estados da federação, excepcionalmente, para organizar suas finanças quando houver a suspensão do pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, ressalvados os casos de força maior. Do mesmo modo, o art. 35, inciso I, da CF/88, autoriza que os Estados intervenham nos municípios, que se localizem em seu território, e a União, nos municípios dos territórios federais, quando houver qualquer destes municípios deixado de pagar a dívida fundada por dois anos consecutivos, igualmente, ressalvados os casos de força maior.

Nessa senda, explica Rui Stoco que tendo sido expedida, após o cumprimento de todos os requisitos formais, a ordem ou requisição judicial não pode ser descumprida pela fazenda pública sob pena de autorizar a decretação da intervenção no ente federativo faltoso. Não basta o cumprimento parcial da ordem, na medida em que esta não detém o caráter liberatório.⁽⁸³⁾

De outra maneira, o argumento da falta de recursos para o pagamento do precatório não é justificativa que vinha sensibilizando a jurisprudência dos tribunais superiores. Contudo, recente decisão do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que não cabe a decretação da intervenção nas hipóteses de inexistir uma atuação dolosa e deliberada da fazenda pública com a finalidade do não pagamento do precatório, haja vista a existência de séries de obrigações

(78) Contudo, não se pode esquecer que consoante o art. 1º-E, da Lei n. 9.494/97, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios são passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, antes de seu pagamento ao credor.

(79) DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Execução. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 717.

(80) Supremo Tribunal Federal, Súmula n. 733: "Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios".

(81) PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO DE SENTENÇA — PRECATÓRIO — HOMOLOGAÇÃO — ATIVIDADE DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA — MERAMENTE ADMINISTRATIVA — RECURSO ESPECIAL — INCABÍVEL. 1 — No processamento de precatórios, o Presidente do Tribunal de Justiça exerce atividades administrativas, não revestidas de conteúdo jurisdicional e, por isso, insuscetíveis de impugnação na via recursal extraordinária. 2 — Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no Ag n. 288.539/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 6ª T., julgado em 6.6.2000, DJ 19.6.2000, p. 222)

(82) VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Novas considerações acerca da execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, v. 5, p. 54-68, 2003, p. 59.

(83) STOCO, Rui. Os precatórios judiciais e a intervenção no Estado ou Município. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 739, ano 86, p. 70-85, 1997, p. 75.

de idêntica hierarquia que igualmente exige dispêndio de recursos públicos, bem como diante da necessidade de efetivar outras normas constitucionais. Para o Pretório Excelso, a intervenção é medida de extrema gravidade, que deve obediência à máxima da proporcionalidade.⁽⁸⁴⁾

Nada obstante a decisão do STF, não se pode olvidar que a dívida consolidada do poder público encontra-se programada segundo sua arrecadação, de maneira a que o descontrole dessa equação, já dizia Rui Stoco, representa, em verdade, desídia do administrador público, não podendo ser utilizado em favor do inadimplente.⁽⁸⁵⁾

Desta forma, como se observa o não cumprimento dos prazos previstos na CF/88 para o adimplemento das obrigações decorrentes das condenações da fazenda pública poderá ensejar a intervenção federal nos estados ou municípios do território ou dos estados nos municípios, desde que, por óbvio, ateste-se o implemento dos requisitos previstos nos arts. 34, 34 e 36 da CF/88.

2.5.4. O sequestro de valores públicos

O sequestro ou bloqueio de verbas públicas é expediente excepcional com caráter eminentemente satisfativo⁽⁸⁶⁾ (não cautelar) autorizado pela Constituição em apenas duas hipóteses: preterimento do direito de precedência — ofensa a ordem de pagamento dos precatórios — ou inexistência de dotação orçamentária do valor necessário à satisfação do débito. O

sequestro depende de requerimento do credor preterido (tem legitimidade para postular a medida qualquer dos credores preteridos) — não pode ser concedido de ofício — e determinação do presidente do tribunal que expediu a ordem de execução, tendo antes sido ouvido o chefe do Ministério Público (art. 100, § 6º, da CF/88, combinado com o art. 731 do CPC).

Impende salientar que não é admissível o sequestro ou bloqueio de valores públicos para a realização de pagamento de obrigação não adimplida no prazo fixado pela CF/88 (art. 100, § 5º)⁽⁸⁷⁾. Excepcionalmente, nas hipóteses

(87) “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 11/97, APROVADA PELA RESOLUÇÃO N. 67, DE 10.4.97, DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, QUE UNIFORMIZA PROCEDIMENTOS PARA A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIOS E OFÍCIOS REQUISITÓRIOS REFERENTES ÀS CONDENAÇÕES DECORRENTES DE DECISÕES TRANSITADAS EM JULGADO. 1. Prejudicialidade da ação em face da superveniência da Emenda Constitucional n. 30, de 13 de setembro de 2000. Alegação improcedente. A referida Emenda não introduziu nova modalidade de sequestro de verbas públicas para a satisfação de precatórios concernentes a débitos alimentares, permanecendo inalterada a regra imposta pelo art. 100, § 2º, da Carta Federal, que o autoriza somente para o caso de preterição do direito de precedência do credor. Preliminar rejeitada. 2. Inconstitucionalidade dos itens III e XII do ato impugnado, que equiparam a não inclusão no orçamento da verba necessária à satisfação de precatórios judiciais e o pagamento a menor, sem a devida atualização ou fora do prazo legal, à preterição do direito de precedência, dado que somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é possível a decretação do sequestro, após a oitiva do Ministério Público. 3. A autorização contida na alínea b do item VIII da IN n. 11/97 diz respeito a erros materiais ou inexatidões nos cálculos dos valores dos precatórios, não alcançando, porém, o critério adotado para a sua elaboração nem os índices de correção monetária utilizados na sentença executiva. Declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, apenas para lhe dar interpretação conforme precedente julgado pelo Pleno do Tribunal. 4. Créditos de natureza alimentícia, cujo pagamento far-se-á de uma só vez, devidamente atualizados até a data da sua efetivação, na forma do art. 57, § 3º, da Constituição paulista. Preceito discriminatório de que cuida o item XI da Instrução. Alegação improcedente, visto que esta Corte, ao julgar a ADIMC 446, manteve a eficácia da norma. 5. Declaração de inconstitucionalidade dos itens III, IV e, por arrastamento, da expressão “bem assim a informação da pessoa jurídica de direito

(84) Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal. IF n. 1.317, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 26.3.2003, DJ 1º.8.2003, p. 00113, Ement. vol. 02117-20, p. 04147.

(85) STOCO, Rui. Os precatórios judiciais e a intervenção no Estado ou Município. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 739, ano 86, p. 70-85, 1997, p. 76.

(86) Barbosa Moreira, com razão, explica que tal medida de sequestro, nada obstante o nome, não detém caráter cautelar, mas satisfativa, porque a verba sequestrada será entregue ao credor preterido. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 259.

de parcelamento previstos no art. 78 do ADCT, a Constituição autoriza o sequestro de valores públicos no caso de vencimento do prazo previsto no dispositivo para o pagamento do precatório ou na ausência de previsão do valor do crédito no orçamento.

Neste contexto, a doutrina discute sobre que patrimônio recairá o sequestro, se sobre o patrimônio público ou se sobre o patrimônio do credor beneficiado, na situação de preterimento do direito de precedência — ofensa a ordem de pagamento dos precatórios⁽⁸⁸⁾. Parece que a razão encontra-se com Juvêncio Vasconcelos Viana ao defender que a incidência do sequestro somente contra o patrimônio público traria impunidade ao beneficiário do preterimento, ao levantar quantia que precipitadamente recebeu. Desta forma, o ideal demonstra ser o direcionamento do sequestro não somente contra o poder público⁽⁸⁹⁾, mas, igualmente, contra o beneficiado do preterimento, formando-se um litisconsórcio entre estes, buscando em um primeiro momento reaver a quantia que o credor “infrator” embolsou.⁽⁹⁰⁾

público referida no inciso IV desta Resolução”, contida na parte final da alínea c do item VIII, e, ainda, do item XII, da IN/TST 11/97, por afronta ao art. 100, §§ 1º e 2º, da Carta da República. 6. Inconstitucionalidade parcial do item IV, cujo alcance não encerra obrigação para a pessoa jurídica de direito público. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte.”, (ADI n. 1.662, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 30.8.2001, DJ 19.9.2003, p. 00014, Ement. vol. 02124-02, p. 00300).

(88) Nas outras hipóteses de sequestro, necessariamente, o bloqueio recairá sobre verba pública ante a inexistência de um credor beneficiado.

(89) Neste ponto, chegar a defender Barbosa Moreira que a medida recairá sobre a quantia indevidamente paga ao credor beneficiado e não sobre o dinheiro público, que, dada a sua impenhorabilidade, não é passível de sofrer esta modalidade de apreensão, além do que o erro continuaria sem correção, permanecendo a inobservância da ordem prescrita dos precatórios. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 259-260. Aqui se ousa discordar parcialmente do eminente mestre uma vez que as regras de impenhorabilidade são passíveis de exceção, como fez a Constituição nas hipóteses de sequestro de valores públicos.

(90) VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 65.

Por fim, merece destacar também que o valor do sequestro encontra-se limitado ao valor necessário à satisfação do débito, não sendo devido qualquer bloqueio de verba em montante superior a esse valor.

2.5.5. Da compensação dos precatórios e outras inovações trazidas pela EC n. 62/2009. Breves comentários

A previsão da possibilidade da compensação dos débitos dos exequentes com a fazenda pública com os créditos dos precatórios é novidade trazida ao texto constitucional pela Emenda Constitucional n. 62/2009. Não se sabe ao certo as consequências, nem a maneira como será feita a operacionalização desse novo sistema nos tribunais. Nada obstante, é possível tecer alguns comentários acerca dos dispositivos Constitucionais.

O novel dispositivo do § 9º, do art. 100, da CF/88, preve que:

No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, res-salvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial.

A primeira coisa que chama atenção no dispositivo foi o fato de ter o legislador constituinte (derivado) se preocupado em assegurar a eficácia plena, imediata e integral do novo regramento. Como se observa, o dispositivo transita entre as chamadas normas constitucionais de eficácia plena, na conhecida classificação dada por José Afonso da Silva, e isso se deu de forma expressa, na medida em que o constituinte impôs que a regra insculpida no § 9º, do art. 100, da CF/88, aplicar-se-ia “independentemente de regulamentação”.

O que causa surpresa, para não dizer admiração, é achar o constituinte derivado que é capaz de atribuir eficácia plena e irrestrita ao

dispositivo simplesmente por constar a expressão “independentemente de regulamentação” em seu texto. Não se pode esquecer que a eficácia das normas constitucionais dependem da realidade em que a circundam. Não deve ter o legislador a pretensão de eficácia plena de dispositivo constitucional simplesmente porque opôs, em seu texto, cláusula que aponte nesse sentido⁽⁹¹⁾.

Outra questão que merece destaque é a obrigatoriedade da tentativa da realização da compensação como requisito prévio para a expedição do precatório. O novel § 10, do art. 100, da CF/88 determina que antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicite à Fazenda Pública devedora as informações sobre os débitos que preencham as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. Caso a fazenda pública não responda o pedido de informações em até 30 (trinta) dias, perde do direito de proceder o abatimento.

Um aspecto que merece atenção especial da novel sistemática, pelo menos no que concerne às obrigações tributárias, diz respeito a possibilidade da realização da compensação dos precatórios não somente com os débitos líquidos e certos, inscritos em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora incluídas parcelas vincendas de parcelamentos. O comentado dispositivo possibilita, também, a realização da compensação dos precatórios com os débitos líquidos e certos, *não* inscritos em dívida ativa.

Cumpre esclarecer, por exemplo, que a fazenda pública não pode compensar a obrigação

com natureza tributária, que não foram objeto de lançamento e constituição do crédito fiscal.

Com efeito, a única ressalva à possibilidade de compensação trazida no aludido dispositivo relaciona-se aos débitos cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. Contudo, é preciso chamar a atenção para a necessidade do prévio início do procedimento de lançamento e da constituição do crédito tributário, não bastando apenas a ocorrência do fato gerado que ensejou a obrigação tributária.

Como se observa, a Constituição ao tratar da compensação, se reporta a *débito* e, como é cediço, o débito é a contraface do crédito. No âmbito fiscal, o crédito tributário só existe a partir do lançamento que o constitui, consoante o art. 142, combinado com o art. 139, ambos do Código Tributário Nacional. Além do mais, o dispositivo exige para a compensação que o débito do exequente seja *líquido e certo* e como se sabe é com o lançamento que se obtém a certeza e a liquidez do montante do débito tributário.

Desta forma, pode-se inferir que a Constituição não exige que esse crédito esteja inscrito em dívida ativa para sua compensação com os valores dos precatórios. Todavia, ao menos, exige sua plena constituição.

Nesses termos o dispositivo passa a ser uma interessante ferramenta em prol do efetivo adimplemento das condenações sofridas pela Fazenda Pública.

Inovando mais uma vez o sistema constitucional de precatórios, a EC n. 62/2009, também criou para o credor da fazenda pública a faculdade de entregar seus créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do ente federado devedor, conforme estabelecido em lei⁽⁹²⁾ da entidade federativa respectiva (§ 11, do art. 100, da CF/88). Trata-se de espécie atípica (*sui generis*) de *dação em pagamento*⁽⁹³⁾

(91) “A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se se levar em conta essas condições.” (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 14-15).

(92) No âmbito Federal vide Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998.

(93) “Trata-se, pois, de forma de extinção obrigacional, disciplinada pelos arts. 356 a 359 do CC-02 (arts. 995 a 998 do CC-16), por força da qual o *credor consente*

público em que o credor aceita que o poder público dê um imóvel público em pagamento por seus débitos. Neste ponto, cumpre esclarecer a que dação é faculdade do credor, de quem deve partir a iniciativa desta forma de extinção de obrigações. Neste diapasão é vedada quaisquer formas de coerção do credor para que aceite a dação.

A nova formatação do art. 100 da CF/88, igualmente, traz como inovação a possibilidade de cessão de créditos em precatórios à terceiros. Essa cessão poderá ser realizada de maneira total ou parcial e independentemente da concordância da fazenda pública devedora (§ 13, art. 100, da CF/88). A Constituição, todavia, exige a prévia comunicação ao tribunal de origem e à entidade devedora, por meio de petição protocolizada, para que a cessão de precatórios produza seus efeitos (§14, do art. 100, da CF/88), bem como veda que o cessionário beneficie-se com os “privilégios” previstos nos parágrafos segundo e terceiro do art. 100 da CF/88 (ordem de pagamento privilegiado dos créditos alimentícios dos idosos ou deficientes físicos e regime de requisição de pequeno valor) — art. 100, § 13, *in fine*.

Não se vê grandes dificuldades nessa cessão, na medida em que consubstancia prática já existente na sociedade, passando apenas a receber o crivo e o controle do Estado através dos dispositivos constitucionais. A esta cessão devem ser aplicadas as regras concernentes a cessão de créditos previsto no Código Civil — arts. 286 e seguintes — haja vista a inexistência de incompatibilidade.

De outra maneira, a Constituição também permitiu a assunção dos débitos oriundos dos precatórios de Estados, do Distrito Federal e de Municípios, pela União⁽⁹⁴⁾, a qual poderá

em receber prestação diversa da que fora inicialmente pactuada.”, (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. II, p. 191).

(94) Os Estados e municípios são proibidos de assumir os débitos oriundos de precatórios de outros entes

refinanciá-los diretamente (§ 16, art. 100, da CF/88). A assunção de precatórios dar-se-á na forma da lei e a critério exclusivo da União.

Nestes casos, a União arcará com o pagamento do precatório e passará a ser o credor do ente federativo devedor primitivo, na conformidade do acordo público de refinanciamento. Ao que parece a assunção do débito oriundo do precatório pela União, salvo disposição legal em contrário, independe de consentimento do credor, dada sua presunção absoluta de solvência. Ademais disso, parece ser aplicável ao caso o disposto no art. 302 do Código Civil que aduz não poder o novo devedor opor ao credor as exceções pessoais que competiam ao devedor primitivo, haja vista que as exceções pessoais não se transmitem com o débito, independentemente de sua origem pública.

Por fim, a Constituição autorizou, sem prejuízo do disposto no art. 100, que lei complementar a Constituição Federal estabeleça regime especial para o pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, regulando as vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação (§ 15, art. 100, da CF/88)⁽⁹⁵⁾.

federativos, uma vez que não existe qualquer previsão constitucional para tanto. Como se sabe, na administração pública, o princípio da legalidade administrativa prescreve que o que não está permitido é proibido (art. 37, *caput*, da CF/88).

(95) O art. 97 da ADCT trata, de certa forma, provisoriamente, do regime especial a que alude o § 15, do art. 100, da CF/88. O mencionado art. da ADCT, igualmente, introduziu no sistema de pagamento de precatórios um especial regramento de parcelamento de precatório. Chama atenção que em outros momentos foram criadas regras de parcelamento de precatórios como o art. 33 e art. 78, ambos da ADCT. Este tema não será objeto de análise neste ensaio dado limites materiais e formais deste trabalho e uma vez que foge totalmente a sua proposta. Porém é importante ressaltar que o art. 86 da ADCT, veda a aplicação das regras de parcelamento prevista no art. 78, *caput*, aos débitos da Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal oriundos de sentenças transitadas em julgado, que preencham, cumulativamente, as algumas condições: I – ter sido objeto de emissão de precatórios judiciais; II – ter sido definido como de pequeno valor pela lei de que trata o § 3º do art. 100 da Constituição

É muito cedo, talvez para reconhecer os acertos ou os erros dos novos regramentos. Todavia, a impressão que passam os novos dispositivos, ainda que superficialmente falando, é que podem ser interessantes ferramentas em prol do efetivo e célere adimplemento das condenações sofridas pela Fazenda Pública. Para tanto, bastam ser devidamente utilizadas.

2.5.6. Os precatórios e os idosos

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao idoso foi reconhecida e garantida expressamente uma situação especial e legítima de privilégio na sociedade. A partir do disposto no art. 230 da Constituição têm o dever de amparar as pessoas idosas tanto a família, a sociedade e o Estado, com o objetivo de assegurar sua participação na comunidade, bem como defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Embora não se possa dizer que o idoso hoje receba a devida e merecida atenção por parte do poder público e da sociedade, ao menos no aspecto legislativo, é possível elencar algumas conquistas em prol da efetividade de seus direitos. Um dos exemplos marcantes dessas conquistas é a Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 — que dispôs sobre o tão festejado Estatuto do Idoso.

Dentre os avanços legais do ponto de vista do processo está o art. 71, da mencionada lei, que concedeu prioridade de tramitação aos

processos e procedimentos, bem como a execução dos atos e diligências judiciais a qual figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, independentemente da instância onde esteja tramitando o processo.

Em sede de execução contra a fazenda pública, a mencionada disposição ensejou o questionamento acerca da aplicabilidade da prioridade de tramitação em sede de precatórios. Noutras palavras, a doutrina discutia a existência ou não de preferência do idoso no recebimento dos créditos decorrentes de condenações judiciais.

No tocante às obrigações de natureza alimentícia (pelo menos em parte destas) não existe qualquer dúvida da preferência do idoso no recebimento dos créditos decorrentes de condenações judiciais, inclusive com relação aos créditos alimentícios das pessoas não idosas, dada a nova redação do § 2º do art. 100, da CF/88. Porém, é preciso alertar que a preferência no recebimento do crédito encontra-se limitado até três vezes o valor máximo do pagamento através de RPV. O saldo que ultrapassar esse valor será submetido ao regime previsto para o pagamento dos créditos alimentícios das pessoas não idosas (§1º, do art. 100, da CF/88) — nestes casos, exclusivamente, a Constituição autoriza o fracionamento do valor da condenação (art. 100, § 2º, *in fine*).⁽⁹⁶⁾

Entretanto, não parece que o dispositivo do art. 71 do Estatuto do Idoso tenha sido capaz de atribuir um privilégio especial com relação aos outros créditos das pessoas idosas⁽⁹⁷⁾.

Federal ou pelo art. 87 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; III – estar, total ou parcialmente, pendentes de pagamento na data da publicação desta Emenda Constitucional. O § 1º, do mencionado artigo, dispõe que os débitos a que se refere o *caput*, ou os respectivos saldos, serão pagos na ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios, com precedência sobre os de maior valor. Já o § 2º prescreve que os débitos a que se refere o *caput*, se ainda não tiverem sido objeto de pagamento parcial, conforme o art. 78, do ADCT, poderão ser pagos em duas parcelas anuais, se assim estiver disposto na lei. Por fim, o § 3º determina que os débitos de natureza alimentícia previstos no aludido artigo terão precedência para pagamento sobre todos os demais, observando a ordem cronológica de sua apresentação.

(96) Cabe salientar que essa ordem privilegiadíssima de preferência igualmente é aplicada aos portadores de doença grave, definidos pela legislação.

(97) “Desponta óbvio, então, que a prioridade de tramitação não alcança o procedimento do precatório. Do contrário, ou seja, caso alcançasse, haveria manifesta afronta ao dispositivo do art. 100 da Constituição Federal, de cujo conteúdo não decorre qualquer exceção que pudesse beneficiar idosos ou quem quer que seja.”, (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Execução. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 728).

Não há que se falar de preferência na medida em que a Constituição não as previu, não cabendo ao intérprete fazer distinções onde elas não existam. Ademais disso, as regras de preferência, como já visto, merecem interpretação restritiva, na medida em que tratam de exceções as regras ordinárias do regime de precatórios.

2.6.7. Precatórios e honorários advocatícios

No tocante aos honorários advocatícios duas questões precisam ser analisadas. A primeira diz respeito a forma em que se dará a execução dos honorários decorrentes do êxito nos processos em que decorreu a condenação da fazenda pública. A segunda questão envolve reconhecer o cabimento ou não dos honorários advocatícios nas execuções contra a fazenda pública não embargadas.

Como já visto anteriormente, em que pese a autoridade daqueles que defendem o contrário, o rol do §1º, do art. 100, da CF/88, por trazer uma ordem de precatórios preferencial que excepciona a ordem cronológica geral de precatórios, deve ser interpretada de forma restritiva. Neste diapasão, não é possível compreender os honorários advocatícios como obrigação alimentícia para o fim de atrair a incidência da regra de privilégio estabelecida pelo § 1º, do art. 100, da CF/88.

Entretanto, parece razoável o entendimento esposado pela doutrina a qual defende que a execução dos honorários advocatícios deve ser processada da mesma maneira que a execução da obrigação principal. Explica Araken de Assis, já há algum tempo, que parece razoável atribuir-lhe um aspecto acessório aos honorários advocatícios sucumbenciais, sujeitando-se, por conseguinte, ao regime da obrigação principal⁽⁹⁸⁾.

De mais a mais, com razão Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira quando asseveram que

o dispositivo do § 1º, do art. 100, da CF/88 (antigo § 1º-A) faz referência a verbas necessárias à sobrevivência do credor. Portanto, os honorários de sucumbência decorrem do êxito e do fortuito do processo, possuindo natureza incompatível com a regra constante no § 1º, do art. 100, da CF/88.⁽⁹⁹⁾

Por fim, no que diz respeito aos honorários decorrentes das execuções contra a fazenda pública não embargadas, o art. 1º-D, da Lei n. 9.494/97 dispôs que “não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas”.

A regra tem razoável justificativa: em primeiro lugar, como já visto, a execução contra a fazenda pública é obrigatória para o pagamento das condenações pecuniárias da fazenda pública. Não tendo embargado a execução contra ela aventada, a fazenda pública não opôs resistência

(99) DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Execução. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 716. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL — PRECATÓRIO — CRÉDITOS DECORRENTES DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS — NATUREZA NÃO ALIMENTÍCIA — ART. 100, § 1º-A, DA CF. 1. Segundo a Constituição Federal, deve-se conferir a natureza de alimentos àqueles que se destinam à sobrevivência do ser humano, o que não ocorre em relação aos honorários sucumbenciais, arbitrados pelo juiz em favor do vencedor e cujo recebimento é aleatório e incerto, já que depende do êxito da parte a qual representa. 2. A verba honorária decorrente da sucumbência não tem natureza alimentar, já que não contemplada no art. 100, § 1º-A, da CF, dispositivo acrescentado pela EC n. 30/00. Precedentes. 3. Recurso especial não provido.”, (REsp n. 949.453/PR, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª T., julgado em 18.10.2007, DJ 5.11.2007, p. 258). Recentemente decidiu de forma diversa o STJ: “PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS — PREFERÊNCIA NA ORDEM DE PAGAMENTO — ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Os honorários advocatícios oriundos da sucumbência têm natureza alimentar. 2. Divergência jurisprudencial advinda do STF e nesta Corte afastada com a Lei n. 11.033/04, cujo art. 19, I, refere-se a “créditos alimentares, inclusive honorários advocatícios”, quando do julgamento do EREsp n. 706.331/PR, na Corte Especial. 3. Recurso especial improvido.”, (REsp 909.668/PR, Relª Ministra Eliana Calmon, 2ª T., julgado em 22.4.2008, DJe 8.5.2008).

(98) ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 888.

à pretensão do seu credor. Diversamente ocorre na execução contra o devedor solvente, em que os honorários são devidos independentemente da oposição dos embargos à execução (§ 4º, do art. 20, do CPC). Nestes casos, o particular pode, ou melhor, deve cumprir o título executivo. Se este permanece inerte, a sua omissão interpreta-se como resistência à pretensão do credor, autorizando a execução do crédito.

Sobre o tema a jurisprudência já se posicionou. Primeiro o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a dispensa dos honorários somente tem aplicabilidade sobre as execuções que se iniciaram após a entrada em vigor do dispositivo do art. 1º-D, da Lei n. 9.494/97⁽¹⁰⁰⁾.

(100) "RECURSO ESPECIAL — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS — FAZENDA PÚBLICA — ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.180/2001 — INAPLICABILIDADE. 1. "Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior." (art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil). 2. Embora se atribua, em regra, ao direito processual eficácia imediata, as suas normas da espécie instrumental material, precisamente porque criam deveres patrimoniais para as partes, como a que se contém no art. 20 do Código de Processo Civil, não incidem nos processos em andamento, quer se trate de processo de conhecimento, quer se trate de processo de execução, por evidente imperativo último do ideal de segurança também colimado pelo Direito. 3. As normas processuais instrumentais materiais, enquanto integram o estatuto legal do processo, são as vigentes ao tempo de seu início, não o alcançando a lei nova subsequente. 4. A mesma regência no tempo tem a disposição do art. 4º da Medida Provisória n. 2.180-35, mormente porque atributiva de privilégio à Fazenda Pública, nada autorizando que se suprima à parte, no particular da norma processual instrumental material, a eficácia da lei do tempo do início do processo de execução, como é próprio do Estado de Direito. 5. "No julgamento do especial, em face do princípio do prequestionamento, que decorre de texto constitucional, não tem cabimento a regra do art. 462 do Código de Processo Civil, em razão da impossibilidade de se considerar fato jurígeno superveniente (...)" (EDclREsp n. 97.869/SP, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, in DJ 30.3.98). Precedentes do STF. 6. Recurso especial conhecido e provido.", (REsp n. 440.438/RS, Rel. Ministro Hamilton

Já o Supremo Tribunal Federal dando interpretação conforme a Constituição ao dispositivo do art. 1º-D, da Lei n. 9.494/97 entendeu que a regra da dispensa somente teria aplicabilidade nas execuções contra a fazenda pública não embargadas, submetidas ao regime dos precatórios, sendo devidos os honorários àquelas execuções submetidas ao regime da RPV⁽¹⁰¹⁾.

3. Da execução contra a Fazenda Pública na Justiça do Trabalho. Questões essenciais e controversas

Atualmente, duvida-se muito da existência de cizânia doutrinária ou jurisprudência quanto ao amplo e efetivo cabimento do procedimento especial de execução pecuniária contra a fazenda pública na esfera do judiciário trabalhista. Ninguém duvida de seu cabimento, o que não significa que não exista dúvida quanto a como compatibilizá-la com os ditames da também especial execução trabalhista e com os princípios de proteção do trabalhador. É este o ponto inicial dos problemas e das questões controvertidas acerca do tema em análise.

Como já visto, o cabimento da especial execução pecuniária contra a fazenda pública na

Carvalhido, 6ª T., julgado em 27.8.2002, DJ 9.9.2002, p. 258).

(101) "EMENTA: Execução, contra a Fazenda Pública, não embargada: honorários advocatícios indevidos na execução por quantia certa (CPC, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, *caput* e § 3º). Embargos de declaração: ausência de contradição a sanar no acórdão embargado: rejeição. 1. Na media em que o *caput* do art. 100 condiciona o pagamento dos débitos da Fazenda Pública à "apresentação dos precatórios" e sendo estes provenientes de uma provocação do Poder Judiciário, é razoável que seja a executada desonerada do pagamento de honorários nas execuções não embargadas, às quais inevitavelmente se deve se submeter para adimplir o crédito. 2. O mesmo, no entanto, não ocorre relativamente à execução de quantias definidas em lei como de pequeno valor, em relação às quais o § 3º expressamente afasta a disciplina do *caput* do art. 100 da Constituição." (RE n. 420.816 ED, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 21.3.2007, DJe-004, Divulg. 26.4.2007, Public. 27.4.2007, DJ 20.4.2007, p. 00086, Ement. vol. 02272-05, p. 00946, RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 113).

Justiça do Trabalho justifica-se, em primeiro lugar, na medida em que Constituição Federal exige e prevê de forma bastante clara o modo como se dará a execução contra a fazenda pública, independente do órgão do judiciário competente para seu processamento⁽¹⁰²⁾. Além do mais, ante a inexistência de previsão específica na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), igualmente, faz-se imprescindível a aplicação subsidiária do CPC e da legislação processual específica por força do art. 769 da CLT⁽¹⁰³⁾.

De forma exemplar, Bezerra Leite reconheceu com naturalidade que “a execução trabalhista contra as pessoas jurídicas de direito público sempre se processou de forma diversa da execução trabalhista contra as pessoas naturais ou jurídicas de direito privado em geral”⁽¹⁰⁴⁾. E isso não poderia ser de forma diferente, conforme visto acima (ver item 1).

Com efeito, o Tribunal Superior do Trabalho editou em 2007 a Instrução Normativa n. 32 para regulamentar o procedimento de execução contra a fazenda pública no âmbito da Justiça do Trabalho. Como não poderia deixar de ser, a instrução normativa praticamente repetiu o

procedimento aplicável na justiça comum, tendo, contudo, um papel fundamental na sistematização desta execução.

Na Justiça do Trabalho, inicia-se a execução pecuniária contra a fazenda pública, seja a requerimento do credor, seja de ofício pelo juiz competente para a execução — com fulcro no art. 878 da CLT. Não existe qualquer incompatibilidade entre a especial execução contra a fazenda pública e o art. 878 da CLT, uma vez que a especialidade daquela execução encontra-se em seu procedimento e não em seu impulso inicial.

Iniciada a execução, a fazenda pública será, então, citada para oferecer embargos à execução. Neste ponto, muito se discute no quanto ao prazo para oposição dos embargos. Alguns doutrinadores falam em 5 (cinco) dias aduzindo, além da existência de regra própria que trata do tema na CLT (art. 884 da CLT), que os embargos à execução não possuem natureza de defesa ou de recurso, incapaz, então, de atrair as prerrogativas previstas no Decreto Lei n. 779/69⁽¹⁰⁵⁾. Noutra ordem, há quem defenda a aplicação do prazo de 10 dias previsto no art. 730 do CPC, por se tratar de regra de procedimento específico⁽¹⁰⁶⁾.

Ousa-se discordar dos autores acima, na medida em que o prazo que se entende correto é 30 (trinta) dias consoante o disposto no art. 1-B, da Lei n. 9.494/97, (incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001), que alterou o dispositivo do art. 884 da CLT, no tocante à execução contra a fazenda pública⁽¹⁰⁷⁾. Conforme

(102) Excepcionando o cabimento das regras do precatório aduz a Orientação Jurisprudencial n. 343, da Seção de Dissídios Individuais – I, do Tribunal Superior do Trabalho: “OJ-SDI1-343 PENHORA — SUCESSÃO. — ART. 100 DA CF/1988. EXECUÇÃO — DJ 22.6.04. É válida a penhora em bens de pessoa jurídica de direito privado, realizada anteriormente à sucessão pela União ou por Estado-membro, não podendo a execução prosseguir mediante precatório. A decisão que a mantém não viola o art. 100 da CF/1988”.

(103) Isso, nada obstante, o art. 889 tenha prescrito que “aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal”. Esse dispositivo não retira a possibilidade de aplicação do CPC ante a omissão do CLT. Não se pode olvidar que a própria Lei n. 6.830/80, em seu art. 1º, também manda aplicar o CPC subsidiariamente ao seu procedimento.

(104) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1.041.

(105) Nesse sentido: TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. III, p. 2.005-2.006; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1.043-1.045; PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução trabalhista: estática, dinâmica, prática*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 365-367.

(106) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 753.

(107) Súmula 005, TRT - EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRAZO. “O art. 4º da MP n. 2.180-35, que dilatou de 05

já dito acima, não há mais que se cogitar da inconstitucionalidade do dispositivo — pelo menos neste momento — haja vista que o Supremo Tribunal Federal, através de sua composição plenária, entendeu por bem conceder medida cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 11) — com caráter vinculativo —, suspendendo todos os processos que discutam a constitucionalidade do dispositivo do art. 1-B, da Lei n. 9.494/97 (ver ponto 2.1). Igualmente, não há que se falar em prazo em quádruplo ou em dobro, no que tange aos Embargos à Execução⁽¹⁰⁸⁾, em aplicação do art. 1º, inciso II, do Decreto-lei n. 779/69, uma vez que os Embargos não têm natureza de contestação tampouco de recurso — como já visto no item 2.1.

Será o embargado instado a se manifestar no prazo de 15 dias, em aplicação subsidiária do CPC e em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa, bem como da isonomia processual (paridade de armas). Com todo respeito àqueles que pensam que a CLT já prevê o prazo de 5 dias para a manifestação, entendendo inaplicável o CPC nessas situações, conceder 5 dias para a manifestação do embargado — enquanto que o prazo dos embargos é de 30 (trinta) dias — é afrontar a proporcionalidade (devido processo substancial),

(cinco) para 30 (trinta) dias o prazo a que alude o art. 884 da CLT, para oposição de Embargos à Execução, aplica-se apenas à Fazenda Pública, não se dirigindo ao devedor comum.” (Resolução Administrativa n. 50/2004 – Publicada no Diário Oficial do TRT da 5ª Região, edições de 07, 08 e 09/7/2004). No mesmo sentido, TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. III, p. 2006.

- (108) “Os embargos do executado são, pois, processo autônomo, incidente à execução, de natureza cognitiva, dentro do qual se poderá apreciar a pretensão manifestada pelo exequente, para o fim de verificar se a mesma é procedente ou improcedente. Não parece haver muitas dúvidas em doutrina acerca desta natureza dos embargos do executado, definidos de forma pouco menos que unânime como processo de conhecimento autônomo em relação à execução.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. II, p. 409-410).

com especial desrespeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia processual (paridade de armas), o que não deve ser permitido ou sequer tolerado.

Segundo o § 1º, do art. 884, as matérias passíveis de serem alegadas nos embargos estão restrita às questões relativas ao cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida. Nada obstante essa previsão, é preciso salientar que não existe qualquer impedimento da aplicação do art. 741 do CPC (ver item 2.1). Nos embargos cabe igualmente a discussão das matérias afetas à liquidação — sendo este, em regra, o instrumento adequado à impugnação da sentença de liquidação (art. 884, § 3º, da CLT) —, salvo se o juiz preferiu a utilização do procedimento liquidatário previsto no art. 879, § 2º, da CLT⁽¹⁰⁹⁾.

Tendo sido arroladas testemunhas nos embargos, poderá o Juiz ou o Presidente do Tribunal, caso entenda necessários os respectivos depoimentos, marcar audiência para a produção das provas, a qual será realizada dentro de 5 (cinco) dias (§ 2º, do art. 884).

Após esse trâmite procedimental, haverá o julgamento dos embargos, cabendo desta decisão agravo de petição, para o competente Tribunal Regional do Trabalho, seguindo a execução seu curso normal. Nesta circunstância, o prazo para interposição do agravo para a fazenda pública conta-se em dobro, com fulcro no art. 1º, inciso III, do Decreto-lei n. 779/69, pois não há distinção entre recursos interpostos durante a cognição e durante a execução⁽¹¹⁰⁾. É preciso alertar que não há que se cogitar em reexame necessário, uma vez que não há qualquer imposição legal para tanto⁽¹¹¹⁾.

-
- (109) Art. 879, § 2º, da CLT: “Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão”.

- (110) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1.047.

- (111) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. III, p. 2.009-2.010.

Com o trânsito em julgado da decisão dos embargos à execução ou com sua não oposição passa-se, por conseguinte, ao procedimento do precatório na Justiça do Trabalho que não se distingue em substância do procedimento adotado pelos outros órgãos do judiciário⁽¹¹²⁾. Como já dito, para regulamentar e operacionalizar tal procedimento, expediu o Tribunal Superior do Trabalho a Instrução Normativa de n. 32/2007 que revogou a antiga Instrução Normativa de n. 11/1997.

A Instrução Normativa de n. 32/2007, do Tribunal Superior do Trabalho, que uniformizou os procedimentos de expedição de Precatórios e Requisições de Pequeno Valor no âmbito da Justiça do Trabalho, como claramente se observa, trouxe apenas alguns desdobramentos ao regime especial de execução pecuniária contra a fazenda pública.

Em primeiro lugar, para os fins da aplicação do regime de RPV, o art. 3º da aludida instrução normativa, aplicando por analogia o disposto na Lei n. 10.259/01, bem como o art. 87 da ADCT, definiu como obrigação de pequeno valor, os créditos cuja importância atualizada, por beneficiário, seja igual ou inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, se a devedora for a Fazenda Pública Federal; 40 (quarenta) salários mínimos, ou o valor estipulado pela legislação local, se as devedoras forem algumas das Fazendas Públicas Estaduais ou do Distrito Federal; e 30 (trinta) salários mínimos, ou o valor estipulado pela legislação local, se a devedora for a Fazenda Pública Municipal. Noutro ponto, trazendo um desdobramento ao regime do RPV, o IN n. 32/2007 determinou que o Presidente do Tribunal ou o Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios, sendo o caso de crédito de valor aproximado ao de pequeno valor, consulte o credor quanto ao interesse em renunciar parcialmente ao crédito de modo a afastar a necessidade de expedição do precatório (§ 2º, art. 4º, da IN n. 32/2007).

(112) O que não for tratado com especificidade neste ponto, segue o quanto já exposto adrede.

Outro ponto que merece destaque, na medida em que esclarece todo o sistema, encontra-se no art. 5º, da IN n. 32/2007. Segundo dispõe o artigo, em se tratando de requisições de pagamento nos quais a devedora seja a União, cumpre ao Juiz da execução expedi-las ao presidente do Tribunal competente, cabendo a este examinar a regularidade formal da requisição; corrigir, de ofício ou a requerimento das partes, inexatidões materiais ou retificar erros de cálculos, vinculados à utilização de critério em descompasso com a lei ou com o título executivo judicial, desde que o critério não haja sido objeto de debate quer na fase de conhecimento, quer na fase de execução⁽¹¹³⁾; expedir o ofício requisitório; e, por fim, zelar pela obediência à ordem de preferência de pagamento dos créditos, na hipótese de precatórios.

Não se pode olvidar que possuindo a atividade desenvolvida pelo presidente do Tribunal competente, na condução dos precatórios, natureza administrativa, não é cabível a interposição de Recurso Revista, o que não impede, contudo, a impetração de Mandado de Segurança contra ato ilegal ou abusivo cometido na realização de tal atividade (ver item 2.5.2).

Dentre os requisitos formais da requisição, o art. 9º prescreve que o Juiz da execução informe o número do processo; os nomes das partes e de seus procuradores; os nomes dos beneficiários e respectivos números no CPF ou no CNPJ, inclusive quando se tratar de advogados,

(113) Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Pleno, n. 2: "PRECATÓRIO — REVISÃO DE CÁLCULOS — LIMITES DA COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRT — DJ 9.12.2003. O pedido de revisão dos cálculos, em fase de precatório, previsto no art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997, apenas poderá ser acolhido desde que: a) o requerente aponte e especifique claramente quais são as incorreções existentes nos cálculos, discriminando o montante que seria correto, pois do contrário a incorreção torna-se abstrata; b) o defeito nos cálculos esteja ligado à incorreção material ou à utilização de critério em descompasso com a lei ou com o título executivo judicial; e c) o critério legal aplicável ao débito não tenha sido objeto de debate nem na fase de conhecimento, nem na fase de execução."

peritos⁽¹¹⁴⁾ e outros; natureza do crédito (comum ou alimentar) e espécie da requisição (RPV ou precatório); o valor individualizado por beneficiário e valor total da requisição; a data-base considerada para efeito de atualização monetária dos valores; e, por fim, a data do trânsito em julgado da sentença ou acórdão. Caso esteja ausente alguns dos dados acima indicados, o Tribunal restituirá a requisição ao juízo de origem para sua regularização. Cumpre alertar que as requisições poderão ser instruídas com outros documentos que forem indicados pelas partes ou pelo juiz como imprescindíveis⁽¹¹⁵⁾.

No que concerne ao sequestro de verbas públicas, a IN n. 32/2007, com precisão, somente autoriza a medida nas hipóteses de preterição do direito de precedência do credor na ordem dos precatórios ou do não cumprimento das requisições de pequeno valor. Segundo a atual jurisprudência do TST, alinhada com o pensamento do STF, não é cabível a medida de sequestro quando houver a injustificada demora na inclusão do valor do precatório no orçamento público⁽¹¹⁶⁾, bem como quando não houver o respectivo pagamento, ainda que haja a inclusão da verba no orçamento⁽¹¹⁷⁾. De

mais a mais, como já visto, para o STF não é possível uma interpretação extensiva em vista de ampliar as hipóteses do cabimento de sequestro de verbas públicas (item 2.5.4).

Outra questão que merece análise decorre da constatação de que o crédito trabalhista

Normativa n. 11/97 do TST, que autorizava o sequestro de numerário, para pagamento de precatório, no caso de não inclusão da verba no orçamento, equiparando-a à hipótese de preterição mencionada no comando constitucional. Entendeu o Pretório Excelso que a previsão de sequestro contida no § 2º do referido art. 100 deve ser interpretada necessariamente de forma restritiva (ADI n. 1.662-7-DF, Rel. Min. Maurício Correa, julgada em 30.8.01, vencidos os Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio). 2. A possibilidade de sequestro por omissão no orçamento, introduzida pela Emenda Constitucional n. 30, de 13.9.00, conforme previsão do § 4º do art. 78 do ADCT, diz respeito exclusivamente aos precatórios sujeitos ao parcelamento em dez anos, tendo sido expressamente excepcionados dessa regra ampliativa de sequestro os créditos de pequeno valor e os de natureza alimentícia (ADCT, art. 78, *caput*), entre os quais se incluem naturalmente os trabalhistas. (...) 4. No caso, tratando-se de precatório pendente, com prazo de pagamento vencido, inexistente previsão constitucional de sequestro de quantias, sendo possível, entretanto, a responsabilização da autoridade omissa e a intervenção no Município. Com efeito, não pode o ente público escusar-se do cumprimento das obrigações decorrentes de decisão transitada em julgado, sob o argumento de que está cumprindo o pagamento de precatórios anteriores, em observância à ordem cronológica de apresentação dos precatórios, pois esse motivo não justifica o inadimplemento do débito e o consequente descumprimento das decisões judiciais, estando o Presidente do Tribunal autorizado a solicitar a adoção da medida interventiva no Município, a teor da norma insculpida no art. 35, IV, da Carta Magna. Recurso ordinário e remessa necessária providos.”, (Tribunal Superior do Trabalho, REMESSA “EX OFFICIO” E RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO REGIMENTAL, RXOFROAG – 78199-2003-900-01-00, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ de 19.9.2003). No mesmo sentido a Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Pleno, n. 3: “PRECATÓRIO – SEQUESTRO – EMENDA CONSTITUCIONAL N. 30/00 – PRETERIÇÃO – ADIN 1662-8. ART. 100, § 2º, DA CF/1988. DJ 9.12.2003. O sequestro de verbas públicas para satisfação de precatórios trabalhistas só é admitido na hipótese de preterição do direito de precedência do credor, a ela não se equiparando as situações de não inclusão da despesa no orçamento ou de não pagamento do precatório até o final do exercício, quando incluído no orçamento.”

(114) Art. 7º, parágrafo único, da IN n. 23/2007: “Os honorários advocatícios e periciais serão considerados parcela autônoma, não se somando ao crédito dos exequentes para fins de classificação do requisitório de pequeno valor”.

(115) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. III, p. 2008.

(116) Aqui cabe a observação de que com a EC n. 62/2009, o art. 100, § 6º, da CF/88, passou a autorizar o sequestro de valores públicos, também na hipótese de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do débito expresso em precatório — ver item 2.5.4.

(117) “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM AGRAVO REGIMENTAL — DESCUMPRIMENTO DO PAGAMENTO DE PRECATÓRIO REQUISITÓRIO — SEQUESTRO — ÔNUS DA PROVA DA PRETERIÇÃO — ARTS. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 78 DO ADCT — ILEGALIDADE — INTERVENÇÃO MUNICIPAL — ART. 35, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O STF, ao interpretar o art. 100, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, declarou a inconstitucionalidade do inciso III da Instrução

nem sempre possui a natureza alimentícia a autorizar a execução com a incidência dos benefícios previstos nos §§ 1º e 2º do art. 100, da CF/88. Porém, ressalvados os casos excepcionados em lei, é muito difícil ou praticamente impossível isolar do salário as parcelas a serem percebidas pelo empregado. Diante disso, é razoável sustentar que, em regra, os valores constantes em precatório requisitórios trabalhistas possuam natureza alimentícia, a atrair a aplicação do privilégio de ordem previsto na Constituição.⁽¹¹⁸⁾

Noutras palavras, aos créditos trabalhistas, deverá ser atribuída a preferência de ter seu correspondente precatório pago antes dos precatórios que expressem obrigações não alimentícias. Salvo nos casos em que os débitos em sua integralidade não possuam natureza alimentícia, as execuções trabalhistas contra a fazenda pública terão seus pagamentos feitos de maneira preferencial ante as outras obrigações, não havendo necessidade de cisão do crédito para que parte seja pago com o benefício das obrigações alimentícias, enquanto a outra parte seja paga segundo a ordem geral de precatórios.

Com efeito, duas são as principais justificativas para tal expediente: o primeiro argumento diz respeito à necessidade de se atribuir uma interpretação mais favorável⁽¹¹⁹⁾ ao trabalhador à sistemática da execução contra a fazenda pública; o segundo argumento assevera que a Constituição proscreve o fracionamento, a repartição ou quebra do valor da execução, de maneira a impedir que o pagamento eventualmente se faça parte mediante expedição do precatório e parte através de RPV (item 2.2);

(118) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Execução trabalhista: estática, dinâmica, prática*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2006. p.351.

(119) “De fato, uma das dimensões da velha diretriz é aquela que informa que o operador jurídico, em situações de confronto entre interpretações consistentes de certo preceito normativo, deve optar pela mais favorável ao trabalhador.”, (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 197).

además, em regra, não há precisamente como distinguir a natureza das verbas à justificar uma suposta cisão. Enfim, cabe salientar que os créditos trabalhistas integralmente sem caráter alimentício devem sempre seguir a ordem geral de precatórios, sobre esses não incidindo qualquer benefício.

De maneira inovadora, à luz do princípio da conciliação, a IN n. 32/2007 prescreve que os Tribunais Regionais do Trabalho instituíam um Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios, cujo objetivo seja a inclusão em pauta, para tentativa de acordo, dos precatórios e RPVs já consignados, desde que observada a ordem cronológica de apresentação (art. 16). Compete ao Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios, além de outras atribuições, o controle da listagem da ordem preferencial dos credores, a realização de cálculos, o acompanhamento de contas bancárias e a celebração de convênios entre os entes públicos devedores e o Tribunal Regional do Trabalho, para repasse mensal de verbas necessárias ao pagamento dos precatórios, na forma do parágrafo único, do art. 16, da IN n. 23/2007.

As atribuições de Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios será cumprida por um Juiz do Trabalho substituto, designado pelo Presidente do Tribunal competente (art. 17, da IN n. 32/2007). Após a inclusão do precatório em pauta para a tentativa de conciliação, serão as partes e seus procuradores intimados para audiência, que poderá ser realizada apenas com a presença dos procuradores, os quais, para tanto, deverão possuir poderes para transigir, receber e dar quitação (§ 2º). Igualmente, será intimado o Ministério Público do Trabalho, indicando-lhe o dia, local e horário da realização da audiência de conciliação (§ 3º).

É obrigatória a inclusão em pauta de todos os precatórios para tentativa de conciliação, sendo sempre observada a ordem cronológica (art. 17, §1º). Cumpre salientar que ainda que frustrada a tentativa de conciliação, a qualquer tempo, as partes poderão solicitar a reinclusão

do precatório em pauta, para nova tentativa de conciliação (art. 18).

Efetivada a conciliação, serão os precatórios quitados, na ordem cronológica, observando-se o repasse realizado pelo ente público devedor (art. 19). Ao revés, não havendo o acordo, os precatórios serão pagos na ordem cronológica de apresentação (art. 20).

Em arremate, com relação ao pedido de intervenção federal nos Estados ou Municípios dos Territórios e dos Estados nos Municípios, a instrução normativa n. 32/2007 prescreve que tendo sido frustrada a tentativa de conciliação vista anteriormente, bem como se exaurindo o prazo para pagamento do precatório, os autos deverão ser encaminhados à Presidência do Tribunal competente, para deliberar sobre eventual pedido de intervenção (art. 21). Este pedido deverá ser necessariamente instruído com a petição do credor, dirigida ao Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, requerendo o encaminhamento do pedido de intervenção ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Justiça, conforme o caso; impugnação do ente público ao pedido, se houver; manifestação do Ministério Público do Trabalho da Região; decisão fundamentada do Presidente do Tribunal Regional do Trabalho relativa à admissibilidade do encaminhamento do pedido de intervenção; além do ofício requisitório que permita a verificação da data de expedição do precatório e o ano de sua inclusão no orçamento (art. 23).

Em seguida, compete ao Presidente do Tribunal competente, de forma fundamentada, a decisão relativa ao encaminhamento ou não do pedido de intervenção, justificando a necessidade da adoção da medida excepcional, se for o caso — art. 22. Nas hipóteses de pedido de intervenção em Estado-membro, este será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal para julgamento, por intermédio da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Em paralelo, o pedido de intervenção em município será encaminhado diretamente pelo Presidente do

Tribunal Regional do Trabalho ao Tribunal de Justiça do respectivo Estado (parágrafo único, do art. 23).

Enfim, são essas as considerações a serem feitas com relação a execução contra a fazenda pública na Justiça do Trabalho. Não se esquecendo que as questões que não foram abordadas neste ponto, seguem a mesma dinâmica da execução contra a fazenda pública realizada na justiça comum, visto ao longo do ensaio.

4. Referências bibliográficas

- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública — uma proposta atual de sistematização. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. Execução provisória contra a Fazenda Pública. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 81, 1996.
- _____. *Mandado de segurança: comentários às Leis ns. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. II.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Vladimir Souza. Iniciação ao estudo do precatório. In: *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, v. 19, n. 76, p. 325-364, out./dez. 1982.
- CIMARDI, Cláudia A. execução contra Fazenda Pública após EC n. 30/2000. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O sistema do precatório. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 22, p. 61-102, ago./nov. 1998, p. 65.

Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20341>> Acesso em: 8 jan. 2010.

DELGADO, José Augusto. *Precatório judicial e evolução histórica*. Advocacia administrativa na execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do Serviço Público. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf> Acesso em: 6 jan. 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. Execução. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. IV.

FLAKS, Milton. *Precatório Judiciário na Constituição de 1988*. In: *Revista de Processo*, São Paulo, Revistas dos Tribunais, n. 58, 1990.

FONSECA, Vitor. Requisição de pequeno valor. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Execução civil*. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FURTADO, Paulo. *Execução*. São Paulo: Saraiva, 1985.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v. II.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES JR., José do Carmo. A execução contra a Fazenda Pública e os débitos de pequeno valor. In:

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte (Coords.). *Temas atuais de execução civil*. Estudo em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Execução contra a Fazenda Pública*: sua inversão no polo processual em razão de erro material. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

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

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Do cumprimento da sentença. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*: comentários às Leis ns. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006, 11.280/2006. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Do precatório-requisitório na execução contra a Fazenda Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

STOCO, Rui. Os precatórios Judiciais e a Intervenção no Estado ou Município. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 739, ano 86, p. 70-85, 1997.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. v. III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais do precatório na execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, v. 22, p. 73-90, 2005.

_____. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2008.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. Novas considerações acerca da execução contra a Fazenda Pública. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, Dialética, v. 5, p. 54-68, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A supremacia do direito natural e a pirâmide normática kelseniana: considerações em torno de um caso trabalhista

Cláudio Pedrosa Nunes^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo trata da concepção do direito natural como categoria ético-normativa compreendida no direito em geral, especialmente quando entendido sob a forma de princípios jurídicos. Faz-se referência a um caso judicial concreto e ao método lógico-indutivo emergente do Direito Medieval para demonstrar que nenhuma norma legal pode sobrepor-se ao justo racional substrato do jusnaturalismo cultivado com grande proveito dogmático e axiológico, especialmente no século XIII, sob os auspícios da filosofia tomista, cujas premissas básicas têm grande utilidade em temas jurídicos da atualidade.

Palavras-chave:

- ▶ Direito natural — princípios jurídicos — supremacia — lei.

Abstract:

- ▶ The present article deals with the conception of Natural Law as an ethic-normative category pertaining to Law in general, specially when it is understood in the form of juridical principles. Reference is made to a concrete judiciary case and to the logical-inductive method which emerges from Medieval Law to demonstrate that no legal norm can superpose itself to the fair and rational substratum of Jus Naturalism, which was cultivated, with great dogmatic and axiological profit, mainly in the 13th century, under the auspices of the thomistical philosophy, the basic premises of which have a great utility for juridical themes of our times.

Keywords:

- ▶ Natural law — juridical principles — supremacy — law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Intróito
- ▶ 2. Escorço do caso enfrentado

(*) Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 13ª Região. Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Salamanca. Doutorando em Ciências Ju-

rídico-filosóficas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela UFPE. Professor Assistente de Direito Processual Civil da UFPB.

- ▶ 3. Existência e autoridade ético-jurídica do direito natural
- ▶ 4. Fragilidade da refutação dos positivistas
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Intróito

Tema sempre dos mais instigantes diz respeito à possível eficácia normativa do direito natural, com admissão, ou não, de sua supremacia sobre os corpos normativos positivados. Com efeito, não são recentes os confrontos que se renovam nos bancos das faculdades de direito e mesmo no âmbito dos julgamentos judiciais no tocante à autoridade dos princípios jurídicos (como desdobramento do direito natural) em face dos textos legais.

Nesse panorama, pensamos conveniente abordar de novo o assunto, agora, nesta breve resenha, de modo a oferecer algumas considerações que reputamos oportunas para fomentar o debate nesse aspecto, considerando especialmente o crescente prestígio que o princípio da dignidade humana tem alcançado, felizmente, em tribunais e universidades.

Assim é que iremos lançar nossas impressões a respeito não só da existência e vigência efetiva do direito natural como categoria jurídico-normativa, mas, principalmente, revelar nossa convicção de sua supremacia no contexto da pirâmide normativa constitutiva da base da teoria pura do direito de Kelsen.

Para isso, iremos abordar um caso judicial com o qual nos deparamos no exercício da judicatura do trabalho, envolvendo a justiça (ou não) da inserção de trabalhador em plano de saúde privado, mesmo durante período de suspensão do contrato de trabalho, utilizando, nesse particular, a noção do justo racional decorrente do direito natural.

Com mira no desenrolar desse caso concreto, lançaremos escólios envolvendo o confronto de princípios gerais de direito (que compreende noções de direito natural) e determinados

corpos legais cuja exegese, ou mesmo um primeiro sentido teleológico, apresenta lacunas e defeitos que mais se aproximam do injusto que do justo racional que deve nortear toda categoria jurídica.

2. Escorço do caso enfrentado

A contenda judicial encerrava discussão a respeito da licitude, ou não, de supressão de benefício empresarial de plano de saúde durante suspensão contratual decorrente de aposentadoria por invalidez. O trabalhador perseguia a continuidade da concessão do benefício durante o lapso contratual suspensivo e a empresa recusava-se a concedê-lo com esteio nos efeitos da suspensão do contrato laboral e na norma do art. 475 da Consolidação Trabalhista.

Inicialmente, imperioso destacar que a aposentadoria por invalidez não acarreta extinção do contrato de trabalho, porque de fruição temporária, podendo o trabalhador recuperar a capacidade laborativa a qualquer tempo, salvo após os 70 anos (aposentadoria compulsória).

É o que se extrai do texto do art. 475 da Consolidação, cujo alcance vem bem definido por Carrion⁽¹⁾. Assim, não há falar em extinção das obrigações empresariais por conta de suposta ruptura contratual. Decerto, entretanto, que o efeito principal da suspensão do contrato é a paralisação transitória das obrigações principais

(1) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 351. Ao comentar o art. 475 da Consolidação, o saudoso jurtrabalhista ensina: *Aposentadoria. Inexiste no direito positivo atual a aposentadoria definitiva por invalidez; a qualquer tempo, mesmo após cinco anos (prazo do direito anterior) pode ser cancelada, caso readquira a capacidade laborativa (...). A jurisprudência é pacífica nesse sentido.*

do empregado e do empregador, a exemplo da prestação de serviços e da retribuição, conforme assevera Saad⁽²⁾.

Discute-se, nesse pormenor, se as obrigações acessórias também permanecem paralisadas, vez que *accessorium sequitur suum principale* (art. 92 do atual Código Civil). Nosso entendimento é no sentido de que nem toda obrigação contratual permanece em latência quando da suspensão do contrato laboral, especialmente aquelas que transcendem ao ambiente restrito de obrigações trabalhistas comuns, a exemplo dos encargos de interesse do Estado.

Como realça Monteiro de Barros, há previsão legal de continuidade de certas prestações originárias da celebração do contrato laboral, mesmo no hiato suspensivo⁽³⁾. Na espécie *sub judice*, percebemos que a assistência médica, hospitalar e odontológica, substrato do plano de saúde empresarial, encerrava benefício de largo alcance social e seu objetivo essencial era proporcionar amparo ao trabalhador em momentos de infortúnio.

Assim, mesmo suspenso o contrato, entendemos que o benefício conjugava-se às necessidades de atendimento e tratamento médico do trabalhador, cuja ocorrência demandava fruição

nas situações de dano à saúde e outros sinistros que impossibilitassem o desempenho das funções do obreiro, transcendendo, assim, aos efeitos normais da execução do contrato laboral.

De consequência, verificamos que a continuidade da concessão do benefício em questão atendia a imperativo de interesse do próprio Estado, qual seja, preservação da saúde do cidadão enquanto trabalhador, compondo direito laboral inespecífico inerente a todo Estado social de direito, conforme ensinança autorizada de Palomeque López⁽⁴⁾.

Percebemos, assim, que o contrato laboral deveria produzir seus efeitos normais naquela situação específica, numa situação similar à interrupção prevista no art. 473 da Consolidação Trabalhista. Não é de olvidar que, em situações tais, o concurso incisivo e imensurado dos textos legais, com suas consequências fáticas, acaba desviando-se das exigências do bem comum e da pacificação social que, desde o alvissareiro Medievo tomista, ostentava (como ainda ostenta) apanágio do direito natural⁽⁵⁾.

(2) SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 448. Assim discorre: *Estamos em que as disposições esparsas da CLT e da legislação extravagante sobre a matéria nos autorizam a dizer que um contrato de trabalho se acha suspenso quando todos os direitos e deveres dele decorrentes para as duas partes ficam paralisados. No caso, o contrato de trabalho tem apenas sua existência assegurada.*

(3) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 841. Para a conhecida justtrabalhista, há situações em que o tempo de serviço do trabalhador para efeito de indenização e depósitos do FGTS (obrigações acessórias) é integralmente computado mesmo quando da suspensão do contrato, referindo-se especialmente à prestação do serviço militar, obrigação de interesse do Estado. São suas as palavras: *Afastamento para prestação do serviço militar obrigatório. Durante essa ausência, não há obrigação de pagar salários; entretanto, nos termos do parágrafo único do art. 4º da CLT e do art. 28, inciso I, do Decreto n. 99.684, de 1990, o período de afastamento é computado como de serviço para efeito de indenização, estabilidade e depósitos do FGTS.*

(4) Os direitos laborais inespecíficos foram bem elucidados por Manuel Carlos Palomeque López, consistindo no emprego de preceitos de direitos fundamentais constitucionais no âmbito específico das relações do trabalho, incorporando-se, por isso, à orbe jurídico-legal trabalhista. Tais direitos são, pois, segundo o eminente professor da Universidade de Salamanca, aqueles *atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos. Y es que, naturalmente, la celebración de un contrato de trabajo «no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (SSTC ns. 120/1983, 88/1985, 104/1987, 6/1988, 129/1989, 126/1990, 99/1994, 6/1995, 4/1996, 106/1996, 186/1996, 204/1997, 1/1998 y 197/1998). Son, en definitiva, derechos del ciudadano-trabajador, que ejerce como trabajador-ciudadano (Cf. Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos. El modelo social en la constitución española de 1978. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003. p. 229-230).*

(5) Anota Nicola Abbagnano, o Direito Natural em Tomás de Aquino expressa exatamente o sentido correto segundo

Em outras palavras, a incidência de princípios e dogmas superiores consubstanciados na prevalência da vida e da saúde humanas representa direito natural do cidadão e se sobrepõe, por conduto do justo racional, à literalidade dos textos legais. E tal panorama jurídico-moral, não obstante originário do Direito Medieval, espalha-se até os dias de hoje, sendo, no Brasil, previsto sobretudo no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei n. 4.657/42), dispositivo de estirpe principiológica e de Justiça social, nos moldes proclamados por Franco Montoro⁽⁶⁾.

Bom ressaltar que o direito não se encerra somente na lei, possuindo outras fontes de autoridade que lhe são antecedentes e trans-

o qual não é lei aquela que não é justa, e, portanto, qualquer lei humana deve derivar da lei natural, que é a primeira regra da razão (Cf. *Dicionário de filosofia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 281).

- (6) FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 277. Ao tratar das aplicações da Justiça social, o preclaro jusnaturalista, com invulgar propriedade, leciona: *Estudar as aplicações da justiça social significa considerar todas as modalidades de ordenação da atividade social para o bem comum. Essa simples colocação do problema demonstra a extensão ilimitada do campo dessa justiça. Em primeiro lugar, ela deve estar presente na elaboração de qualquer lei, porque toda norma jurídica tem por finalidade a promoção do bem comum. E não apenas o legislador, que institui a norma, mas também o administrador, que lhe dá execução, o juiz, que a aplica, o cidadão, que a cumpre, têm, todos, a orientar sua atuação, os princípios de justiça social geral e legal, cujo objeto é o bem comum. Mas a lei é apenas um dos instrumentos — o principal sem dúvida — para a promoção do bem comum. Ela impõe aos cidadãos a obrigação de cooperar para o bem comum em matéria de impostos, serviço militar, salário mínimo, higiene e segurança do trabalho, educação, saúde pública etc. Ao lado do império da lei, existe o “império espontâneo”, representado pelas exigências do bem comum que se impõem à consciência de cada homem, independentemente de determinação legal (...). No mesmo sentido é a lição de Dabin: “A obediência às leis e às ordens legítimas da autoridade pública não é tudo. Em certo sentido é até mesmo secundário se tivermos em conta que a organização estatal é apenas um meio a serviço da comunidade. À comunidade dos indivíduos reunidos no Estado, cada membro deve um ajustamento de sua conduta e de seu bem particular ao bem comum”.*

centes⁽⁷⁾, a exemplo dos princípios gerais de direito e das missões do Estado social de direito (arts. 1º, III e IV, e 170, III e VII, da Constituição do Brasil), além da responsabilidade social exigível das empresas.

Por tais postulados, entendemos que as medidas de justiça distributiva idealizadas desde o Direito Medieval⁽⁸⁾, autorizavam acolhimento da pretensão autoral, já que o bem ou utilidade da vida perseguido pelo vindicante (continuidade da concessão do plano de saúde durante suspensão do contrato laboral ante aposentadoria por invalidez) não era, senão, desdobramento de um Direito Natural superior (preservação da saúde e da vida).

3. Existência e autoridade ético-jurídica do direito natural

O Direito Natural é proveniente da natureza racional das coisas. Seu conteúdo independe, em

- (7) Francisco Carpintero, ao definir a postura do homem medieval diante do confronto entre Direito e lei positiva, expõe: *Y así el hombre actúa correctamente según los principios, esto es, desde los fines desde los cuales razona. Porque el fin en las cosas que hay que hacer tiene razón de principio, por lo que las razones de los operables, que se dirigen al fin, se toman desde él (...). El hombre medieval se preguntaba por qué razón o motivo obliga la ley, cual era la “ratio” de la normatividad de una conducta, porque le resultaba evidente la poca relevancia del cumplimiento de la norma por la norma misma* (Cf. *Justicia y ley natural*: Tomás de Aquino y los otros escolásticos. Madrid: Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2004. p. 142-143).
- (8) A Justiça distributiva não é, senão, fonte da Justiça social dos nossos dias, contemplando a prática da distribuição proporcional ou geométrica dos bens sociais, entre eles, a retribuição e outros benefícios advindos do trabalho, de conformidade com a contribuição oferecida pelo trabalhador à empresa e à sociedade ao longo de sua vida laboral. É, pois, uma das vertentes do conceito de Justiça em Aristóteles, cujas premissas básicas foram aperfeiçoadas por Santo Tomás de Aquino no Medievo quando da edição da *Secunda Secundae* da Suma Teológica (Questões 97 e seguintes), correspondente ao Tratado da Justiça. Ressalte-se, como bem registra Franco Montoro, que a Justiça distributiva merece destaque e tem plena aplicação em toda disciplina jurídico-social da atualidade. Para leitura mais aprofundada a respeito do alcance da Justiça distributiva, ver nosso artigo: O conceito de justiça em Aristóteles. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, v. 8, p. 24-32, 2000.

princípio, da vontade humana. Isto porque a vontade e o agir humanos estão incorporados à ordem natural das coisas por concepção divina. Nas palavras de Dom Odilão Moura, o direito natural não se confunde com as normas de uma justiça afirmada deliberadamente por duas ou mais pessoas, ou estabelecidas definidamente pela autoridade pública⁽⁹⁾.

A nota de racional que informa o direito natural está em que o homem é naturalmente capaz de conhecer determinada coisa como verdade, isto é, aquilo que o homem conhece e assimila independentemente de qualquer esforço de aprendizado formal. Disso deflui que o justo também é consequência dessa ilação, porque a noção do reto e do justo é aptidão natural do homem.

Assim, é sensível que toda construção cultural do homem deve encerrar valores e virtudes do justo, designadamente a lei. Sem isso, ter-se-á mero corpo sem alma, mero objeto sem potência⁽¹⁰⁾. Em consequência, o direito encerrado

na lei e a virtude da justiça não são categorias isoladas, isto é, dotadas de uma estrutura científica específica e incomunicável. Ambos são indissociáveis para que se alcance ordem e pacificação social.

Tais premissas são a base da teoria ético-jurídica de Santo Tomás de Aquino. Deve-se pugnar pela pronta obediência da lei, eis que é ela consequência do justo natural. Do contrário, não há lei a ser obedecida⁽¹¹⁾. Disso deflui que não se cogita de lei (ou de sua interpretação) que não atenda às exigências do justo racional. Estaria, então, sepultada a pretensa “verdade científica” da teoria pura do direito de Kelsen?⁽¹²⁾ Evidente que sim.

Quando Santo Tomás proclama a obediência às leis escritas (que ele próprio chama direito positivo), já concebe a existência de leis justas,

intelligenza è muta; la giustizia non si dà senza la legge, la legge senza la giustizia è corpo senza anima: nel loro fondersi reciproco, nel loro continuo reciproco implicarsi ed esaltarsi sta l'autonomia della scienza (giuridica) ed il valore imprescindibili della filosofia (giuridica) (Cf. Il diritto in san Tommaso d'Aquino. Un'indagine filosofica. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000).

(9) Para o autor, as deliberações emergentes de ajustes e negócios entre pessoas e as determinações das autoridades públicas concentram, em geral, a ideia de direito positivo, não de Direito Natural. E acrescenta: *Haverá um direito proveniente da própria natureza da coisa, direito natural, que não se confunde com as normas da justiça firmadas entre duas pessoas (...). Enquanto o primeiro direito (direito natural) independe da vontade humana, o segundo (direito positivo) nasce dela por uma convenção estabelecida. O primeiro direito é instituído e promulgado por Deus, que possibilita ao homem, pela sua própria natureza racional, facilmente conhecê-lo, e só Deus poderá alterá-lo, mas não o faz, porque a sabedoria divina não é contraditória. O segundo direito é firmado por convenção humana, cabendo ao homem promulgá-lo, anulá-lo ou modificá-lo, se necessário for. É de sua estrutura ser mutável. O direito natural é imutável, como a própria natureza do homem, visto ser elaborado pela sabedoria divina. Evidentemente, o direito positivo deve subordinar-se ao direito natural. Toda lei que contradiga as normas do direito natural é iníqua e desumana (Cf. A doutrina do direito natural em Tomás de Aquino. BONI, Luiz Alberto de (Org.). Idade média: ética e política. Porto Alegre: Editora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul — EDIPUCRS, 1996. p. 223).*

(10) Nesse sentido, escreve Ottavio de Bertolis: *La fisica senza la metafisica è movimento senza direzione, la metafisica senza la fisica è forma senza contenuto; l'intelligenza senza ragione è vuota, la ragione senza*

(11) Nesse sentido é o art. 5 da Questão 60 da Suma Teológica: *Por lo cual, si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural, es injusta y no tiene fuerza para obligar, pues el derecho positivo sólo es aplicable cuando es indiferente ante el derecho natural el que una cosa sea hecha de uno u otro modo, según lo ya demostrado (q. 57, a. 2, ad. 2). De ahí que tales escrituras no se llaman leyes, sino más bien corrupción de la ley, como se ha dicho antes (1-2, q. 95, a. 2), y, por consiguiente, no debe juzgarse según ellas (Cf. Suma de teología. Prima pars. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1989. p. 497).*

(12) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1. Acompanhem-se algumas de suas concepções: *Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir desse conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa rigorosamente determinar como Direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Isto parece-nos algo de per si evidente.*

isto é, as leis consonantes com o direito natural. Assim, na doutrina tomista, a lei não é consequência da vontade artificial do homem, mas *deve* ostentar valores transcendentais. E, disso, deve-se ocupar, também, o intérprete.

As concepções tomistas a respeito do direito natural e sua superioridade sobre as demais normas criadas pelo homem, designadamente a lei positiva, estão umbilicalmente relacionadas com a pregação do justo e do bem, realizando e exercitando a reta razão preconizada na filosofia medieval.

Bobbio, nesse contexto, adverte que uma das principais reivindicações dos jusnaturalistas tomistas está em que a superioridade e prevalência do direito natural sobre o direito positivo decorre do fato de aquele estar informado por valores inalienáveis de Justiça, enquanto este — segundo a concepção positivista clássica e neoclássica — pode existir independentemente do concurso do justo e do bem⁽¹³⁾.

Sustenta o mesmo Bobbio que as concepções tomistas do direito natural destinam-se não somente aos particulares, isto é, à comunidade, mas, especialmente, ao legislador. É que o direito natural encerra princípios fundamentais de ordenação superior, cabendo ao legislador humano a edição de normas que os complementem⁽¹⁴⁾.

4. Fragilidade da refutação dos positivistas

As afirmações precedentes permitem deduzir que o próprio Bobbio admite a relação de superioridade dos princípios jurídicos em relação à norma de direito positivo (lei humana), princípios jurídicos esses que, conforme demonstramos ao esboçar o caso concreto substrato do item 1, não são, senão, desdobramento atual do direito natural do Santo Doutor.

Portanto, é inequívoco que as formas de jusnaturalismo idealizadas e enunciadas por Bobbio consubstanciam postulados que conduzem à admissão da autoridade do direito natural, nos moldes formulados originariamente por Tomás de Aquino no século XIII.

Pode-se perceber, portanto, que Bobbio não ignora (nem pode) que o direito natural, enquanto encerrado em princípios jurídicos (estes que, por sua vez, concentram a ordem natural das coisas justas) é fonte de autoridade superior na pirâmide normativa regulatória da conduta do homem.

soltano), che hanno per destinatari non già tutti gli uomini, ma, principalmente, i legislatori. Dal fatto che i destinatari del diritto naturale siano in primo luogo i legislatori discende la conseguenza che i sudditi sono tenuti in alcuni casi ad ubbidire anche alle leggi ingiuste purché legittimamente promulgate. 2) Il diritto naturale è l'insieme dei 'dictamina rectae rationis' che forniscono la materia della regolamentazione, mentre il diritto positivo è l'insieme degli espedienti pratico-politici (quali l'istituzione e organizzazione di un potere coattivo) che ne determina la forma, o, con altre parole, il primo costituisce la parte precettiva della regola, quella che attribuisce la qualificazione normativa ad un dato comportamento, il secondo la parte punitiva, quella che rende la regola efficace in un mondo, come quello umano, dominato dalle passioni che impediscono ai più di seguire i dettami della ragione (...). 3) Il diritto naturale è il fondamento o sostegno dell'intero ordinamento giuridico positivo. Al contrario di quel che accade nella teoria precedente, qui il contenuto della regolamentazione è determinato esclusivamente dal legislatore umano (il sovrano): la funzione del diritto naturale è puramente e semplicemente quella di dare un fondamento di legittimità al potere del legislatore umano prescrivendo ai sudditi di ubbidire a tutto ciò che il sovrano comanderà. In questa concezione, che caratterizza, a mio vedere, la teoria hobbesiana, il diritto naturale è ridotto ad una norma sola.

(13) BOBBIO, Norberto. *Locke e il diritto naturale*. Torino: Giappichelli, 1963. p. 40.

(14) BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizione di Comunità, 1997. p. 129-130. Vejam-se os escólios do eminente jusfilósofo, conforme original italiano: *Il Giusnaturalismo, come abbiamo detto, afferma la superiorità del diritto naturale sul diritto positivo. Questa superiorità è stata sostenuta, a grandi linee, in tre modi, che contraddistinguono tre forme tipiche di giusnaturalismo: quello scolastico, quello razionalistico moderno e quello hobbesiano (non trovo denominazione migliore per quest'ultimo). 1) Il diritto naturale è un insieme di primi principi etici, generalissimi, da cui il legislatori umano deve trarre ispirazione per la formulazione delle regole del diritto positivo: quest'ultimo, secondo la nota esposizione di S. Tommaso, procede da quello naturale o 'per conclusionem' o 'per determinationem'. In questa accezione, il diritto naturale è un sistema composto di pochissimi norme (secondo alcuni, di una norma*

Com isso, o saudoso jusfilósofo peninsular não deixa de atribuir aos preceitos do direito natural certo conteúdo ideológico, epistemológico e axiológico, expondo o que chama “repporto tra giusnaturalismo e positivismo giurídico come ideologie”, “come teorie generali di diritto” e “come modi diversi di accostarsi allo studio del diritto”⁽¹⁵⁾.

Desse estágio, percebemos que a refutação dos positivistas resume-se a demonstrar virtuais incompatibilidades do direito natural com o direito positivo, talvez com o propósito de atribuir uma enganosa complexidade ao assunto ou, como parece mais sensível, exonerar-se de algum modo do incômodo (próprio dos positivistas) de reconhecer a superioridade do direito natural.

Em outras palavras, os positivistas mais notáveis não são capazes de construir uma adequada teoria que renegue o direito natural como categoria jurídica superior ao direito positivo, ostentando posição de supremacia absoluta mesmo na pirâmide normativa idealizada por Kelsen.

5. Considerações finais

Bom que a presente discussão não se encerre neste breve enfoque. É proveitoso instigar a argúcia de estudiosos que primam pela descoberta do que seja bom, correto e justo para o homem. Deve-se, entretanto, segundo pensamos, partir da premissa medieval fundamental de que o homem é mais criatura que criador e, com isso, é fim e não meio.

Todo estudo envolvendo filosofia e direito é caro à magistratura e, quicá, aos juristas em geral. Os magistrados não raro nos ressentimos de atualidades filosóficas e jusfilosóficas que só enobrecem o ministério de julgar. Ressuscitar as ideias e lições de jusfilósofos de escol e conjugá-las ao nosso dia a dia judicante é exercitar a consciência de aplicar o direito como objeto da justiça.

(15) Cf. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Op. cit., p. 132.

6. Referências bibliográficas

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- AQUINO, Tomás de. *Suma de teología*. Parte I-II, edición dirigida y traducida por los regentes de estudios de las provincias dominicanas de España. Colaboradores: Ángel Martínez, Donato González, Luis Lopes de las Heras, Jesús M. Rodríguez Arias, Rafael Larrañeta, Victorino Rodríguez, Antonio Sanchís, Esteban Pérez, Antonio Osuna, Niceto Blázquez, Ramón Hernández. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BERTOLIS, Ottavio de. *Il diritto in san Tommaso d'Aquino*. Un'indagine filosofica. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizione di Comunità, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Locke e il diritto naturale*. Torino: Giappichelli, 1963.
- CARPINTERO, Francisco. *Justicia y ley natural*: Tomás de Aquino y los otros escolásticos. Madrid: Ediciones de la Universidad Complutense de Madrid, 2004.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FRANCO MONTORO, André. *Introdução à ciência do direito*. 26. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MOURA, Odilão, D. A doutrina do direito natural em Tomás de Aquino. In: BONI, Luiz Alberto de (Org.). *Idade média: ética e política*. Porto Alegre: Editora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-EDIPUCRS, 1996.
- NUNES, Cláudio Pedrosa. O conceito de justiça em Aristóteles. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, v. 8, ano 2000.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*. El modelo social en la constitución española de 1978. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2006.

Os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho e a assistência judiciária: as Súmulas ns. 219 e 319 do TST e as Súmulas ns. 450 e 633 do Supremo Tribunal Federal

Kleber de Souza Waki^(*)

Resumo:

- ▶ Com a edição das Súmulas ns. 219 e 329 do TST, cristalizou-se o entendimento de que, na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios somente são devidos quando estejam presentes os requisitos do art. 14 da Lei n. 5.584/70. Neste estudo procuramos enfocar as origens da assistência judiciária no Brasil, passando pelos estatutos que a disciplinaram tanto para o processo comum quanto para o processo do trabalho, com enfoque para a mudança do entendimento jurisprudencial consolidado após o advento da Lei n. 5.584/70. Também procuramos confrontar as Súmulas ns. 450 e 633 do STF com as Súmulas ns. 219 e 329 do TST, buscando uma interpretação que as harmonize e que, ao final, consagre a possibilidade da imposição dos honorários advocatícios conforme determina a Lei n. 1.060/50.

Palavras-Chave:

- ▶ Honorários advocatícios — assistência judiciária — processo trabalhista.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A assistência judiciária no Brasil e o processo do trabalho. A disciplina no CPC de 1939. A edição da Lei n. 1.060/50. A Súmula n. 450 do Supremo Tribunal Federal
- ▶ 3. A assistência judiciária dos sindicatos regulamentada pela Lei n. 5.584/70 e o processo do trabalho. A Súmula n. 633 do STF e as Súmulas ns. 219 e 329 do TST
- ▶ 4. Conclusões
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho. Bacharel em Direito pela UFMT em 1991. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela UFG.

1. Introdução

A Justiça do Trabalho é conhecida como sendo um ramo do Judiciário onde deve imperar a simplicidade e o informalismo — e isto até constitui princípio processual básico na condução das ações trabalhistas⁽¹⁾.

Na Justiça do Trabalho não há necessidade que o reclamante compareça acompanhado de advogado, podendo formular pessoalmente os termos de sua reclamação, independentemente do valor de seus pedidos ou da natureza de sua

demanda, mediante simples comparecimento ao setor de atermção que toda vara do trabalho deve disponibilizar: é o chamado *jus postulandi*⁽²⁾ ou *capacidade postulatória*⁽³⁾.

Ainda que seja este modelo uma garantia ao cidadão e uma exteriorização do quão simples deve ser a regência processual trabalhista, na prática, há décadas esta realidade já se modificou e raríssimos são os processos com origem na atermção.

Em verdade, a maioria absoluta dos processos ajuizados na Justiça do Trabalho indica dois aspectos de uma realidade que não pode ser negada pelo direito: 1. as ações são patrocinadas por advogados particulares e sem a assistência do sindicato; 2. as ações são aforadas com pedido para tramitação sob o pálio das leis que dispõem sobre a Assistência Judiciária.

Afinal de contas, mesmo não sendo obrigatória a participação do advogado no ajuizamento de uma ação trabalhista, é razoável concluir que, contando o cidadão com a assistência de um profissional habilitado, suas chances para postular, provar e receber o que lhe é de direito aumentarão. Afinal de contas, a mera facilidade de acesso não modifica o fato de que o processo é, em si, objeto de natureza técnica. Além disso, conforme a natureza da demanda, a complexidade será uma qualidade inerente à causa e, muitas vezes, não terá o trabalhador como superar este obstáculo⁽⁴⁾.

(1) Neste sentido, confira algumas jurisprudências do TST: “EMENTA: JULGAMENTO EXTRA PETITA. Mesmo tendo a informalidade como princípio norteador, o direito processual do trabalho, neste tocante na esteira do processual comum, exige que o pedido seja certo e determinado, pena de dificultar a defesa do reclamado, direito que lhe é constitucionalmente assegurado. No caso dos autos, restou patente que os obreiros não perseguiram o título de FGTS mais 40%, e, nesta condição, as decisões anteriores não poderiam, a despeito de vislumbrarem identidade de matérias, deferir títulos efetivamente não postulados, até porque, mesmo no processo trabalhista, a substituição de um pedido por outro se restringe a hipóteses especialíssimas (p. exemplo, arts. 496, 492, CLT). Destarte, a Colenda 5ª Turma deveria ter conhecido da Revista por violação aos arts. 128 e 460 do CPC, e em assim não o fazendo, findou por macular o art. 896, c, consolidado. Embargos conhecidos e providos.” (TST, j.: 13.3.2000, E-RR n. 133.907, ano 1994, origem: TRT 10ª Região, órgão julgador: Subseção I – Especializada em Dissídios Individuais, fonte: DJ – Data: 7.4.2000, p. 11, Relator: Ministro José Luiz Vasconcellos); “EMENTA: I. APURAÇÃO DE INSALUBRIDADE. LAUDO PERICIAL. O entendimento reiterado desta colenda Corte é no sentido de que o art. 195 Consolidado não torna indispensável que a perícia para a apuração da insalubridade seja feita por médico. O que se verifica é a necessidade de a perícia ser realizada por profissional tecnicamente capacitado para tanto, como é o caso do engenheiro. Recurso de revista do reclamante desprovido. II. PROCEDIMENTO PERICIAL NO PROCESSO DO TRABALHO. A Lei n. 5.584/70, em seu art. 3º, regulamenta o procedimento pericial no processo do trabalho, não ficando o juízo obrigado a designar dia, hora e local para a realização da perícia, em razão do princípio da informalidade do processo do trabalho. Assim, inaplicável subsidiariamente a disposição contida no art. 427 do CPC, face à existência de regulamentação própria ao processo trabalhista. Recurso de revista do reclamante desprovido.” (TST, Acórdão n. 4.413, decisão: 21.8.1995, Processo: RR 138.440, ano: 1994, origem: TRT 2ª Região, Recurso de Revista, órgão julgador: 2ª Turma, Fonte: DJ – 4.10.1996, p. 37.445, Relator Ministro Moacyr Roberto Tesch Auersvald)”

(2) Em algumas poucas hipóteses o cidadão poderá iniciar um processo judicial sem a assistência de um advogado. Vamos aos exemplos: a) nos Juizados Especiais Cíveis (art. 9º da Lei n. 9.099/95 e para as causas de até vinte salários mínimos. Acima desse valor, a assistência do advogado é obrigatória); b) na Justiça do Trabalho (art. 791, CLT — acesso amplo, independente do valor da causa, para ações individuais e coletivas, quer como autor ou réu na demanda).

(3) Sintetizando, a *capacidade postulatória* pode ser traduzida como a qualidade que permite ao sujeito a produção de atos processuais, através dos quais dará impulso ao processo.

(4) Neste mesmo sentido decidiu recentemente o TST em uniformização de jurisprudência, apontando razões para a limitação do *jus postulandi* pela parte, conforme

O problema que vivenciamos hoje decorre do fato de que, não obstante a grande maioria absoluta das ações propostas conte com a participação de advogado indicado pelo trabalhador necessitado e suas ações tramitem sob os benefícios das leis de assistência judiciária, cristalizou-se na Justiça do Trabalho o entendimento de que os honorários advocatícios são conferidos apenas e tão somente se a assistência for prestada pelos órgãos sindicais.

As consequências que se desenharam a partir daí são de fácil previsão: para as ações com resultados positivos, ceifa-se parte dos ganhos do trabalhador como única maneira de compensar o justo trabalho daquele que o auxiliou na vitória. Nesta partilha, feita à margem do processo,

tanto poderá imperar a equidade ou uma divisão injusta. O trabalhador estará só.

Em poucas palavras, a Justiça do Trabalho terá cumprido o seu ofício e aplicado o justo valor para solver a demanda trabalhista. Todavia, em seguida, restará um trabalhador abandonado a uma nova situação de justa ou injusta partilha de seus ganhos, à mercê da sorte de estar ou não assistido por profissional que zelee pelo sensato equilíbrio. O contrário também será de possível ocorrência: advogados nobres que primam pela Justiça, serão muitas vezes abandonados por seus clientes e nada receberão após dedicada atuação profissional.

Não obstante seja inegável o papel fundamental que a própria Constituição reconhece ao advogado, já sabemos que isto não é obstáculo ao reconhecimento da garantia atribuída ao cidadão para o exercício do *jus postulandi*, conforme decidiu a Suprema Corte. Portanto⁽⁵⁾,

notícia anunciada em seu sítio: "13.10.2009 — DEFESA EM AÇÃO NO TST NÃO É PERMITIDA SEM ADVOGADO. Terminou agora há pouco, em torno das 15h30, o julgamento do recurso em que o autor de uma ação pretendia continuar no processo, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, sem a intermediação de advogado. Por maioria de votos — 17 a 7 — o Tribunal Pleno (órgão colegiado que reúne todos os ministros do TST) negou a prática do *jus postulandi* em matérias que se encontram tramitando na Corte superior. Essa prática tem sido corrente na Justiça do Trabalho, mas apenas nas instâncias anteriores — ou seja, nas Varas do Trabalho, onde se dá o início do processo, e nos Tribunais Regionais do Trabalho, onde são apreciados os recursos ordinários. A partir daí, quando há recurso ao TST, não mais estão em discussão aspectos relacionados com os fatos e provas da ação, mas sim questões técnicas e jurídicas do processo. O que esteve em discussão hoje foi exatamente a possibilidade de a parte continuar a atuar em causa própria no TST. A matéria já havia sido votada pela Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), quando o então relator, ministro Milton de Moura França, atual presidente do Tribunal, manifestou-se pela impossibilidade de adotar o *jus postulandi* no âmbito do TST. O ministro Brito Pereira abriu divergência, sendo seguido por outros membros da SDI-1. Com isso, a discussão acabou sendo remetida ao Pleno, por sugestão do ministro Vantuil Abdala, que propôs a votação de um incidente de uniformização de jurisprudência, instrumento pelo qual o TST adota um posicionamento único sobre determinado tema. No Pleno, coube ao ministro Brito Pereira assumir a relatoria, mantendo, portanto, o entendimento adotado na SDI-1, ou seja, a favor do *jus postulandi* no TST. Prevaleceu, entretanto, o voto em sentido contrário, do ministro João Oreste Dalazen, vice-presidente do TST, com 17 votos favoráveis e 7 contra. (E-AIRR e RR 85581/03-900.02.00-5) Fonte: TST (Ribamar Teixeira).

- (5) "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — Lei n. 8.906/94. Suspensão da eficácia de dispositivos que especifica. LIMINAR. AÇÃO DIRETA. Distribuição por prevenção de competência e ilegitimidade ativa da autora. QUESTÕES DE ORDEM. Rejeição. MEDIDA LIMINAR. Interpretação conforme e suspensão da eficácia até final decisão dos dispositivos impugnados, nos termos seguintes: art. 1º, inciso I — *postulações judiciais privativa de advogado perante os juizados especiais. Inaplicabilidade aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz.* Art. 7º, §§ 2º e 3º — suspensão da eficácia da expressão "ou desacato" e interpretação de conformidade a não abranger a hipótese de crime de desacato à autoridade judiciária. Art. 7º, § 4º — salas especiais para advogados perante os órgãos judiciários, delegacias de polícia e presídios. Suspensão da expressão "controle" assegurado à OAB. Art. 7º, inciso II — inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado. Suspensão da expressão "e acompanhada de representante da OAB" no que diz respeito à busca e apreensão determinada por magistrado. Art. 7º, inciso IV — suspensão da expressão "ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para a lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade". Art. 7º, inciso V — suspensão da expressão "assim reconhecida pela OAB", no que diz respeito às instalações e comodidades condignas da sala de Estado Maior, em que deve ser recolhido preso o advogado, antes de sentença transitada em julgado. Art. 20, inciso II — incompatibilidade da advocacia

fazendo ressalva quanto à atuação nos Juizados Especiais Criminais⁽⁶⁾, já se comprovou equivocada a ideia de que a *indispensabilidade do*

com membros de órgãos do Poder Judiciário. Interpretação de conformidade a afastar da sua abrangência os membros da Justiça Eleitoral e os juízes suplentes não remunerados. Art. 50 — requisição de cópias de peças e documentos pelo Presidente do Conselho da OAB e das Subseções. Suspensão da expressão “Tribunal, Magistrado, Cartório e”. Art. 1º, § 2º — contratos constitutivos de pessoas jurídicas. Obrigatoriedade de serem visados por advogado. Falta de pertinência temática. Arguição, nessa parte, não conhecida. Art. 2º, § 3º — inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestação, no exercício da profissão. Liminar indeferida. Art. 7º, inciso IX — sustentação oral, pelo advogado da parte, após o voto do relator. Pedido prejudicado tendo em vista a sua suspensão na ADIn n. 1.105. Razoabilidade na concessão da liminar. (ADI n. 1.127 MC, Relator(a): Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 6.10.1994, DJ 29.6.2001, PP-00032, EMENT VOL-02037-02 PP-00265)” — destaquei.

- (6) No julgamento da ADI n. 3.168, no entanto, o STF asseverou que nos juizados especiais criminais a presença do advogado é obrigatória, a despeito do que previu a Lei n. 10.259/01 (que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais). Veja o aresto: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. LEI N. 10.259/2001, ART. 10. DISPENSABILIDADE DE ADVOGADO NAS CAUSAS CÍVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DE ADVOGADO NAS CAUSAS CRIMINAIS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI N. 9.099/1995. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. É constitucional o art. 10 da Lei n. 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Precedentes. Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º da Lei n. 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei n. 9.099/1995. Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação

advogado à administração da Justiça⁽⁷⁾ deva ser lida como impossibilidade de coexistência de normas infraconstitucionais que permitam o exercício, pelo cidadão, de uma das garantias de acesso à Justiça, qual seja, aquela que lhe autoriza ajuizar pessoalmente suas reclamações perante o Judiciário.

Mas, prosseguindo neste raciocínio, se a presença do advogado não interfere na capacidade postulatória da parte no processo do trabalho, o *jus postulandi* do reclamante trabalhista poderia interferir no reconhecimento dos honorários advocatícios do profissional que assiste ao necessitado jurídico? Seria adequado concluir no sentido de que, sendo possível a atuação da parte sem advogado, haveria aí incompatibilidade para a condenação do sucumbente em honorários advocatícios nos processos que caminham sob os benefícios das leis de assistência judiciária?

Afinal, esta tem sido a interpretação emprestada às Súmulas ns. 219 e 329 do TST, no sentido de que os honorários advocatícios estariam restritos à atuação de advogados indicados pelas entidades sindicais dos trabalhadores.

Teria sido sempre assim na Justiça do Trabalho? Veremos mais adiante que não, analisando ou especulando as razões pelas quais chegamos ao quadro que vivenciamos hoje.

Estas são as questões postas para exame neste estudo, cujo propósito natural é tão somente uma tentativa de provocar, nos mais doutos, a inspiração para lições melhores e que, oxalá, possam nos ajudar a subtrair as dúvidas específicas ao tema, acalmar o inquietante cenário em que vivemos ou contribuir para uma mudança de pensamento.

subsidiária do art. 68, III, da Lei n. 9.099/1995. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei n. 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal. (ADI n. 3.168, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 8.6.2006, DJe-072, DIVULG 2.8.2007, PUBLIC 3.8.2007, DJ 3.8.2007, PP-00029, EMENT VOL-02283-02, PP-00371)

- (7) Art. 133, CR.

2. A assistência judiciária no Brasil e o processo do trabalho. A disciplina no CPC de 1939. A edição da Lei n. 1.060/50. A Súmula n. 450 do Supremo Tribunal Federal

A implantação da assistência judiciária no Brasil é apenas uma faceta de uma garantia maior: o livre acesso à Justiça. Por isso, a instrumentalização deste direito maior se dá não apenas oferecendo acesso aos instrumentos para que o processo seja instaurado e trilhe o seu caminho natural, mas também assegurando que nenhuma dificuldade se oponha ao ajuizamento e à trilha processual, tais como custas e outras despesas processuais.⁽⁸⁾

A assistência judiciária, no Brasil, foi introduzida através do Decreto n. 1030, de 14.11.1890 (arts. 175 e 176), no limiar da República brasileira. No entanto, apenas através do Decreto n. 2457, de 8.2.1897, esboçou-se o conceito de pobreza (art. 2º) que prevalece até hoje.

(8) Valiosa a lição de José Carlos Barbosa Moreira: “A expressão ‘assistência judiciária’, apareceu pela primeira vez em texto constitucional, entre nós, na Carta da República de 16.7.1934, cujo art. 113, n. 32, rezava: ‘A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos’. Ainda não se havia consagrado, no mesmo nível, e em termos expressos, o direito genérico de acesso ao Poder Judiciário — o que só viria a ocorrer com o advento da Constituição de 18.9.1946, ex vi do art. 141, § 4º, *verbis*: ‘A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’. A observação parece interessante, quando se tem em vista que quaisquer medidas tendentes a remover ou atenuar os obstáculos habitualmente encontrados pelas pessoas carentes de meios para prover as despesas relacionadas com a defesa de direitos nada mais significam, a rigor, que desdobramentos necessários daquela garantia fundamental — tentativas, por assim dizer, de imprimir-lhe efetividade, em certa perspectiva. Não deixa de ser curioso que se tenha cuidado de assegurar constitucionalmente o benefício *específico* antes mesmo de inscrever nesse plano a franquia *genérica*.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: Evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993. Cap. 15, p. 207-218.)

Havendo sucumbência do adversário da pessoa assistida, impunha-se a condenação de honorários advocatícios que jamais poderiam ser cobrados do assistido (art. 38):

“Art. 38. O advogado do assistido terá direito, em conformidade do regimento de custas, a cobrar honorários do adversário, quando este for condenado a pagamento das custas em processo civil, e, tratando-se de processo criminal, terá o mesmo direito nos casos em que o ofendido for autor ou assistente auxiliar da justiça. Não terá, porém, direito a honorários do assistido, quer este ganhe, quer perca, quer faça acordo.”

Em 1934, o assunto foi incorporado no texto constitucional pela primeira vez, reservando-se à União competência exclusiva para legislar sobre a assistência judiciária (art. 5º, XIX, c). A Carta de 1934 também assentou no capítulo *Dos Direitos e Das Garantias Individuais* a obrigação da União e dos Estados concederem “aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos” (art. 113, item 32).

Estas previsões desapareceram com a promulgação da Constituição de 1937. No entanto, O Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939) passou a reger a matéria em seu Capítulo II (Do Beneficiário da Justiça Gratuita).

É importante atentarmos, nesta análise da evolução histórica do instituto de amparo judiciário aos mais pobres, acerca da nomenclatura atribuída. Se inicialmente, no século XIX, chamava-se *assistência judiciária*, quando passou a ser disciplinada no CPC de 1939, foi integralmente regida em capítulo denominado *Da Justiça Gratuita*, sinalizando desta forma que não há (ou não haveria) importância prática quanto à terminologia do direito maior (acesso à Justiça) que se implantava. O art. 68 do CPC de 1939 elencava os benefícios atribuídos àquele que era admitido na ação sob o pálio da *Justiça Gratuita*:

“Art. 68. A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo

do sustento próprio ou da família, gozará do benefício de gratuidade, que compreenderá as seguintes isenções:

- I – das taxas judiciárias e dos selos;
- II – dos emolumentos e custas devidos aos juizes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;
- III – das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;
- IV – das indenizações devidas a testemunhas;
- V – dos honorários de advogado e perito.”

E o art. 76, do CPC de 1939, regia a compensação do advogado que prestava a assistência judiciária:

“Art. 76. Vencedor na causa o beneficiado, os honorários de seu advogado, as custas contadas em favor dos serventuários da justiça, bem como taxas e selos judiciários, serão pagos pelo vencido.”

Também é importante assinalar que, aquela regra explícita no sentido de que jamais poderia o advogado cobrar honorários do necessitado por ele assistido, desapareceu. Entretanto, longe de sinalizar tal permissividade, parece claro que a lei quis apenas suprimir o que já era bastante óbvio. Não tendo o necessitado condições de arcar com qualquer despesa processual nem mesmo com eventual condenação em honorários advocatícios que seriam devidos ao seu adversário vitorioso na causa, como poderia responder a honorários exigidos de seu próprio advogado?

Com a Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho passou a integrar o Poder Judiciário.

Antes disso, a Consolidação das Leis do Trabalho foi introduzida em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, que previu a assistência judiciária para o trabalhador em dois dispositivos específicos: o art. 514, *b*⁽⁹⁾ e o art. 592,

II, *d*⁽¹⁰⁾. Com isso, ficou claro que aos sindicatos dos empregados se conferia o importante papel de prestar a assistência judiciária aos trabalhadores e que esta função seria remunerada através do imposto sindical⁽¹¹⁾.

Mais uma vez friso que, mesmo não havendo cláusula explícita, extrai-se a conclusão de que o trabalhador não poderia ter que partilhar os ganhos de sua ação (dissídio) trabalhista, quer por condenação da reclamada, quer por acordo, com o advogado que lhe assistisse, pois este já tinha previsão de remuneração através do imposto sindical.

Apoiado no art. 769 da CLT, o processo do trabalho poderia invocar a aplicação subsidiária do CPC de 1939, já que na legislação consolidada não havia qualquer norma disciplinando sobre como funcionaria a assistência judiciária no processo do trabalho.

E de acordo com o CPC de 1939, a condenação em honorários advocatícios em caso de assistência judiciária, repito, impunha-se por expressa disposição legal, pouco importa que esta assistência fosse prestada pelo sindicato, como já comandava a CLT ou por qualquer outro advogado escolhido pelo assistido, até porque a lei lhe facultava escolher o seu defensor (art. 68, parágrafo único, CPC/39).

Em 5 de fevereiro de 1950 foi editada a Lei n. 1060 e que ainda se encontra em vigor, disciplinando a *concessão da assistência judiciária aos necessitados*. Em seu art. 2º⁽¹²⁾ fazia expressa

(9) “Art. 514. São deveres dos sindicatos:

... *omissis*...

b) manter serviços de assistência judiciária para os associados;”

(10) “Art. 592. O imposto sindical, feitas as deduções de que tratam os arts. 589 e 590, será aplicado pelos sindicatos:

... *omissis*...

II. De empregados:

... *omissis*...

d) em assistência judiciária;”.

(11) Como, até antes de 1946, a atuação da Justiça do Trabalho não tinha natureza jurisdicional, mas apenas administrativas, a *assistência judiciária* atribuída aos sindicatos para a propositura de dissídios individuais em favor dos trabalhadores necessitados se traduzia como atuação administrativa e não judiciária propriamente dita, como constava na antiga redação do art. 514, *b* da CLT.

(12) “Art. 2º Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que *necessitarem recorrer à Justiça* penal, civil, militar ou do trabalho.

menção de sua aplicação ao processo do trabalho. Ao dispor sobre os benefícios que integram a assistência judiciária, o art. 3º (em sua redação original) da lei em comento praticamente reproduziu o que já dispunha o art. 68 do CPC de 1939⁽¹³⁾.

Faço novamente uma pausa para enfatizar que tanto sob o capítulo de Justiça Gratuita no CPC de 1939, quanto sob a chamada Lei da Assistência Judiciária, o rol de benefícios remanesceu igual. Haveria, então, realmente a distinção entre *justiça gratuita* e *assistência judiciária*? E seria esta diferença a resposta para a negativa de honorários advocatícios aos profissionais indicados pelo necessitado e desvinculados dos órgãos sindicais?⁽¹⁴⁾

Na Lei n. 1.060/50 que, repito, foi explícita quanto à sua incidência no processo do trabalho, também se manteve a nomeação preferencial do advogado indicado pelo assistido, desde que o profissional aceitasse o encargo (art. 5º, § 4º). E tal qual já dispunha o CPC de 1939 (art. 76), deixou clara a forma de remuneração do advogado do assistido (art. 11), criando a limitação dos honorários em 15%.

Parágrafo único – Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

(13) A única diferença é que a Lei n. 1.060/50, ao dispor sobre a isenção do assistido a pagar indenizações a testemunhas, acrescentou que não poderia o empregador descontar o dia de salário da testemunha. No CPC de 1939, o art. 249 disciplinava as indenizações devidas e acrescentava o direito ao dia de salário.

(14) No artigo já citado do Professor José Carlos Barbosa Moreira, extrai-se a seguinte nota: “Atente-se, ao propósito, na lição de Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, t. V, São Paulo, 1968. p. 601-2: ‘Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da Justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo’ (grifos do original)”.

Portanto, mesmo havendo norma expressa na CLT de que constituía dever do sindicato oferecer a assistência judiciária, a Lei n. 1.060/50 (norma posterior), disciplinando a matéria (lei especial) e sendo específica quanto à sua aplicação ao processo do trabalho, assegurou ao trabalhador a preferência na nomeação do advogado por ele indicado para a assistência, com a única ressalva de que apenas o profissional poderia resistir à escolha, fixando e limitando os honorários advocatícios.

Assim, é forçoso concluir que se alguma interpretação pudesse haver, até então, de que a assistência judiciária somente poderia ser prestada pelo advogado indicado pelo sindicato, com a sanção da Lei n. 1.060/50 (cujo art. 2º era de aplicação explícita ao processo do trabalho), este entendimento não mais poderia subsistir.

Por fim, naquilo que interessa a este estudo, a Lei n. 1.060/50 manteve a norma que impõe o pagamento de honorários advocatícios ao advogado que presta os serviços de assistência judiciária, limitando o ônus da sucumbência em 15 % (quinze por cento)⁽¹⁵⁾.

É indubitosa a conclusão de que, até então sob a regência da Lei n. 1.060/50 (e dos diplomas que mais adiante atualizaram e aperfeiçoaram a disciplina do seu objeto, haja vista que nenhum destes dispositivos acima destacados sofreu alteração) os honorários advocatícios no processo do trabalho eram seguramente devidos quando reconhecida a assistência judiciária ao trabalhador.

Nem mesmo a jurisprudência da mais alta Corte do Judiciário — o Supremo Tribunal

(15) “Art. 11. Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciais serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa.

§ 1º Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença.

§ 2º A parte vencida poderá acionar a vencedora para reaver as despesas do processo, inclusive honorários do advogado, desde que prove ter a última perdido a condição legal de necessitada.”

Federal (que, na época ainda atuava em jurisdição mais ampla, não se restringindo ao seu papel fundamental de hoje, que é guardar a Constituição do país), destoava deste entendimento. Sob a esteira de diversos precedentes, o Supremo Tribunal Federal pacificou a interpretação conflitante que grassava no país editando a Súmula n. 450⁽¹⁶⁾:

“Súmula n. 450

São devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de justiça gratuita.”

Impende salientar que dos 3 (três) precedentes indicados pelo STF na edição da Súmula n. 450, 2 (dois) deles se referem a processos trabalhistas julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho. Destaco suas ementas:

“HONORÁRIOS DE ADVOGADO. DIREITO À PERCEPÇÃO POR PARTE DO ASSISTENTE JUDICIÁRIO DA PARTE VENCEDORA. A parte vencida deve honorários do assistente judiciário do seu contendor, se este vence a demanda” (RE n. 34.061-DF, Relator Ministro Villas-Bôas, 2ª Turma, STF, 23.9.1958)⁽¹⁷⁾.

“EMENTA: Se, no processo trabalhista, o vencedor é beneficiário de justiça gratuita, deve ser condenado o vencido a pagar-lhe os honorários de advogado” (RE n. 51.029, 2ª Turma, STF, Relator: Ministro Victor Nunes, j. 4.9.1962, audiência de publicação: 17.10.1962).

Também é forçoso concluir que, se alguma resistência havia ao reconhecimento dos honorários advocatícios ao patrono do necessitado

vitorioso, por força de distinção entre *justiça gratuita e assistência judiciária*, tal resistência não teria mais sentido com a publicação da Súmula n. 450 do STF.

Como sabemos que não é mais este o entendimento que prevalece nos dias de hoje, uma indagação natural se levanta: o que houve para mudar esta situação pacificada pela Súmula n. 450 do Supremo Tribunal Federal?

A resposta poderia estar no seguinte fato: a edição da Lei n. 5.584/70, que trouxe regras específicas para a assistência judiciária prestada pelos sindicatos.

Passemos à análise da Lei n. 5.584/70.

3. A assistência judiciária dos sindicatos regulamentada pela Lei n. 5.584/70 e o processo do trabalho. A Súmula n. 633 do STF e as Súmulas ns. 219 e 329 do TST

A Lei n. 5.584/70 dispôs sobre o processo do trabalho, alterou dispositivos da CLT e disciplinou a concessão e prestação da assistência judiciária no processo do trabalho⁽¹⁸⁾.

(18) “Da Assistência Judiciária

Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.

Art. 15. Para auxiliar no patrocínio das causas, observados os arts. 50 e 72 da Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963, poderão ser designados pelas Diretorias dos Sindicatos Acadêmicos, de Direito, a partir da 4ª Série, comprovadamente, matriculados em estabelecimento de ensino oficial ou sob fiscalização do Governo Federal.

(16) Colho no sítio do STF dados específicos acerca da edição da Súmula 450: “Data de Aprovação: Sessão Plenária de 1º.10.1964. Fonte de Publicação: DJ de 8.10.1964, p. 3.646; DJ de 9.10.1964, p. 3.666; DJ de 12.10.1964, p. 3.698. — Referência Legislativa: Código de Processo Civil de 1939, art. 63, art. 64, art. 76. Lei n. 1.060/1950, art. 11. Precedentes: RE n. 34.061 — Publicação: DJ de 30.10.1958; RE n. 51.029 — Publicações: DJ de 16.11.1962 — RTJ n. 23/506; RE n. 9.943 embargos — Publicação: DJ de 24.9.1964. Observação: Código de Processo Civil de 1973, art. 19, art. 20.”

(17) Detalhe curioso: parte da ementa acima foi escrita de próprio punho, presumidamente por seu relator.

Não há dúvidas de que ao tratar da assistência judiciária prestada pelos sindicatos, o diploma legal em referência buscou trazer disciplina específica à função que já previa a CLT em 1943 (art. 514⁽¹⁹⁾) e que, até então, vinha sendo regida somente através da Lei n. 1.060/50.

Aliás, ao fazer referência à Lei da Assistência Judiciária, a Lei n. 5.584/70 deixa claro que os trabalhadores assistidos por seus sindicatos fariam jus aos mesmos benefícios de isenção contidos no art. 3º da Lei n. 1.060/50.

Logo, é curial concluir que a Lei n. 5.584/70 não veio para revogar a Lei n. 1.060/50. E se não veio para revogar, veio para complementar, como fica claro na interpretação que se extrai conjugando as isenções da Lei da Assistência Judiciária (art. 3º) com a disciplina do diploma processual trabalhista⁽²⁰⁾.

Art. 16. Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente.

Art. 17. Quando, nas respectivas comarcas, não houver Juntas de Conciliação e Julgamento ou não existir Sindicato da categoria profissional do trabalhador, é atribuído aos Promotores Públicos ou Defensores Públicos o encargo de prestar assistência judiciária prevista nesta lei.

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, a importância proveniente da condenação nas despesas processuais será recolhida ao Tesouro do respectivo Estado.

Art. 18. A assistência judiciária, nos termos da presente lei, será prestada ao trabalhador ainda que não seja associado do respectivo Sindicato.

Art. 19. Os diretores de Sindicatos que, sem comprovado motivo de ordem financeira, deixarem de dar cumprimento às disposições desta lei ficarão sujeitos à penalidade prevista no art. 553, alínea a da Consolidação das Leis do Trabalho.

- (19) Importante destacar que em 1943, quando entrou em vigor a CLT, a atuação da Justiça do Trabalho era de natureza administrativa e não jurisdicional. Portanto, quando a CLT fazia referência à assistência judiciária (art. 514), na verdade estava se referindo à assistência jurídica. Curioso observar que esta modalidade de assistência é bem mais ampla e só foi incorporada na atual Constituição, substituindo a ideia de assistência judiciária.
- (20) A Lei n. 5.584/70 também sofreu alterações, através da edição das Leis ns. 10.288/01 e 10.537/02, o que evidencia também a necessidade de uma permanente leitura conjugada da assistência judiciária no processo do trabalho com a Lei n. 1060/50. Sobre estas modificações legislativas, escrevi:

Mas, poderíamos questionar: teria havido alguma incompatibilidade parcial entre os dois diplomas?

“Portanto, a Lei n. 5.584/70, a rigor, não regula a assistência judiciária, pois esta é disciplinada pela Lei n. 16.060/50 c/c 7.510/86. A Lei 5.584/70 apenas previu a possibilidade de também os entes sindicais concorrerem na prestação desse serviço de patrocinar gratuitamente as causas dos necessitados.

A Lei n. 10.288, sancionada em 20.12.2001, introduziu a possibilidade da definição primária de pobreza ser extraída não mais para aqueles que ganham até o dobro do salário mínimo, mas sim daqueles trabalhadores que estariam na faixa de 2 a 5 salários mínimos.

Sabemos que a doutrina, a lei e a jurisprudência (desde 1986, veja a Lei n. 7.510/86) já permitiam ao juiz conceder o benefício da assistência judiciária, independentemente do patamar salarial, para todo aquele que declarasse condição de pobreza de tal modo que não pudesse arcar com as custas do processo sem o prejuízo do sustento próprio e/ou de sua família. Então o parâmetro salarial, que a Lei n. 10.288/01 ampliou, foi apenas com relação a essa faixa salarial onde a pobreza é presumida, sem necessidade da parte ter que afirmá-la por declaração.

Note que a Lei n. 10.288/01 é clara no uso da conjunção OU: OU desempregado OU que perceba de 2 a 5 salários mínimos OU que faça a declaração de pobreza.

Nada, portanto, foi alterado além das condições objetivas para o reconhecimento da hipótese de concessão da assistência judiciária ao trabalhador. E uma vez reconhecida a hipótese, caberia também ao sindicato a possibilidade de prestar essa assistência (ao desempregado ou àquele que estiver enquadrado na faixa salarial específica ou que firmar a declaração de pobreza).

Os §§ 2º e 3º do art. 14 da Lei n. 5.584/70 (atestado passado pela delegacia de polícia ou por autoridade do Ministério do Trabalho) já haviam sido superados pela jurisprudência justamente em atenção à redação do art. 4º da Lei n. 1.060/50 que havia sido alterada pela Lei n. 7.510/86 e que exigia, a partir de então, APENAS A PRÓPRIA DECLARAÇÃO DO NECESSITADO. Daí entender-se, desde então, pela revogação dos §§ 2º e 3º do art. 14 da Lei n. 5.584/70. Enfim, veio a Lei n. 10.537/2002 que revogou o § 10 do art. 789-A da CLT.

Com isso, revogou-se a faixa salarial (de 2 a 5 salários mínimos), a condição de desempregado ou a declaração explícita de pobreza como fundamentos para a concessão da assistência judiciária.

Claro que, por ausência de efeito repristinatório, o § 1º do art. 14 da Lei n. 5.584/70 não pode ser ressuscitado para preencher o vazio. Mas, a questão é: existe vazio legislativo?

A resposta é, ao meu ver, negativa.

A resposta parece ser negativa, inclusive quanto à fixação dos honorários advocatícios. Basta constatar que o mesmo dispositivo que impõe a condenação em honorários advocatícios quando o assistido for o vencedor na demanda e limita o percentual de sucumbência (art. 11, § 2º, LAJ), serve de subsídio para a fixação dos honorários advocatícios revertidos ao sindicato assistente⁽²¹⁾.

Uma vez que não haja elementos especiais para aferição da condição de pobreza da parte, há de prevalecer também para este a regra geral, ditada pela Lei n. 1.060/50 com as alterações da Lei n. 7.510/86. Ou seja: BASTA A DECLARAÇÃO PESSOAL DE POBREZA, sendo que este requisito (que é básico para o processo civil) agora é universal para todos os cidadãos, inclusive para os processos trabalhistas.

A assistência judiciária poderá ser prestada por defensor público ou advogado dativo (como já o é na Justiça do Trabalho, especialmente quanto à segunda figura) baseando-se na Lei n. 1.060/50 c/c Lei n. 7.510/86 ou pelo sindicato de sua categoria (art. 14 da Lei n. 5.584/70, cujo *caput* não foi revogado por qualquer desses diplomas).

De notar que o *caput* do art. 14 da Lei n. 5.584/70 INTRODUZ o sindicato como patrocinador dativo nos processos trabalhistas. Os demais, das Leis ns. 10.288/01 ou 10.537/02, apenas fazem menção à figura do sindicato como assistente.

Há diferença.

Uma coisa é PREVER que a assistência passa a ser feita também pelo sindicato e a outra é já tratar o sindicato como assistente que tanto pode ser para causas em que patrocine um NECESSITADO como patrocine alguém que NÃO É NECESSITADO (e para o qual ele, a entidade sindical, concorrerá nas custas processuais). A figura de assistente aí é meramente processual.

Por isso, repito, não há revogação do art. 14, *caput* da Lei n. 5.584/70, pois nela há expressa concessão ao sindicato de regra que o assemelha a um advogado dativo ou defensor público.” (Os Honorários Advocatícios e a Assistência Judiciária no Processo do Trabalho, Coluna Legislação & Direito, Blog da Amatra 18, publicada em 30.4.2008. Disponível em: <<http://amatraxviii.blogspot.com/2008/04/legislao-direito-honorarios-advocatcios.html>>).

- (21) SUM-219 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESE DE CABIMENTO (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 27 da SBDI-2) – Res. n. 137/2005, DJ 22, 23 e 24.8.2005. I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, *nunca superiores a 15% (quinze por cento)*, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional

A conclusão de que as Leis ns. 1.060/50 e 5.584/70 são, na verdade, complementares, sem se excluírem mutuamente, pode ser conferida pela plena eficácia no processo do trabalho das sucessivas alterações do diploma legal de 1950 como, por exemplo, a edição da Lei n. 7.510/86 que simplificou a declaração de pobreza, bastando ao necessitado a afirmação em petição inicial para que seja reconhecido o seu direito ao benefício⁽²²⁾.

Se não há dúvida de que estes diplomas legais são complementares quando tratam da assistência judiciária no processo do trabalho, nasce mais uma questão: teria a Lei n. 5.584/70 excluído do trabalhador o direito de indicar o advogado de sua preferência para lhe prestar a assistência judiciária?

Uma resposta afirmativa, no sentido de reconhecer a cassação deste direito ao trabalhador, somente seria admissível se a interpretação do art. 14 da Lei n. 5.584/70 incluísse ali um adverbio que não se encontra na lei. O art. 14 da Lei n. 5.584/70 teria, então, ser lido assim: “Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, *somente* será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.”

Claro, isto não seria possível. Primeiro, porque esta não é a redação da lei. Segundo,

e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (ex-Súmula n. 219 – Res. n. 14/1985, DJ 26.9.1985)

II – É incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista, salvo se preenchidos os requisitos da Lei n. 5.584/1970. (ex-OJ n. 27 da SBDI-2 - inserida em 20.9.2000)

- (22) OJ-SDI1-304 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. COMPROVAÇÃO (DJ 11.8.2003).

Atendidos os requisitos da Lei n. 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 se considerar configurada a sua situação econômica (art. 4º, § 1º, da Lei n. 7.510/86, que deu nova redação à Lei n. 1.060/50).

porque nada autoriza introduzir o advérbio restritivo na leitura do dispositivo que assegura, como se vê, a forma de prestação de assistência judiciária *pelos sindicatos*, mas não impede outras formas de assistência como, por exemplo, aquela que seria de se esperar: a prestada pelo órgão da defensoria pública.

Em termos práticos, sabemos que não existe esta exclusividade do sindicato na prestação da assistência judiciária, como demonstra a viva realidade dos foros trabalhistas espalhados pelo país. A maioria absoluta dos processos que tramitam sob o pálio da assistência judiciária é impulsionada por advogados indicados pelo necessitado e não por advogados dos sindicatos representativos de sua categoria.

Além do mais, uma leitura reducionista da Lei n. 5.584/70, extraindo dali a interpretação de que a assistência judiciária somente pudesse ser prestada por advogados da entidade sindical do necessitado, colocariam em estado de abandono total milhares de trabalhadores que não tem suas carreiras organizadas em sindicatos.

Enfim, por todo ângulo que se examine a questão, não parece haver dúvidas de que o trabalhador necessitado e assistido judiciariamente por advogado de sua escolha, tem o direito de ver fixado, na condenação do seu adversário, o percentual a título de honorários devidos a quem lhe assistiu. Se isto não acontecer, sem dúvida incorreremos na violação de um alicerce fundamental almejado em regra inscrita ainda no século XIX, quando ensaiávamos os primeiros passos para a implantação da assistência judiciária e que dizia: “... Não terá, porém, direito a honorários do assistido, quer este ganhe, quer perca, quer faça *accordo*”.

Seria possível, em um cenário onde haja inequívoca convivência harmônica e complementar das Leis ns. 1.060/50 e 5.584/70, defender a negativa de honorários ao advogado indicado pelo necessitado para assisti-lo com base na distinção entre *justiça gratuita* e *assistência judiciária*?

Sob tal dicotomia, poder-se-ia justificar como seria possível um trabalhador necessitado ter seu processo regido à luz da assistência judiciária (Lei n. 1.060/50) e ao mesmo tempo ver negada a fixação dos honorários advocatícios ao defensor que lhe assiste (Lei n. 5.584/70)?

De fato, podemos assentir que a *justiça gratuita* consiste na isenção de taxas, emolumentos, honorários (advocatícios devidos ao patrono de seu adversário, em caso de derrota; periciais), enfim de todas as despesas do processo. Já a *assistência judiciária* seria o serviço prestado pelo advogado conferido pelo Estado ou, no processo do trabalho, pelo sindicato representativo da categoria do necessitado.

Na prática, a lei impõe tais distinções? A resposta é, sem dúvida, negativa.

Não nos esqueçamos que a *assistência judiciária* e a *Justiça gratuita* são instrumentos de uma garantia maior: o direito de acesso à Justiça.

Ademais, as leis que trataram e tratam do instituto da assistência judiciária sempre trouxeram a disciplina comum de indicar a forma de prestação dos serviços de assistência, como indicaram o rol de isenções de despesas decorrentes do processo. É forçoso concluir que uma não existe sem a outra. A *assistência judiciária* é devida ao necessitado que, justamente por sua condição de pobreza, beneficia-se de uma *justiça gratuita*.

Ora, se as Leis que regem a assistência judiciária no processo do trabalho (Lei n. 1.060/50 e suas alterações posteriores e Lei n. 5.584/70 e modificações) são complementares; se não há regra que proíba ao necessitado indicar o advogado de sua escolha para patrocinar a sua causa; se é devido honorários ao advogado do necessitado quando este for o vencedor da demanda, por explícita previsão legal; se esta regra, emprestada da Lei n. 1.060/50, complementa a mesma condenação ao advogado do órgão sindical que representa o trabalhador necessitado; então, sob o império de qual norma expressa ou subentendida poderíamos chegar

à conclusão de que não há eficácia do art. 11 e parágrafos da Lei n. 1.060/50 aos advogados que prestam assistência ao trabalhador necessitado por indicação exclusiva deste?

Por fim, um último argumento precisa ser enfrentado: a Súmula n. 633 do Supremo Tribunal Federal, que enuncia o seguinte: “É incabível a condenação em verba honorária nos recursos extraordinários interpostos em processo trabalhista, exceto nas hipóteses previstas na Lei n. 5.584/1970”⁽²³⁾.

Analisando-se os precedentes indicados pelo Supremo Tribunal para a elaboração da Súmula n. 633, constata-se que o tema enfrentado dizia respeito à definição de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho que, por política judiciária própria, não acompanha a regra geral de que sejam devidos com base apenas na constatação da sucumbência.

Dos 08 (oito) precedentes arrolados pelo STF, 07 (sete) se referem a ações ajuizadas pelos sindicatos e apenas 01 (um) decorre de ação individual. Em todos eles, o que o STF fez foi afastar a condenação de honorários atribuída ao autor, em razão de sua sucumbência, mesmo que parcial. Em nenhum desses casos, tratou-se de honorários de sucumbência devidos *pelo empregador* e por força da assistência judiciária prestada na forma da Lei n. 1.060/50.

A Súmula n. 633 do STF, portanto, quer dizer que, ao contrário do que ocorre no processo comum, onde se atribui a condenação em honorários advocatícios ao sucumbente, no processo do trabalho esta condenação se impõe apenas ao empregador, pois seria

obstativo ao direito de ação que o trabalhador, na busca de seus pretensos direitos, tivesse que correr o risco de ser condenado em honorários. Da mesma forma, não há honorários para ações como o Mandado de Segurança, por exemplo.

Vejamos as ementas dos precedentes apontados para a confecção da Súmula n. 633/STF:

“EMENTA: Recurso extraordinário. 2. Embargos de declaração. 3. Inversão dos ônus de sucumbência. 4. Discussão acerca de condenação em honorários advocatícios. 5. Jurisprudência assente do STF no sentido de que não são devidos honorários advocatícios em reclamação trabalhista, reservados que estão à condenação do empregador e não do empregado. 6. Embargos de declaração recebidos.” (ED-RE n. 199.513-1/BA, 2ª Turma, j. 31.8.1999, Relator: Ministro Néri da Silveira)

“EMENTA: Recurso extraordinário. Embargos de declaração. 2. Distribuição proporcional dos ônus de sucumbência. 3. Discussão assente do STF no sentido de que não são devidos honorários advocatícios em reclamação trabalhista, reservados que estão à condenação do empregador e não do empregado. 5. Embargos de declaração recebidos, em parte” (ED-RE n. 181.725-9/CE, 2ª Turma, j. 6.4.1999, Relator: Ministro Néri da Silveira)

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA TRABALHISTA – CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS – EXCLUSÃO – INOCORRÊNCIA DA HIPÓTESE PREVISTA NA LEI N. 5.584/70 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS, EM PARTE. Tratando-se de recurso extraordinário interposto em processo de reclamação trabalhista, *não cabe* impor condenação em verba honorária, *exceto* se ocorrer a hipótese prevista na Lei n. 5.584/70. *Precedentes.*” (ED-RE n. 195.560-1/RJ, 1ª Turma, j. 22.4.1997, Relator: Ministro Celso de Mello)⁽²⁴⁾.

(23) Dados da Súmula n. 633/STF: Data de Aprovação: Sessão Plenária de 24.9.2003. Fonte de Publicação: DJ de 9.10.2003, p. 2; DJ de 10.10.2003, p. 2; DJ de 13.10.2003, p. 2. Referência Legislativa: Lei n. 5.584/1970. Precedentes: RE n. 194.710 ED. Publicação: DJ de 26.4.1996; RE n. 180.165 ED. Publicação: DJ de 27.9.1996; RE n. 190.507 ED. Publicação: DJ de 18.10.1996; RE n. 196.132 ED; Publicação: DJ de 8.11.1996; RE n. 194.254 ED. Publicação: DJ de 6.12.1996; RE n. 195.560 ED. Publicações: DJ de 2.10.1998 e RTJ n. 167/307; RE n. 181.725 ED. Publicação: DJ de 4.6.1999; RE n. 199.513 ED. Publicação: DJ de 8.10.1999.

(24) Como este é o único precedente envolvendo uma ação proposta por um trabalhador (e não pelo sindicato obreiro), merece transcrição parte do voto do Relator Ministro Celso de Mello onde restará cabalmente

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, TRABALHISTA E PROCESSUAL CIVIL. EMPREGADOS SOB REGIME DA CLT. SALÁRIOS. DIREITO ADQUIRIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SINDICATO (SUBSTITUTO PROCESSUAL). RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 1. O tema relativo ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal) foi objeto de consideração nas instâncias ordinárias e também na extraordinária trabalhista, ou seja, no TST, em grau de Recurso de Revista, Embargos e Agravo Regimental, tendo sido, por isso mesmo, focalizado no R.E. e no acórdão ora embargado, satisfeito, pois, o requisito do prequestionamento. 2. No que concerne à honorária advocatícia, em processo trabalhista, tem razão o embargante. O TST, aliás, já assentou em Súmula: ‘quando o Sindicato for o autor da ação na condição

demonstrado que o objeto da discussão do STF, para a formulação da Súmula n. 633, não teve como análise os honorários de sucumbência decorrentes da assistência judiciária prestada na forma da Lei n. 1.060/50, por advogado indicado pelo próprio necessitado. Observemos o trecho do voto do Relator: “Cabe reconhecer, no entanto, que assiste razão à parte embargante quanto à condenação em verba honorária que lhe foi imposta pelo acórdão recorrido.

A *jurisprudência* do Supremo Tribunal Federal, ao examinar essa específica matéria, assim se tem manifestado:

‘PROCESSUAL CIVIL. TRABALHO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Lei n. 5.584, de 26.6.70.

I – Inexistência de verba honorária, em decorrência da sucumbência, nas reclamações trabalhistas, a não ser na hipótese da Lei n. 5.584, de 26.6.70. *Jurisprudência* dos Tribunais do Trabalho acolhida.

II – Embargos de Declaração recebidos, em parte.” (EDRE n. 192.599-SP, Rel. Min. Carlos Velloso)

‘EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. POLÍTICA JUDICIÁRIA TRABALHISTA. EXCLUSÃO. 1. Recentes decisões da Corte firmaram-se no sentido de que, em razão da política judiciária trabalhista, descabe a condenação do embargante em honorários advocatícios.’ (EDEDRE n. 194.710-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa)

1. Recentes decisões da Corte firmaram-se no sentido de que, em razão da política judiciária trabalhista, descabe a condenação do embargante em honorários advocatícios.’ (EDEDRE n. 194.710-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa)

Sendo assim, e pelas razões expostas, recebo, em parte, os presentes embargos, apenas para excluir a condenação à verba honorária imposta à parte ora embargante.

É o meu voto”.

de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios’ (Enunciado n. 310, item VIII, Resolução TST, n. 1/93, de 28.4.93, publicada no DJU de 6.5.1993). 3. Ademais, esta Corte, por sua 2ª Turma, já acolheu tal entendimento nos EDRE-DJU 7.6.1996, Ementário n. 1831-04. 4. Embargos Declaratórios recebidos em parte, ou seja, apenas para eximir o embargante do pagamento de honorários advocatícios, mantido, no mais, o acórdão embargado” (ED-RE 194.254-5-CE, 1ª Turma, j. 22.10.1996, Relator: Ministro Sydney Sanches)

“EMENTA: Embargos declaratórios. Embargos recebidos para declarar que a inversão dos ônus da sucumbência se restringem ao pagamento das custas processuais” (ED-RE n. 196.132-5/SP, 1ª Turma, j. 4.6.1996, Relator: Ministro Moreira Neves)

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. TRABALHO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Lei n. 5.584, de 26.6.70. I – Inexistência de verba honorária, em decorrência da sucumbência, nas reclamações trabalhistas, a não ser na hipótese da Lei n. 5.584, de 26.6.70. *Jurisprudência* dos Tribunais do Trabalho acolhida. II – Embargos de declaração recebidos, em parte.” (ED-RE n. 190.507-7/CE, 2ª Turma, j. 18.6.1996, Relator: Ministro Carlos Velloso)

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. POLÍTICA JUDICIÁRIA TRABALHISTA. EXCLUSÃO. 1. Recentes decisões da Corte firmaram-se no sentido de que, em razão da política judiciária trabalhista, descabe a condenação do embargante em honorários advocatícios. 2. Embargos de declaração recebidos para excluir a condenação em honorários advocatícios.” (ED-RE n. 180.165-4/SP, 2ª Turma, j. 24.6.1996, Relator: Ministro Maurício Corrêa)

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. URP DE ABRIL E MAIO DE 1988. ALEGAÇÃO DE QUE O EXTRAORDINÁRIO NÃO PODERIA SER CONHECIDO, PORQUE A CONTROVÉRSIA FORA DIRIMIDA À LUZ

DOS ENUNCIADOS DA CORTE ESPECIALIZADA E DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA. IMPROCEDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA. ÔNUS DA PARTE VENCIDA. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Não prospera a aventada impossibilidade de conhecimento do extraordinário, ao argumento de que a apreciação de ofensa aos preceitos constitucionais arguidos estaria afeta à legislação ordinária e que a controvérsia fora dirimida pelo Tribunal *a quo* à luz dos enunciados da Corte Especializada, que asseguravam o direito ao reajuste postulado. O julgado recorrido, ao deferir o pleito, *culminou por convolar mera expectativa de direito em direito adquirido*, vulnerando o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, matéria devidamente prequestionada. 2. Ônus da sucumbência. A teor do disposto no art. 789, § 4º, da CLT, as custas serão pagas pelo vencido, depois de transitada em julgado a decisão. Custa, em sentido estrito, exemplificativamente, abrangem as despesas processuais, como honorários do perito, do advogado e despesas com diligências. Sendo os litigantes vencidos e vencedores, não havendo na legislação trabalhista a previsão de proporcionalidade no pagamento das despesas processuais, a não ser na hipótese de acordo entre as partes (art. 789, § 6º, CLT), as custas serão pagas pelo empregador, sobre a parte em que foi vencido. 3. Honorários advocatícios. Lei n. 5.584/70. Isenção. Pleito que não pode ser deferido nesta Instância, pois a isenção do pagamento dos honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, mas, sim, da inequívoca demonstração de que os reclamantes, assistidos pelo Sindicato da categoria, preenchem os requisitos da lei. Embargos parcialmente recebidos, para afastar da condenação o pagamento das custas processuais.” (ED-RE n. 194.710-5/SP, 2ª Turma, j. 23.2.1996, Relator: Ministro Maurício Corrêa)

Muitos esforços processuais já foram envidados no sentido de buscar uma interpretação que restaure ao necessitado a vetusta proteção aos seus créditos (ou seja, o reconhecimento de que os ganhos decorrentes de sua vitória processual são intangíveis) e reinstale ao advogado assistente a sua justa compensação.

O que se objetiva é uma mudança deste quadro que hoje é regido pelas Súmulas ns. 219 e 329⁽²⁵⁾ do TST, mas que, na verdade, foram enunciados na interpretação de lei (Lei n. 5.584/70) que trata *apenas e tão somente* dos honorários advocatícios devidos ao sindicato que presta a assistência judiciária e não de outras figuras que possam igualmente desincumbir-se desta missão (defensoria pública ou advogados dativos nomeados pelo juízo, por exemplos).

Já vimos que não há como concluir que sejam incompatíveis as Súmulas ns. 450 e 633 do STF, pela simples razão de que uma enfrentou a questão sobre os honorários devidos ao advogado que presta assistência judiciária na forma da Lei n. 1.060/50, enquanto a outra afastou a ideia de que os honorários advocatícios no processo do trabalho decorram de mera sucumbência de qualquer das partes.

Há registro jurisprudencial de concessão de honorários advocatícios com apoio no entendimento da Súmula n. 450/STF⁽²⁶⁾ Entretanto,

(25) SUM-329 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

(26) “EMENTA: HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. A declaração de carência econômica habilita o obreiro a obter o direito à assistência judiciária, pois se trata de direito que se insere entre os direitos fundamentais, conforme o art. 5º, LXXIV, da CF/88, não estando sujeito a ser esvaziado pela ação do intérprete. Súmula n. 450 do STF. Recurso provido.” (Acórdão – Processo 00045-2003-016-04-00-9 – RO -Redator: José Felipe Ledur. Data: 28.5.2009. Origem: 16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre). Destaco trecho desta decisão: “Há declaração de carência econômica (fl. 15), o que, por si só, habilita o obreiro a obter o benefício da assistência judiciária requerida, pois se trata de direito que se insere entre os direitos fundamentais, nos termos do art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88, não estando sujeito a ser esvaziado pela ação do intérprete. Inteligência da Súmula n. 450 do STF. Se o Estado não põe à disposição dos cidadãos serviço de assistência judiciária nos moldes referidos nessa norma, estes possuem o direito de buscar amparo em quem está habilitado para tanto, que é o advogado. De outra parte, não parece jurídico obrigar o trabalhador a buscar assistência judiciária em sindicato profissional.

estas decisões são reiteradamente modificadas por força de análise dos recursos de revista interpostos.

Enfim, uma leitura conjunta das Súmulas ns. 450/STF (elaborada, como vimos, com base em processos trabalhistas que contavam com a assistência judiciária de advogados indicados pelos necessitados, antes da edição da Lei n. 5.584/70), 633/STF, 219 e 329 do TST (fosse emprestada a estas súmulas a leitura restritiva do exame de honorários devidos à assistência judiciária prestada pelos sindicatos), com os olhos voltados para a sua interpretação histórica, já seria o suficiente para uma *radical transformação* da realidade que vivemos hoje, ampliando as garantias para que o trabalhador vitorioso na Justiça do Trabalho receba o que é seu sob o signo maior que marca suas verbas: a intangibilidade.

O TST, aliás, já deu sinais de que avança nesse sentido, ao reconhecer a necessidade de atuação do advogado na interposição e sustentação do recurso de revista⁽²⁷⁾. E note-se que nada disse sobre limitar tal atuação apenas aos

advogados indicados por órgãos sindicais de trabalhadores, reconhecendo a necessidade de todo e qualquer profissional que esteja ou não a prestar serviços sob a assistência judiciária. E se a Súmula n. 633 do STF assegurou o entendimento de que não haverá honorários advocatícios fixados pela regra comum de sucumbência, não haverá como negar-lhes o direito a estes honorários quando a hipótese for de assistência judiciária, mormente se, repito, o TST declara a imprescindibilidade de sua atuação naquela fase processual.

4. Conclusões

A assistência judiciária disciplinada ainda no século XIX, no princípio da era republicana brasileira, consagrou fundamentos básicos para a proteção do necessitado que precisa valer-se do Judiciário para obter a satisfação de seus direitos, merecendo destaque dois destes pilares: 1. o conceito de pobreza que não pode sofrer qualquer agravo que dificulte ainda mais o sustento da dignidade humana; 2. o objetivo de oferecer máxima proteção ao direito pretendido por este necessitado, de modo que seja ele intangível e não precise ser compartilhado com aquele que o assistiu em juízo.

Ainda que o fundamento de intangibilidade dos direitos conquistados em juízo tenha desaparecido das normas explícitas, permaneceu, sem dúvida, como princípio inquestionável. Por isso mesmo, o rol de isenções asseguradas ao necessitado em juízo o exclui de quaisquer despesas, inclusive de honorários do advogado de seu contendor, caso seja sucumbente na demanda. E se não pode o assistido ser condenado aos honorários que seriam devidos ao vitorioso, muito menos teria ele condições de firmar contrato para dispor sobre pagamento de honorários em favor de quem se apresenta em juízo para assisti-lo gratuitamente.

Enquanto havia a regência exclusiva do CPC de 1939 e depois da Lei n. 1.060/50, a jurisprudência era pacífica no sentido de que, mesmo nos processos trabalhistas, era imperiosa a condenação em honorários advocatícios

Isso porque a Constituição Federal a tanto não obriga e porque nem sempre há serviço de assistência judiciária na frágil estrutura sindical ora existente. Ademais, os sindicatos não possuem o monopólio para prestar assistência judiciária. Cuida-se de restrição à liberdade proveniente de lei editada à época da ditadura militar que não pode prevalecer frente à Constituição democrática vigente."

(27) "Processo: AIRR e RR – 8558100-81.2003.5.02.0900 – Fase Atual : E. Numeração Antiga: E-AIRR e RR – 85581/2003-900-02-00.581. Decisão: por maioria, não admitir o *jus postulandi* das partes em recursos interpostos no TST ou dirigidos a essa Corte Superior, exceto *habeas corpus*, vencidos os Exmos. Srs. Ministros Relator, Lelio Bentes Corrêa, Vieira de Mello Filho, Alberto Luiz Bresciani, Dora Maria da Costa, Fernando Eizo Ono e Márcio Eurico Vitral Amaro. Ficaram vencidos, parcialmente, os Exmos. Srs. Ministros Pedro Paulo Manus e Caputo Bastos, que não admitiam o *jus postulandi* na instância extraordinária, mas entendiam que a decisão deveria ser observada no futuro, não se aplicando aos processos em curso. Redigirá o acórdão o Exmo. Sr. Ministro João Oreste Dalazen. Juntarão voto convergente os Exmos. Srs. Ministros Maria Cristina Peduzzi e Aloysio Corrêa da Veiga. Os Exmos. Srs. Ministros Brito Pereira e Vieira de Mello Filho juntarão justificativa de voto vencido."

quando o necessitado vencia o seu adversário em juízo. A jurisprudência cristalizou-se na Súmula n. 450 do Supremo Tribunal Federal, construída inclusive com precedentes em processos trabalhistas, enunciando que “são devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de justiça gratuita”.

Com o advento da Lei n. 5.584/70 e a edição das Súmulas ns. 219 e 329 do TST, os honorários advocatícios no processo do trabalho passaram a ser admitidos apenas e tão somente quando o trabalhador necessitado se apresentasse assistido por advogado indicado por sua entidade sindical.

Entretanto, a Lei n. 5.584/70 não revogou a Lei n. 1.060/50, nem mesmo parcialmente. A interpretação dos diplomas, no processo do trabalho, revela que são leis complementares uma da outra, como se vê na limitação dos honorários, na admissão do rol de isenções conferidas ao assistido e até mesmo na eficácia de leis posteriores que modificaram a cinquentenária lei de assistência judiciária.

A Súmula n. 633 do STF também não pode servir como fundamento para uma leitura restritiva da aplicação da Lei n. 1.060/50, eis que os precedentes que motivaram o enunciado tiveram como objeto a questão sobre ser ou não devidos honorários advocatícios no processo do trabalho em razão de simples sucumbência. Ademais, fossem incompatíveis as súmulas — e não são —, a de n. 450 teria que ser expressamente revogada.

Também é bom que se destaque o fato de que a Lei n. 5.584/70 não dispôs sobre a única forma de assistência judiciária no processo do trabalho. Ainda está em vigor a regra que assegura a preferência de nomeação do advogado indicado pelo necessitado, desde que o indicado aceite o encargo. Some-se a isto a realidade nacional de que milhares de trabalhadores não estão organizados em sindicatos. Prevalecendo o entendimento de que apenas as entidades sindicais pudessem prestar a assistência judiciária, seria o mesmo que excluir os trabalhadores

necessitados da garantia de acesso ao benefício de poder contar com a ajuda de um profissional, assim como teríamos que concluir que não teriam eles o direito de indicar os advogados de suas preferências, restringindo assim a relação natural de confiança mútua, haja vista que teriam que aceitar o profissional indicado pela entidade sindical.

O *jus postulandi* conferido ao trabalhador não exclui o seu direito a gozar de assistência judiciária, o que não se traduz apenas em isenções de custas e demais despesas processuais, mas também no direito de contar com um profissional qualificado para fazer a defesa de suas pretensões em juízo, de interpor os recursos necessários, enfim de somar esforços para que, sendo justo, prevaleçam as esperanças do reclamante. Recentemente, o TST entendeu que o *jus postulandi* das partes não se estende à atuação perante aquela Corte Trabalhista, revelando a imprescindibilidade do advogado, seja ele indicado ou não por órgão sindical e esteja a parte com ou sem os benefícios da assistência judiciária.

Para uma modificação da realidade que vivemos hoje, bastaria uma interpretação histórica, conjugando-se os entendimentos consagrados nas Súmulas ns. 450 e 633 do STF, observando-se os precedentes trabalhistas, com as Súmulas 219⁽²⁸⁾ e 329 do TST, ficando reconhecido o direito aos honorários dos advogados que prestam assistência aos necessitados, sob a regência das Leis n. 1.060/50 e 5.584/70.

Não há como excluir este direito com a visão de que *justiça gratuita* e *assistência judiciária* não se confundem. Apesar da distinção doutrinária, o fato é que uma, a rigor, não existe sem a outra⁽²⁹⁾. É fato que o trabalhador necessitado poderá ajuizar sua reclamação por meio de

(28) Para uma interpretação mais harmônica, o item II da Súmula n. 219 poderia acrescentar uma referência à Lei n. 1.060/50.

(29) Basta atentar que o benefício foi instituído como *Assistência Judiciária* no século XIX. Surgiu no CPC de 1939 como *Justiça Gratuita*. Em 1060/50 reaparece como *Assistência Judiciária*.

atermação e gozar dos benefícios de uma Justiça gratuita sem ter a assistência judiciária prestada por um advogado. Entretanto, estes benefícios de isenção estão contidos em lei que disciplina a assistência judiciária, ou seja, a *justiça gratuita* consiste em benefício outorgado à quem recebe do Estado tal assistência. Além disso, já vimos acima que o fato de deter o trabalhador necessitado a capacidade postulatória não gera impedimento ao exercício do direito de requerer e receber a assistência judiciária quer seja ela prestada pela Defensoria Pública, quer pelo advogado do sindicato que o representa, quer pelo advogado que for de sua preferência — garantia esta que é máxime porque se trata de um direito individual (art. 5º, LXXIV, CR/88).

Há ainda uma circunstância que precisa ser encarada: se é inadmissível que o advogado que presta assistência judiciária por indicação do sindicato cobre honorários do assistido, seria razoável, equânime e legal que o advogado, indicado pelo necessitado, que preste seus serviços sob o pálio da assistência judiciária, cobrasse deste trabalhador os seus honorários quando vencedor da demanda? Não estaríamos atentando contra a regra fundamental da assistência judiciária e que foi explicitamente insculpida no art. 38 do Decreto n. 2.457, de 8.2.1897, no sentido de que os créditos do necessitado são intangíveis? Isto não deveria ser observado na Justiça do Trabalho com maior rigor em face dos direitos sociais que são por ela examinados?

O Estado ainda não alcançou o seu propósito constitucional, que é o de ofertar os serviços de defensoria pública a todos os cidadãos necessitados que precisem ir a juízo para fazer valer os seus direitos. E é esta condição que enobrece os serviços dos advogados que se habilitam ao cumprimento dessa missão.

A partir do momento em que os processos trabalhistas passarem a contemplar a condenação dos honorários advocatícios a todos aqueles que prestarem os relevantes serviços de conferir assistência judiciária gratuita aos necessitados — e isto ocorrerá apenas quando o assistido for vitorioso na demanda, a Justiça do Trabalho terá assentado, em definitivo, aquele que foi um dos alicerces fundamentais sonhados para a assistência judiciária ao pobre: a intangibilidade de seu direito que, a ele, não é só caro, mas pode ser único e traduzido como quinhão de vida.

5. Referências bibliográficas

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1993.

WAKI, Kleber de Souza. *Os honorários advocatícios e a assistência judiciária no processo do trabalho*. Coluna Legislação & Direito. Blog da Amatra 18. Publicado em 30.8.2008. Disponível em: <<http://amatraxviii.blogspot.com/2008/04/legislao-direito-honorrios-advocatcios.html>> Acesso em: 2 nov. 2008.

Repercussões processuais do fim do poder normativo na estrutura do direito do trabalho

Vicente de Paula Maciel Júnior^(*)

Resumo:

- O presente artigo pretende discutir as repercussões do fim do poder normativo a partir da alteração da redação do art. 114 da CF/88 pela Emenda Constitucional n. 45/2004. O objetivo maior do trabalho foi chamar a atenção para as profundas alterações práticas que decorrem dessa constatação, bem como da resistência injustificada da doutrina e jurisprudência no sentido de reafirmar a subsistência do poder normativo, que constituiu atividade excepcional legislativa conferida ao Poder Judiciário. A extinção do poder normativo afeta a própria estrutura do Direito e da Justiça do Trabalho, além de revelar a necessidade de que sejam fortalecidos os sistemas de autotutela, conferindo aos atores da relação de trabalho a principal responsabilidade por seus destinos. A nova redação do art. 114 da CF/88 não pode ter sua força renovadora mitigada pela interpretação, o que representaria a cooptação e esvaziamento do conteúdo da norma nova pela “força da tradição jurisprudencial vigente”. Nosso intuito foi fornecer argumentos e sugerir caminhos para vislumbrar qual seria (ou deveria ser) a nova realidade da Justiça do Trabalho partindo-se do pressuposto da extinção do poder normativo.

Palavras-Chave:

- Extinção do poder normativo — interpretação do art. 114 da CF/88 pós Emenda Constitucional n. 45/2004 — consequências do fim do poder normativo.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução: breve histórico do poder normativo
- 2. Classificação dos dissídios coletivos e o erro material na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004
- 3. Os reflexos dos erros materiais de redação na interpretação da Emenda Constitucional n. 45/2004

(*) Pós-doutor em direito processual pela Universidade de Roma (La Sapienza). Doutor em direito pela UFMG. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC/Minas. Juiz do Trabalho Presidente da 28ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG.

- ▶ 4. Como julgar o conflito coletivo de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004
- ▶ 5. Impossibilidade de o Poder Judiciário agir como “árbitro”
- ▶ 6. Efeitos da extinção do poder normativo
- ▶ 7. Conclusão

1. Introdução: breve histórico do poder normativo

O poder normativo teve sua inspiração na “*Carta del Lavoro*” italiana de 1927, sendo criado com finalidade estratégica e primordial de trazer o conflito coletivo para dentro do Estado. Com isso, além das rígidas normas sobre o sindicalismo, competiria ao Estado, através do Poder Judiciário, a regulamentação das condições de trabalho, gerando, por consequência, uma inibição e esvaziamento do direito de greve.

Portanto, por detrás de um discurso protecionista o que se pretendia no fundo era a utilização do poder normativo como mecanismo para acabar com as greves e sepultar o conflito, que se transformaria em “*sentença normativa*”.

A Constituição de 1946 criou no art. 123, § 2º, o poder normativo na Justiça do Trabalho, embora estivesse ainda condicionada à previsão em legislação ordinária.

A Constituição Federal de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969, manteve o texto da Constituição de 1946 com insignificante alteração.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o limite material do poder normativo, e os Tribunais do Trabalho passaram a regulamentar, com liberdade, as condições de trabalho, respeitados os patamares mínimos da lei e da convenção coletiva.

Em dois julgados (RE n. 1.979/PE e RE n. 114.836/MG) o Supremo Tribunal Federal manifestou interpretação restritiva aos limites do poder normativo, cuja finalidade era a sua adequação com a necessidade de preservação da competência legislativa do Congresso Nacional.

Entretanto, os Tribunais do Trabalho continuaram a exercer o poder normativo sem maiores limitações.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 promoveu profunda alteração no texto do art. 114, não repetindo a hipótese normativa que autorizava ao Poder Judiciário Trabalhista exercer o poder normativo criando condições de trabalho diante do conflito coletivo.

2. Classificação dos dissídios coletivos e o erro material na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004

Os dissídios coletivos se dividem em duas categorias. Existem os dissídios coletivos de natureza “jurídica” e aqueles de fundo “econômico”.

Os dissídios coletivos de natureza jurídica são aqueles em que a Justiça do Trabalho exerce função jurisdicional típica, fixando a interpretação sobre norma preexistente entorno da qual as partes divergem. Aqui o Poder Judiciário é provocado a se manifestar sobre o caso concreto em sua relação com a norma posta, vigente, mas cuja interpretação diversa das partes tenha causado o conflito de interesses de natureza coletiva. Não estamos ainda no campo do poder normativo, mas no exercício do poder jurisdicional típico. O juiz natural para o julgamento das controvérsias decorrentes do descumprimento de cláusulas convencionais é a Justiça do Trabalho de primeira instância.

Já os dissídios coletivos de natureza econômica são caracterizados pela existência do poder normativo conferido ao Poder Judiciário, no qual este exerce atividade legislativa no conflito coletivo que lhe é apresentado. Nos dissídios coletivos de natureza econômica o

Judiciário é provocado a “criar” normas que regulamentem as situações concretas para as categorias envolvidas.

Em sua atividade de julgar, todo juiz aplica norma no caso concreto, quando subsume a norma abstrata ao caso concreto.

Mas o poder normativo é atividade do juiz “produtora” de norma “nova” para o caso concreto.

Essa possibilidade de criar norma para as partes é função legislativa e não jurisdicional. *A eventual possibilidade de o Judiciário exercer função legislativa é hipótese excepcional e somente pode ser feita se houver autorização legal expressa.*

Sem norma que preveja a competência legislativa para o Poder Judiciário ele não pode editar, *criar norma* para o futuro. Sem atribuição específica o Judiciário somente pode julgar os casos concretos à luz da norma vigente (posta).

Como a Emenda Constitucional c. 45/2004 excluiu na nova redação a expressa previsão do poder normativo para o Poder Judiciário e apenas conferiu a ele a possibilidade de “*decidir o conflito*”, respeitadas a legislação e as convenções “*anteriormente existentes*”, isso importa em dizer que *foi extinta a modalidade do dissídio coletivo de natureza econômica, bem como as consequentes possibilidades de o Poder Judiciário trabalhista proferir sentenças normativas.*

Na antiga redação anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004 o texto constitucional previa expressamente a possibilidade de a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições de trabalho. Entretanto, o problema surgiu porque o legislador constitucional reformista suprimiu a expressão que permitia à Justiça do Trabalho “estabelecer normas e condições” de trabalho e a substituiu apenas pela possibilidade de a Justiça Especializada “decidir o conflito, retirando, portanto, o “poder normativo” que estava expressamente previsto em lei.

Por outro lado e no mesmo § 2º do art. 114 o legislador constitucional manteve redação

contraditória, autorizando que qualquer das partes pudesse ajuizar dissídio coletivo de natureza “econômica”, uma vez frustradas a negociação coletiva ou a arbitragem. *Ora, se o Judiciário Trabalhista não pode mais estabelecer normas e condições, mas pode apenas decidir o conflito, as partes não podem ajuizar dissídio coletivo de natureza “econômica”, mas somente dissídio coletivo de natureza “jurídica”. Houve evidente equívoco do Legislador na reforma, quando deveria ter usado a expressão “dissídio coletivo de natureza jurídica”, mas referiu-se erroneamente ao “dissídio coletivo de natureza econômica”.*

Todo o conteúdo da redação do § 2º da Emenda Constitucional n. 45/2004 refere-se ao dissídio coletivo de natureza jurídica, uma vez que, pela nova redação, o Poder Judiciário Trabalhista apenas pode decidir o conflito, respeitadas as condições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Portanto, *foi evidente o equívoco material na referência ao dissídio coletivo de natureza econômica em virtude da supressão do “poder normativo” na Justiça do Trabalho.*

3. Os reflexos dos erros materiais de redação na interpretação da Emenda Constitucional n. 45/2004

Muitas das discussões travadas sobre a nova redação do art. 114 da CF/88 têm girado entorno da exigência de comum acordo para que se instaure dissídio coletivo de natureza econômica. Entretanto, isso na verdade é um desvio de foco do problema central, porque o “punctum saliens” da questão não reside na existência ou não do “comum acordo” para ajuizar o dissídio coletivo, mas no fato de que a Emenda Constitucional n. 45/2004 extinguiu o poder normativo da Justiça do Trabalho e, por consequência, extinguiu o próprio dissídio coletivo de natureza econômica.

O § 2º do art. 114 atual instituiu espécies de condicionantes sucessivas para o exercício

do direito de ação coletiva. Primeiro as partes representantes coletivas tentam uma negociação direta ou submetem-se à arbitragem. Se nenhuma das formas de solução de conflito anteriores tiver sucesso, as partes podem, *de comum acordo*, ajuizar dissídio coletivo de natureza “econômica”.

A exigência de “comum acordo” está vinculada à possibilidade de ajuizamento de dissídio coletivo de natureza “econômica”, ou seja, o legislador reformista “quis” criar como condição do ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica a necessidade de que ambas as partes estivessem de acordo em submeter-se ao Judiciário. *A expressão “de comum acordo”, que foi idealizada como condição da ação coletiva para ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica é, entretanto, condicionada à existência do “poder normativo”. Se não existe o poder normativo não existe o dissídio coletivo de natureza econômica e, portanto, não existe a condição da ação coletiva, que é a exigência de comum acordo.*

Na perspectiva do atual sistema vigente a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, a Justiça do Trabalho funciona como um órgão julgador de situação posta (já existente), não mais podendo fixar norma para o futuro. *Houve verdadeira mudança de paradigma, com a transposição do sistema jurídico de tipo heterônomo, no qual o Poder Judiciário estabelece condições de trabalho, para o modelo autônomo, onde as partes assumem as rédeas de seu próprio destino e podem exercer livremente os direitos individuais e coletivos da categoria, inclusive valendo-se da possibilidade de defendê-los através de instrumentos legítimos e legalmente previstos como o direito de greve (art. 9º, CF/88).*

Por isso que nem mesmo após o cumprimento da exigência de comum acordo prevista na Emenda Constitucional n. 45/2004 seria possível instaurar-se o dissídio coletivo de natureza econômica, porquanto o poder normativo não foi conferido à Justiça do Trabalho na nova redação dada ao art. 114 da CF/88.

A questão da existência ou não do comum acordo para instaurar dissídio coletivo de natureza econômica é irrelevante, porque o ponto central da reforma foi a extinção do poder normativo. A resultante dessa extinção é a impossibilidade de serem instaurados dissídios de natureza econômica e de serem proferidas sentenças normativas.

Na antiga redação dada ao art. 114 da CF/88 a Justiça do Trabalho atuava como órgão julgador nos dissídios coletivos de natureza econômica e podia estabelecer cláusulas sobre condições de trabalho, bem como impor normas para as categorias envolvidas, o que configurava *atividade legislativa excepcionalmente deferida ao Poder Judiciário*. Frustrada uma negociação coletiva e tendo surgido o conflito coletivo, qualquer dos envolvidos poderia ajuizar dissídio de natureza econômica para que o mesmo fosse conhecido e julgado pelo Poder Judiciário.

As partes envolvidas no conflito coletivo poderiam eleger árbitros nos termos do revogado § 1º do art. 114 da CF/88. Recusada a negociação ou a arbitragem poderia qualquer sindicato envolvido ajuizar o dissídio coletivo, sendo que estava expressamente prevista a possibilidade da Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições de trabalho (§ 2º do art. 114 revogado).

A Emenda Constitucional n. 45/2004 alterou completamente esse panorama, estabelecendo que *a Justiça do Trabalho pode decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.*

Essa foi a grande modificação, porque atualmente a Justiça do Trabalho não tem mais o “poder de estabelecer normas”, o que não foi reeditado na atual redação do § 2º do art. 114 dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Pode a Justiça do Trabalho apenas “decidir o conflito e sobre questões postas ou já convencionadas anteriormente”.

O legislador retirou da Justiça do Trabalho, portanto, a função excepcional de “poder editar

normas e condições de trabalho” (tipicamente *legislativa*), limitando-o à sua função constitucional de *julgar* conflitos postos *e nos limites do objeto do pedido*.

Nem mesmo quando as partes, de comum acordo, instauram o dissídio coletivo poderá a Justiça do Trabalho editar normas, porque o § 2º do art. 114 da CF/88 apenas autoriza que se *decida o conflito*, respeitadas *a legislação e as convenções anteriormente existentes*.

4. Como julgar o conflito coletivo de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004

Uma legítima preocupação de todos que militam na área do Direito do Trabalho é saber como proceder diante de um conflito coletivo não resolvido autonomamente.

Se o acordo não surgiu, se não houve arbitragem, se a Justiça do Trabalho não tem mais o poder normativo, como solucionar o problema?

Caso não se chegue a um acordo qualquer das partes poderá ajuizar dissídio coletivo, que é de natureza “jurídica”. Não há qualquer condicionante para a propositura desta ação, uma vez que a CF/88 garante no art. 5º, XXXV o amplo direito de acesso à justiça. Não há, portanto, necessidade de comum acordo para instaurar o dissídio coletivo.

Como se trata de aplicação de norma existente a situações de conflito, a competência para conhecimento e julgamento da demanda a ser proposta é da Justiça do Trabalho de 1ª instância. Se assim não fosse haveria a supressão de instância de julgamento.

No julgamento do conflito coletivo posto ao judiciário o julgador teria de observar os princípios do direito do trabalho, especialmente o da norma mais favorável e da condição jurídica mais favorável e o princípio da inalterabilidade unilateral do contrato de trabalho.

Desse modo e em consonância com esses princípios e a suas já conhecidas implicações no campo do Direito do Trabalho, uma vez surgido um conflito coletivo de trabalho do

qual não resulte acordo e estando inviabilizada a nova convenção coletiva de trabalho de uma determinada categoria, *as cláusulas anteriormente vigentes permanecerão em vigor, até que surja nova negociação coletiva. E o parâmetro para que o Poder Judiciário decida eventual conflito coletivo terá de se pautar na última convenção vigente e na legislação trabalhista, sob pena de alteração “in peius” do contrato de trabalho.*

Ou seja, *como decorre da nova redação do § 2º do art. 114 da CF/88, dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, até que surja nova negociação coletiva o Poder Judiciário aplicará aos casos concretos decorrentes dos dissídios coletivos de “natureza jurídica” a legislação e as convenções anteriormente existentes.*

5. Impossibilidade de o Poder Judiciário agir como árbitro

Poderíamos imaginar, *ad argumentandum*, da possibilidade de que fosse invocada a aplicação subsidiária a legislação que regulamenta a arbitragem (Lei n. 9.307/96) para considerar que o Poder Judiciário funcionasse como “árbitro”. Nesse caso, as partes poderiam, de “comum acordo”, prever o arbitramento, que seria feito por árbitro por elas indicado.

A aplicação da legislação de arbitragem, entretanto, encerra problemas que precisam ser melhor examinados, porque *um dos objetivos dessa norma foi exatamente retirar do Poder Judiciário a gestão do conflito, que poderia ser resolvido fora do âmbito do Estado-Juiz.*

Além do mais, o Poder Judiciário recebe uma competência de poder que é um dever seu de exercer a jurisdição e aplicar a norma vigente ao caso concreto. Se as partes elessem o Poder Judiciário como árbitro no intuito de conferir a ele o poder de estabelecer norma para as partes em conflito, não poderia o Judiciário julgar sem observar as disposições legais mínimas e aquelas convencionadas anteriormente, conforme estabelece o § 2º do art. 114 da CF/88, o que esvaziaria a possibilidade de serem fixadas cláusulas fora daquelas já pactuadas. Ou seja,

o Poder Judiciário no exercício de competência de poder somente aplica a norma vigente, *não tendo autorização legal para criar norma para o futuro no rol de suas competências*, o que não tem mais previsão legal. Uma vez provocado, o Poder Judiciário atua com poder de império e não como mero árbitro.

Desse modo, se fosse eleita a Justiça do Trabalho como árbitro do conflito coletivo, poderia, por exemplo, ser afastada a norma processual e decidida a questão à luz da legislação de arbitragem, inclusive com aplicação de norma específica que autoriza o julgamento por equidade?

Entendo que não há como compatibilizar a legislação de arbitragem, que trata da equidade, com a exigência do § 2º do art. 114 da CF/88, que restringe ao Judiciário a decisão do conflito, respeitando-se a legislação e as convenções anteriormente existentes.

Parece que, pela redação da legislação de arbitragem, a intenção foi clara no sentido de retirar do Poder Judiciário a possibilidade de ser árbitro. O Judiciário “julga” no exercício de uma “competência de poder” deferida pela norma. O árbitro pode decidir segundo critérios técnicos, mas nem sempre jurídicos, sobre uma melhor solução diante do caso que lhe é submetido.

6. Efeitos da extinção do poder normativo

O primeiro efeito que pode ser apontado em função da extinção do poder normativo pela Emenda Constitucional n. 45/2004 é a limitação da competência da Justiça do Trabalho apenas para o conhecimento e julgamento de dissídios de natureza jurídica, vedada a possibilidade de serem estipuladas condições de trabalho para as partes em conflito.

Além disso, a estrutura do Poder Judiciário Trabalhista deve ser alterada, com a eliminação das câmaras especializadas em julgamentos dos dissídios coletivos, visto que, se não existe mais o poder normativo e a Justiça do Trabalho

apenas julga o caso posto, essa atividade deve ser deferida ao juiz natural, que é o juiz de primeira instância. Portanto, a competência para o julgamento dos dissídios coletivos passa a ser do Juízo de primeira instância e não dos Tribunais, sob pena de supressão de instância no julgamento do caso posto. Como consequência, as sessões de dissídios coletivos do TST e dos TRTs devem ser extintas e transformadas em sessões de dissídios individuais e de julgamento de dissídios coletivos de natureza jurídica.

Ainda e com igual importância surge, como consequência, a necessidade de afirmação ampla do direito de greve, que deve ser reconhecido como instrumento legítimo de pressão para a auto-tutela das condições de trabalho pelas diversas categorias.

Importante ainda que se reconheça a nulidade de todos os dissídios coletivos e sentenças normativas proferidas após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004.

Os dissídios coletivos de natureza econômica e as sentenças normativas propostos após a Emenda Constitucional n. 45/2004 são inconstitucionais uma vez que, tendo sido extinto o poder normativo pela nova redação do art. 114 da CF/88, extinta está essa modalidade de dissídio coletivo e a consequente sentença normativa.

As eventuais sentenças normativas existentes após a Emenda Constitucional n. 45/2004 poderão ser consideradas inconstitucionais, inclusive em sede de embargos do devedor, nos termos do art. 741 do CPC.

7. Conclusão

O poder normativo foi extinto pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e impõem-se as seguintes medidas a serem implementadas na prática:

1. Extinção, sem julgamento do mérito, de todos os dissídios coletivos de natureza econômica ajuizados perante os tribunais e pendentes de julgamento;
2. Modificação da organização judiciária nos Tribunais do Trabalho com a extinção das sessões de dissídios coletivos e consequente

reconhecimento da competência originária do juiz de primeira instância para conhecimento e julgamento do conflito coletivo;

3. Reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho apenas para o conhecimento e julgamento de causas que tenham fundamento em norma preexistente;

4. Valorização do direito de greve como legítimo instrumento de pressão da classe trabalhadora;

5. Nulidade/inconstitucionalidade de todos os dissídios coletivos e sentenças normativas proferidas após a Emenda Constitucional n. 45/2004.

6. Uma vez surgido um conflito coletivo de trabalho do qual não resulte acordo e estando

inviabilizada a nova convenção coletiva de trabalho de uma determinada categoria, *as cláusulas anteriormente vigentes permanecerão em vigor, devendo ser aplicadas até que surja nova negociação coletiva. E o parâmetro para que o Poder Judiciário decida eventual conflito coletivo terá de se pautar na última convenção vigente e na legislação trabalhista, sob pena de alteração “in peius” do contrato de trabalho.*

Ou seja, como decorre da nova redação do § 2º do art. 114 da CF/88, dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, até que surja nova negociação coletiva o Poder Judiciário aplicará aos casos concretos decorrentes dos dissídios coletivos de “natureza jurídica” a legislação e as convenções anteriormente existentes.

Cooperativados e precarizados em busca de direitos: o posicionamento da Justiça do Trabalho em Salvador-BA

Lucyenne A. de Quadros Veiga^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo trata da contratação de trabalhadores através de falsas cooperativas, tendo como objetivo a análise da atuação do Judiciário Trabalhista da 5ª Região — Salvador-BA em relação às ações ajuizadas por esses trabalhadores. Avaliou-se como a Justiça do Trabalho jurisdição de Salvador-Bahia, vem se posicionando quanto a alegação de fraude nesse tipo de intermediação de mão de obra. Foram analisadas as ações ajuizadas em 2006 contra cooperativas, em razão da probabilidade de trânsito em julgado das mesmas. A pesquisa permitiu observar, a partir da análise do conteúdo de sentenças e acórdãos, que na grande maioria dos processos, foi reconhecida a fraude nesse tipo de contratação. Conclui-se, demonstrando que, de fato, a terceirização através de falsas cooperativas de trabalho vem sendo utilizada como instrumento de precarização de mão de obra em diversos setores, bem como o posicionamento, possibilidades e limites de intervenção do Poder Judiciário, sua importância e necessidade para a redução das perdas dos trabalhadores.

Palavras-Chave:

- ▶ Terceirização — precarização — cooperativas — Justiça do Trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Cooperativismo — origens, princípios, marco legal e desvirtuamento: o caso das cooperativas de trabalho
- ▶ 3. Terceirização através de cooperativas — instrumento de precarização das relações de emprego
- ▶ 4. Cooperativados e precarizados em busca de direitos: o posicionamento da Justiça do Trabalho em Salvador-BA
 - ▶ 4.1. As responsabilidades das acionadas (cooperativas e empresas tomadoras)

(*) Juíza Federal do Trabalho, Titular da 18ª Vara do Trabalho de Salvador-Ba, Mestre em Políticas Sociais e Cidadania, UCSal.

- 4.2. A situação atual dos processos ajuizados em 2006
- 5. Considerações finais
- 6. Referências bibliográficas

“Sem trabalho, toda vida apodrece.
Mas sob um trabalho sem alma, a vida sufoca
e morre.”

Albert Camus

1. Introdução

A questão a ser investigada, diz respeito às fraudes nas contratações de trabalhadores brasileiros através de empresas interpostas, e será abordada através da análise das terceirizações através de falsas cooperativas de mão de obra e das ações ajuizadas por estes trabalhadores, bem como das respostas que obtiveram na Justiça do Trabalho da 5ª Região em Salvador-BA.

Como é de conhecimento geral, juntamente com a reforma do Estado implementada nos anos 90, objetivando integrar o Brasil ao capitalismo global, iniciou-se um movimento a fim de desregulamentar o direito do trabalho, com a adoção de discursos econômicos acerca da obsolescência das leis trabalhistas, necessidade de reforma da previdência, ajuste fiscal e discussão sobre reforma sindical, que aplicados, culminou numa intensa precarização das relações de emprego.⁽¹⁾

As transformações ocorridas no Brasil relativas ao mundo do trabalho, em verdade, acentuaram a já existente precarização de suas formas, que, aliada ao corte nos gastos do Estado com o social (seguridade, assistência médica, educação, habitação, dentre outros), além de

gerar um aumento da pobreza e do desemprego estrutural, favoreceu o aumento de empregos informais, temporários e terceirizados.

O marco inicial desse processo foi a crise pela qual passou o capitalismo mundial, quando as empresas passaram a implementar programas de aumento de produtividade com auxílios tecnológicos, a fim de permanecerem lucrando, o que possibilitou fazer-se mais com menos, ou seja, maior quantidade de produtos e serviços, menos matéria prima, menos energia, menos refugo e obviamente menos recursos humanos, o que significou menos emprego.⁽²⁾

A organização fabril portanto, modificou-se, alterando o paradigma estrutural das empresas “fordistas-tayloristas” — as empresas não mais se estruturam verticalmente (concentrando todas as atividades em um mesmo espaço e realizadas por trabalhadores com o mesmo estatuto), passando a concentrar-se horizontalmente em sua atividade-fim, repassando a outras empresas suas atividades acessórias.

Assim, em razão da demanda das empresas produtoras, passaram a surgir empresas interpostas, que desempenham o papel de meros locadores, que se inserem entre o trabalhador e seu verdadeiro empregado.

A proposta deste trabalho tem, portanto, como objetivo geral, analisar como as empresas vêm se utilizando de cooperativas de mão de obra, terceirizando de modo fraudulento serviços, muitos deles ligados a atividades essenciais, a fim de eximirem-se dos encargos trabalhistas e como, em consequência, ocorreram mudanças negativas no mundo do trabalho, como a perda de direitos dos trabalhadores duramente

(1) “É na década de 1990 que o toyotismo se generaliza. Uma década que se abre com uma ‘epidemia da competitividade’ e se desenvolve contaminada por uma epidemia da qualidade, desencadeando um terceiro momento em que se completa o modelo japonês aplicado nas empresas brasileiras, agora sustentado centralmente na implementação dos programas de qualidade total e na propagação indiscriminada da terceirização para todas as atividades e todos os setores da economia”. (DRUCK; FRANCO, 2007. p. 99).

(2) Todo esse processo teve como argumento uma suposta adequação da legislação à “segunda modernidade” representada pelo capitalista de “recorte neoliberal e globalizado”. (LIMA, 2002. p. 2).

conquistados, considerando as especificidades da sociedade brasileira.

Os objetivos específicos, por sua vez, consistem em, averiguando a terceirização fraudulenta de mão de obra via falsas cooperativas, investigar o posicionamento da justiça do trabalho em relação às demandas trabalhistas que questionam tais contratações.

A pertinência da escolha do objeto, refere-se a necessidade de aprofundamento do conhecimento das várias faces que a precarização do trabalho se configura, promovendo drásticas mudanças no mundo do trabalho. A partir das transformações das relações clássicas de trabalho praticadas no modelo fordiano⁽³⁾, surge a necessidade de debate destas mudanças e suas consequências sociais, analisando-se os efeitos sociais que este novo processo de acumulação de capital vem trazendo para o Brasil.

A análise do posicionamento da Justiça do trabalho quanto à existência de fraude nas terceirizações, revela um aspecto importante e inovador a ser abordado no presente trabalho, em razão da importância do tema nos dias atuais, pois, embora existam diversos estudos acerca da reestruturação produtiva e consequente precarização das relações de emprego, realizados por autores brasileiros e de outros países, inclusive da América Latina, há uma carência de pesquisas sistematizadas quanto ao posicionamento da Justiça do Trabalho em face das terceirizações fraudulentas via cooperativas, ou seja, a eficácia das leis sobre estas relações de emprego.

(3) "Ford também fez pouco mais do que racionalizar velhas tecnologias e uma detalhada visão do trabalho preexistente, embora, ao fazer o trabalho chegar ao trabalhador numa posição fixa, ele tenha conseguido dramático ganho de produtividade". (...) O que havia de especial em Ford (e que, em última análise, distingue o fordismo do taylorismo) era sua visão, seu reconhecimento explícito de que produção de massa significava consumo de massa, um novo sistema de reprodução da força de trabalho, uma nova política de controle e gerência do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista." (HARVEY, 1992. p. 5).

O interesse em investigar as novas formas de relação de trabalho e emprego, além de sua atualidade e importância nas relações capital x trabalho, ocorre especialmente em virtude da atuação da autora como Juíza do Trabalho desde 1993, haja vista as consequências nocivas ao trabalhador, percebida através do grande número de ações na Justiça do Trabalho ajuizadas por ex-empregados fraudulentamente terceirizados através de cooperativas de trabalho.

Assim, o tema escolhido pretende contribuir, ainda que modestamente, para um maior conhecimento da questão suscitada, ampliando as formulações teóricas a esse respeito, em razão da existência de milhares de trabalhadores com relações de emprego encobertas por contratações ilegais.

2. Cooperativismo — origens, princípios, marco legal e desvirtuamento: o caso das cooperativas de trabalho

Embora a análise da natureza, características e peculiaridades das sociedades cooperativas extrapolem, por sua amplitude, o propósito do presente trabalho, faz-se necessário entender seu regime jurídico: trata-se de uma forma livre de associação de pessoas, com natureza civil, não sujeita a falência e com objetivos comuns, constituídas para prestar serviços a seus associados.

A Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe no § 2º do art. 174, que a lei deve apoiar e estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo, ressaltando, que as cooperativas devem servir como instrumento de desenvolvimento local e regional, permitindo o estabelecimento de formas democráticas no espaço da produção, devendo ser utilizadas como recurso no processo de construção da cidadania.

O cooperativismo, também conhecido como economia solidária ou auto-gestão, é um fenômeno social e econômico que tem como lema a solidariedade econômica e social pelo trabalho em comum. Surgiu inicialmente na

Grã-Bretanha, a partir da segunda década do século XIX, local onde ocorreu a primeira revolução industrial.

O cooperativismo caracteriza-se pela coletivização da propriedade dos bens de produção, autogestão coletiva e repartição coletiva dos resultados da produção. Sua origem está relacionada ao empobrecimento dos artesãos, que foram substituídos por máquinas. Mesmo aqueles que estavam empregados nas fábricas, eram tão explorados em razão da inexistência de qualquer limite legal, à exemplo de duração da jornada de trabalho, idade mínima, dentre outros, o que ameaçava sua própria sobrevivência, que passaram a integrar cooperativas.

Assim, o cooperativismo, também chamado por alguns autores de *owenismo*, foi assumido pelo crescente movimento sindical e cooperativo da classe trabalhadora, que ia se organizando. Os trabalhadores em conflito com seus empregadores, passavam a tentar substituí-los no mercado.

O cooperativismo é informado por certos princípios, entre eles a união para a busca de objetivos comuns, a ideia de emancipação, iniciativa própria, eliminação do lucro, mudança social e continuidade.

A cooperativa, portanto, baseia-se em valores de ajuda mútua, solidariedade, democracia, participação e igualdade. Pode-se afirmar, portanto, que o cooperativismo, na primeira metade do século XIX, mesmo quando ainda estava sendo implementado efetivamente, já surgia como um modo de produção alternativo ao capitalismo.

Segundo Singer (2002), esta fase inicial deveria chamar-se de cooperativismo revolucionário, que jamais se repetiu de forma tão nítida.

Este sistema de cooperativismo (de consumo, de compra e venda, de produção), difundiu-se também nos EUA, Suíça, França e Itália, aplicando-se os mesmos princípios pioneiros.

Apenas por volta de 1920, o cooperativismo, especialmente o de consumo, atingiu considerável dimensão, o que também não subsistiu

por muito tempo, pois as inovações ocorridas com a introdução de bens de consumo de massa, do automóvel, supermercados e lojas de departamento, não puderam ser aplicáveis pelas cooperativas de consumo, que eram entidades comunitárias formadas por vizinhos e que vendiam apenas aos associados, não praticando a concorrência, propaganda, ou lucro, fazendo com que este sistema entrasse em decadência.

No Brasil, o cooperativismo de consumo e agrícola apenas surgiu no começo do século XX, com a chegada dos emigrantes europeus. As cooperativas de consumo protegiam os trabalhadores dos altos preços dos alimentos.

Entretanto, nenhuma dessas cooperativas eram autogestionárias, pois pertenciam a empresas, e seus diretores e os operários eram assalariados, não podendo, por isso considerarmos como parte de uma economia solidária.

Observa Lima (2007, p. 71), que durante o século XX, as cooperativas nos países centrais (Inglaterra, França), foram surgindo nos contextos de recessão econômica, com apoio dos governos em maior ou menor escala, que garantiam sua organização, de modos distintos nos mais diversos países.

Ainda hoje, as cooperativas de trabalho constituem força importante na Europa, em países como Itália e Espanha (Modragon Cooperative Corporation), um dos mais importantes grupos cooperativos na Espanha, originado no País Basco, cooperativas de produção coletiva, mais comuns da Iugoslávia, organizações comunitárias de trabalho, como os Kibutz, em Israel.

Destaca, contudo Lima (2009, p. 116), que o ressurgimento das cooperativas de trabalho, agora como produto da reestruturação econômica, não é um fenômeno apenas nacional, visto que desde o início dos anos de 1980 são relatadas experiências na Europa, de organização de cooperativas visando atenuar problemas como o desemprego, provocado pela reestruturação industrial.

Nos países periféricos, à exemplo do Brasil, a partir da segunda metade do século XX, a ideia do cooperativismo também passou a ser utilizada pelos governos, a fim de atenuar problemas relativos à desigualdade social e insurgência política, especialmente no meio rural, organizados para a distribuição de produção, sem muito êxito (LIMA, 2007. p. 71).

O cooperativismo ressurgiu de fato no Brasil a partir da década de 1990, como meio de enfrentar o desemprego estrutural em razão de mudanças econômicas, tecnológicas e organizacionais. Foi organizado ainda como meio de recuperação de fábricas falidas. Outras cooperativas envolvem profissionais liberais, profissionais liberais e ex-funcionários públicos, mas eram em número reduzido, pontuais, fruto da organização dos trabalhadores para manter seus empregos (NASCIMENTO, 1993 *apud* LIMA, 2009. p. 116).

Segundo esses autores, tais experiências passaram a se multiplicar a partir das políticas neoliberais iniciadas no governo de Fernando Collor em 1989, e levadas adiante na década seguinte no governo de Fernando Henrique Cardoso, com o início dos processos de privatização de empresas, reestruturação empresarial provocada pela abertura do mercado nacional a produtos importados, aumento da competitividade, estabelecimento de políticas de demissão voluntária e demissões decorrentes da eliminação de postos de trabalho em razão de enxugamento de custos.

A *reespacialização* da indústria brasileira acompanhou a reestruturação econômica em busca de menores custos, seja pela sua saída de centros urbanos congestionados, seja pela mobilização sindical desses centros (LIMA, 2009. p. 125).

Surge, assim, o que LIMA (2007. p. 72), chama de “novo cooperativismo”, em resposta as novas demandas das sociedades capitalistas, ou seja: “como alternativa de ocupação de geração de renda”, ou ainda como uma proposta alternativa de organização social, que alguns

autores denominam de “new age”, formas até mesmo “pós-socialista” especialmente na Europa em razão da retomada da economia social na Europa, aqui denominada economia solidária.

Portanto, em verdade, para que haja a prestação de serviços por intermédio da sociedade cooperativa e não exista vínculo de emprego, é mister que os serviços sejam geralmente de curta duração, de conhecimentos específicos.

Nestas hipóteses, como exceção, alguns trabalhadores, muitas vezes os mais qualificados, conseguem manter uma sociedade cooperativa nos moldes previstos em lei, a exemplo de alguns profissionais da área de saúde e educação.

Entretanto, quando a prestação dos serviços é feita por prazo indeterminado, deve haver rodízio dos associados na prestação de serviços, para não se discutir a existência do vínculo de emprego.

Em tese, nada impede que uma empresa se utilize de uma lícita e verdadeira cooperativa. O que não é permitido é que se utilize de cooperativas para substituição de mão de obra permanente da empresa, como vem ocorrendo.

Assim, a contratação de cooperativas, caracterizar-se-ia pela ausência de contratos de trabalho e pela responsabilização do trabalhador, que se envolveria mais no trabalho como forma de garantir regularidade de ganhos, mas resultou na organização de cooperativas por empresas industriais e agrícolas e na intermediação de mão de obra, tornando-se, inclusive, política pública em estados da federação como o Ceará, emblemático desse processo, em razão do desmonte de políticas de planejamento econômico pelo Estado brasileiro.

Todavia, o que se observa é que no caso atual do Brasil, os trabalhadores não se inserem em cooperativas como uma alternativa à condição salarial e à exploração capitalista, mas sim, como alternativa ao desemprego. (LIMA, 2009. p. 115).

Constata-se, na prática, que “gestores” de falsas cooperativas, organizadas tão somente para intermediar mão de obra, ficam com o

lucro, repassando aos cooperativados apenas o pró-labore do mês, mascarado pela proporção das quotas-partes subscritas, deturpando o princípio da solidariedade e a própria finalidade da cooperativa.

A figura do intermediador de mão de obra, que efetivamente lucra com a força do trabalho alheio, fica assim encoberta sob o manto da cooperativa, retirando dos trabalhadores a proteção social do vínculo de emprego, mesmo inseridos nas atividades fins dos tomadores de serviço. Evidente, portanto, o prejuízo do trabalhador.

Na esfera pública, do mesmo modo, constata-se que administradores não atentos aos princípios do Direito Administrativo, contratam cooperativas de mão de obra para atender inúmeras áreas como limpeza, construção, educação e saúde, inclusive através de licitação pública o que lhes confere aparência de legalidade, fazendo, muitas vezes, com que cooperativas de mão de obra se formem apenas no momento do processo licitatório.

Assim, nos moldes em que vem sendo praticado, o falso cooperativismo, traz imensos prejuízos aos trabalhadores, ocasionados principalmente pela perda de direitos e enfraquecimento dos sindicatos, fragmentando toda a classe.

Lima (2007. p. 76), constata ainda a existência de “cooperativas de terceirização empresarial”, que são aquelas organizadas por empresas ou sindicatos, com o objetivo de atenderem a demandas das empresas de redução de custos, bem como para atrair investimentos industriais, em razão da competitividade entre as regiões do país, como, por exemplo, o que ocorreu no setor de calçados, onde no estado do Ceará, mais de 30 cooperativas foram organizadas.

Ressalta o autor, que nesses casos, os trabalhadores associados são como assalariados, à exceção dos respectivos contratos de trabalho e direitos consectários.

Em estudo de caso sobre cooperativas, o autor ainda destaca as diferentes formas de percepção desses trabalhadores que trabalham através de cooperativas.

Observa, em relação as cooperativas organizadas para terceirização industrial, que quando organizada pelo Estado, estes trabalhadores sentem-se trabalhando para a empresa, e raramente têm a compreensão do que seja uma cooperativa, embora associado a uma, não fazendo alusão à propriedade ou gestão, reclamando ainda acerca do autoritarismo das supervisões nas fábricas. Na cidade onde está estabelecida, do mesmo modo, a cooperativa é entendida como pertencente à fábrica.

Tem-se, assim, que a maioria das cooperativas hoje existente, que deveria ser formada por classes trabalhadoras autônomas, em verdade não passam da arregimentação de trabalhadores para serem “terceirizados” por estas cooperativas, sendo empresas constituídas apenas com a finalidade de angariar trabalhadores e cedê-los à uma empresa tomadora de serviços, sob o rótulo de “cooperados”, sem qualquer proteção social/trabalhista.

No Brasil, portanto, as transformações ocorridas no mundo do trabalho a partir do momento em que as ideias neoliberais passaram a orientar as políticas econômicas e sociais, contribuíram para o agravamento da questão social e influenciaram diretamente no crescimento do número de empresas prestadoras de serviços, muitas sem idoneidade, dentre elas, falsas cooperativas.

A reestruturação econômica e flexibilização das relações de trabalho, segundo Lima (2009. p. 113), teve entre seus desdobramentos a multiplicação de cooperativas de trabalho, de produção industrial e de empresas autogestionárias, cujas características comuns consistem nas formas de organização da produção, a propriedade e a gestão coletiva dos empreendimentos, ou seja: dos meios de produção pelos trabalhadores.

Observa que a perspectiva da redução de custos, não se tem limitado a trabalhadores fabris ou agrícolas, atingindo igualmente trabalhadores qualificados e de “classe média”, aí incluídas as cooperativas de intermediação de mão de obra, ou seja, aquelas vinculadas especificamente aos interesses de empresas, a exemplo da indústria de *software* na região de Campinas, assim como no setor de serviços, como as cooperativas de professores do ensino superior no estado de São Paulo, hospitais, etc. (LIMA, 2009, p. 127).

Aqui cabe uma observação: as empresas pretendem, em verdade, obter mão de obra sem encargos trabalhistas. Um sonho dourado para os empresários, que insistem num discurso hegemônico, de que para o mercado seria melhor cada vez menos intervenção do Estado, quando, em verdade, a crise econômica global desencadeada em setembro de 2008, com a falência de grandes instituições financeiras, demonstrou que o capitalismo em crise, precisa sim, recorrer ao Estado, que supostamente deve estar sempre à sua disposição.

Assim, embora venham sendo combatidas como falsas, por organizações sindicais e pelo Ministério Público do trabalho, e em grande medida por terem se revelado fraudulentas, as cooperativas de “mão de obra” não são em si ilegais, desde que organizadas dentro dos princípios do cooperativismo.

Todavia, o que se observa atualmente, é que são poucos os casos em que os trabalhadores se organizam voluntariamente com a perspectiva de um trabalho autônomo, coletivamente gerido e ideologicamente orientado para fora do mercado, assumindo as empresas através de um sistema de autogestão, no qual se tornam proprietários e participam efetivamente da gestão (LIMA, 2009, p. 132).

3. Terceirização através de cooperativas — instrumento de precarização das relações de trabalho

É de conhecimento geral no âmbito do Direito do Trabalho, que o número de ações contra

cooperativas aumentou sistematicamente a partir de 1994, ano em que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em seu art. 442, teve inserido o parágrafo único pela Lei n. 8.949/94, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 442 — Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Do mesmo modo, a Súmula n. 331 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho (Revisão da Súmula n. 256 — Res. n. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 4.1.1994 — Alterada (Inciso IV) — (Res. n. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.9.2000 — Mantida — Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003), dispõe acerca de Contratos de Prestação de Serviços e sua legalidade.

Assim, os contratos que teriam, em tese, o objetivo de tornar mais eficiente a produção, passaram a ser utilizados como técnica de precarização das condições de trabalho, demonstrando dessa forma, que a precarização das relações de emprego é ínsita à própria lógica da terceirização.

A partir da inclusão do referido parágrafo único no art. 442 da CLT (que trata da questão do contrato Individual do trabalho), houve um extraordinário incremento da locação de mão de obra através de cooperativas, visto que os detentores do capital, passaram a interpretar a lei em benefício próprio, ou seja, a inexistência de vínculo de emprego, em qualquer hipótese, entre associados e a cooperativa e entre a cooperativa e o tomador dos serviços, (regra esta já existente no art. 90 da própria Lei n. 5.764/71, que define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das sociedades cooperativas).

As empresas tomaram a referida alteração como uma permissão, uma nova forma legal de intermediação de mão de obra, desta vez

perfeita para o capital, haja vista que ficariam as empresas sem quaisquer ônus com a mão de obra utilizada, além do pagamento de remuneração equivalente a salário.

Tal deliberação, apesar de ter sido baseada em proposta, que teoricamente, buscava responder a uma demanda dos setores populares, que vinham desenvolvendo experiências de organização de cooperativas, especialmente no meio rural, teve como efeito real, uma verdadeira avalanche de iniciativas empresariais de criação de cooperativas.

Um verdadeiro “sinal verde” à proliferação de cooperativas de trabalho e serviços, na grande maioria das vezes sem a observância dos pressupostos legais.

Destarte, segundo a literatura jurídica majoritária, seguida pela da autora, o citado parágrafo único do art. 442 da CLT, logicamente não autorizou a intermediação de mão de obra através de cooperativas, mas tão somente disciplinou, desnecessariamente, o trabalho sem vínculo empregatício de associados de cooperativa, desde que atendidas as finalidades legais da cooperativa, nos termos previstos nos arts. 3º e 4º, da Lei n. 5.764/71.

Não há, portanto, como entender-se que há uma autorização legal para essa intermediação de mão de obra como pretendido pelos empresários, considerando o sistema jurídico brasileiro, que é pautado pela proteção aos direitos dos trabalhadores, uma autorização dessa natureza.

Neste sentido, vale ressaltar, que o Prof. Rodolfo Pamplona, analisando o tema em artigo intitulado “O cooperativismo e o Direito do Trabalho” (1994), discorre acerca da inutilidade da parte final da citada previsão legal introduzida em 1994, haja vista já constar, na própria definição legal do cooperativismo, ser necessário para tanto, a inexistência/dispensa da intervenção de um patrão ou empresário.

Nesta esteira, conclui o autor: “Ora, se há dispensa de intervenção de um patrão ou empresário, é de uma obviedade ululante, que

numa cooperativa regularmente constituída não há como se falar em relação de emprego com o tomador de serviços.” (grifo original).

Vale pontuar, ainda, que nas terceirizações autorizadas por lei, mesmo considerando evidentes perdas, inclusive salariais e sociais, os trabalhadores possuem ao menos, direitos básicos trabalhistas legalmente estabelecidos, o que não ocorre quando o trabalhador é *cedido* pela falsa cooperativa a uma empresa tomadora de serviços. Este trabalhador apenas conseguirá ver reconhecido direitos trabalhistas se acionar o Judiciário Trabalhista e demonstrar a fraude, o que logicamente apenas ocorre após a rescisão do contrato, pois o empregado não se arrisca a postular direitos sonegados no curso da relação de emprego, com fundado receio de ser despedido.

O que se verifica, é que a busca pela redução dos custos da produção para obter maior competitividade no mercado globalizado (aí, incluída a redução dos gastos com os salários e com os encargos sociais e trabalhistas), tem motivado muitas empresas (mesmo as de grande porte, sejam nacionais, multinacionais e até mesmo o Poder Público — principalmente Prefeituras), a se utilizarem de cooperativas de trabalho para obter mão de obra de baixo custo, inclusive para execução de serviços essenciais, onde o trabalhador locado presta trabalho pessoal e subordinado⁽⁴⁾.

Existem, assim, um grande número de falsas cooperativas, criadas com o objetivo de intermediar mão de obra. O número de ações trabalhistas ajuizadas por trabalhadores contra essas cooperativas demonstra tal fato. O Judiciário Trabalhista, nesses casos, reconhece a fraude nas contratações, determinando às empresas o registro de todos os empregados contratados por intermédio das cooperativas.

(4) O capitalismo neoliberal precarizou as relações de trabalho, eliminando as conquistas sociais. A fragmentação do trabalho levou à uma fragmentação organizacional e à perda do poder político/ideológico (LIMA, 2007, 10, 11).

Em artigo intitulado “A terceirização via cooperativas de Trabalho” (Silva, 2007. p. 153), cita que em 2005 estavam registradas 313 cooperativas no Estado da Bahia, organizadas em oito ramos de atuação: agropecuária, consumo, crédito, educação, habitação, mineração, saúde e trabalho, verificando que as cooperativas de trabalho representavam 93% das cooperativas do Estado da Bahia.

Na prática, é o trabalhador desqualificado que se vê obrigado a associar-se a cooperativas, sob pena de não conseguirem vaga de trabalho e sobreviver, pois do modo como vêm sendo utilizadas as cooperativas nos últimos anos, configura-se, em verdade, uma forma do uso do trabalho “terceirizado” e desregulamentado: um contrato de serviços entre trabalhadores e empresa (CARDOSO, LAGE, 2006. p. 32), o que vem preocupando inclusive organismos internacionais.

A 90ª Conferência Internacional do Trabalho, promovida em Genebra pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência das Nações Unidas que tem como objetivo promover oportunidades, para que homens e mulheres possam ter acesso a trabalhos decentes e produtivos, com liberdade, equidade, segurança e dignidade, deliberou por recomendar aos governos dos países-membros o enfrentamento da questão das cooperativas de trabalho fraudulentas, que são criadas com o objetivo de driblar os encargos trabalhistas e têm representado graves lesões aos direitos dos trabalhadores.

A recomendação foi proposta pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho, do Tribunal Superior do Trabalho, que participou como membro observador e conselheiro técnico, integrando a delegação oficial brasileira, composta ainda por dois outros representantes do TST, o Ministro Francisco Fausto e o Ministro Barros Levenhagen. Ele apresentou a emenda referindo-se ao problema enfrentado pelo Brasil com as cooperativas de trabalho e sugeriu que fosse incluído no texto da recomendação da OIT — o que foi aprovado — “o combate às

falsas cooperativas, que violam os direitos dos trabalhadores”.

A emenda do ministro do TST foi amplamente debatida na Conferência, recebendo o apoio de diversos países, cujos representantes informam a existência desse mesmo problema em relação às cooperativas de trabalho. (<www.tst.gov.br>).

Foi editada nessa conferência, a Recomendação n. 193, cujo tema é o cooperativismo:

8.1. As políticas nacionais devem nomeadamente:

(...)

b) velar para que não se possam criar ou utilizar cooperativas para iludir a legislação do trabalho nem para estabelecer relações de trabalho dissimuladas, e lutar contra as pseudo-cooperativas, que violam os direitos dos trabalhadores, velando para que a legislação do Trabalho seja aplicada em todas as empresas.

Segundo as normas da organização, as recomendações aprovadas no encontro se tornam princípios gerais para subsidiar o aprimoramento da legislação dos países que a integram.

Tais disposições refletem a preocupação em relação à alienação do trabalho humano, desprotegida de direitos consagrados, através da utilização dos ideais cooperativistas, que culmina por ir de encontro ao princípio da dignidade humana e do valor social do trabalho, no caso brasileiro, direitos reconhecidos pela Constituição Federal e pela Legislação Trabalhista.

Desta forma, o combate às cooperativas fraudulentas, criadas com a finalidade de burlar os direitos trabalhistas, teve amplo consenso dentro da Comissão de Promoção de Cooperativas da Conferência. Afirmou o ministro Ives Gandra Filho (<www.tst.gov.br>):

Em verdade, reiteramos na Conferência da OIT uma posição que o TST tem adotado em alguns de seus julgados, qual seja o de reconhecer o vínculo empregatício direto do

falso cooperado com o tomador do serviço, quando a cooperativa de intermediação de mão de obra foi criada pelo tomador dos serviços com o claro objetivo de mascarar os direitos dos trabalhadores.

Não há, portanto, como ignorar o impacto social deste movimento. Infelizmente, o que se constata, é que os próprios trabalhadores não possuem uma visão geral do processo econômico e de suas regras, o que dificulta a adoção de estratégias de enfrentamento⁽⁵⁾.

As reformas econômicas propostas e implementadas até aqui, em verdade, culminaram por aumentar a desigualdade econômica e social. Ao contrário do quanto anunciado pela proposta neoliberal, o grande capital está cada vez mais regulado e organizado quanto ao funcionamento do mercado, promovendo reformas encobertas e sutis de protecionismo e convivendo com déficits fiscais extremamente elevados. (BORON, 1999. p. 9)⁽⁶⁾

Como visto, a redução dos encargos trabalhistas e tributários são alguns dos motivos que levam o empregador a forçar seus empregados

até mesmo a fundarem uma cooperativa e filiarem-se a ela. Mas na verdade, essas cooperativas acabam dirigidas pelo próprio empregador, o que configura fraude.

No setor agrícola, por exemplo, verifica-se um grande desvirtuamento das cooperativas de trabalho. O chamado “gato”, arregimentador de mão de obra para trabalhos de plantio e colheita, passou a utilizar-se dessa modalidade de contratação, a fim de conferir uma aparência de legalidade à contratação de trabalhadores rurais.

Conclui-se, assim, que as falsas cooperativas de intermediação de mão de obra, apresentam mera aparência de cooperativas, uma vez que, não obstante formalizem-se como tal, obedecendo aos requisitos legais, são na verdade, empresas intermediadoras de mão de obra.

Vale destacar, que o quadro atual de flexibilização e precarização, não é uma “fatalidade econômica” como querem fazer crer os empresários, haja vista as inúmeras formas de resistências, inclusive por parte de organismos internacionais.

Considerando seus efeitos nocivos aos trabalhadores, a criação e a manutenção de cooperativas de trabalho fraudulentas, deveria, em verdade, importar necessariamente na responsabilização criminal de seus responsáveis, uma vez que tal prática constitui crime previsto no art. 203 do Código Penal, que dispõe: “frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho” com pena de detenção de 1 (um) ano a 2 (dois) anos, e multa, além da pena correspondente a violência. O crime se processa mediante ação pública incondicionada, a cargo do Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal.

Destarte, esse mecanismo adotado por empresas de burlar a legislação trabalhista, culmina, inclusive, numa concorrência desleal em relação àquelas empresas que contratam observando os comandos legais.

(5) “Nos governos Fernando Henrique Cardoso ocorreram tanto convivência com a burla da legislação trabalhista, explícita na fragilização dos órgãos fiscalizadores e na não punição dos infratores, como diversas mudanças na legislação, como a flexibilização do já flexível contrato temporário, o banco de horas, o contrato em tempo parcial, a regulamentação das cooperativas de trabalho, dentre outros, em muitos casos apenas para legalizar as práticas ilegais que já vinham sendo toleradas.” (BORGES, A. 2002. p. 840)

(6) “O neoliberalismo colheu uma importante vitória no terreno da cultura e da ideologia ao convencer amplíssimos setores das sociedades capitalistas — e a quase totalidade de suas elites políticas — de que não existe outra alternativa”. Seu êxito neste campo foi completo: não só impôs seu programa, mas também, inclusive, mudou para proveito seu o sentido das palavras. O vocábulo “reforma”, por exemplo, que antes da era neoliberal tinha uma conotação positiva e progressista — e que, fiel a uma concepção iluminista, remetia a transformações sociais e econômicas orientadas para uma sociedade mais igualitária, democrática e humana — foi apropriado e “reconvertido” pelos ideólogos do neoliberalismo num significante que alude a processos e transformações sociais de claro sinal involutivo e antidemocrático.” (BORON, 1999. p. 12)

4. Cooperativados e preconizados em busca de direitos: o posicionamento da Justiça do Trabalho em Salvador-BA

Para verificar-se o entendimento dos Magistrados do TRT5 jurisdição de Salvador, que abrange também o Município de Lauro de Freitas, quanto as ações ajuizadas contra cooperativas, optou-se pelo ano de 2006, haja vista a possibilidade de trânsito em julgado dessas ações.

A pesquisa possibilitou a identificação do posicionamento predominante deste TRT, relativo às mudanças ocorridas nas relações de emprego, caracterizadas, como visto, pela intermediação de mão de obra e consequente precarização.

A orientação metodológica da pesquisa consistiu na análise das respostas dadas pelo Poder Judiciário Trabalhista no âmbito de Salvador-BA, nos processos judiciais envolvendo cooperativas de trabalho. Foram realizadas análises quantitativas e qualitativas.

Assim, foi possível entender como o Judiciário percebe o fenômeno da intermediação de mão de obra, organizando e elaborando suas decisões ao longo do período estudado.

Em razão da ausência de um banco de dados específicos, procedeu-se a identificação dos processos utilizando-se os recursos de pesquisa por palavras-chave, no sistema SAMP — Sistema de Acompanhamento Processual, desenvolvido pelo Setor de Informática do TRT5, que permite o acesso ao nome das partes, data de ajuizamento, atos processuais, a exemplo de atas de audiências e decisões proferidas, e situação atual do processo.

Em seguida, analisou-se o conteúdo das decisões, buscando identificar os elementos que caracterizam a fraude e que levaram os magistrados a um posicionamento predominante a favor do trabalhador e aqueles que suscitaram algum tipo de controvérsia.

Nesta parte, além das estatísticas construídas através da pesquisa nos processos, procedeu-se a análise dos fundamentos e decisões dos magistrados de 1ª e 2ª instâncias, observando-se a

resistência ou afirmação das contratações realizadas através de cooperativas e o tipo de condenação das empresas tomadoras, permitindo uma visão geral do posicionamento da Justiça do Trabalho nos casos envolvendo cooperativas de trabalho.

Quadro 1

Posição dos processos contra cooperativas de trabalho, ajuizados em 2006.

Resultados no 1º Grau. TRT5 — Jurisdição de Salvador-BA

	N	%
Reconhecimento de fraude	170	33,8
Conciliados*	135	26,8
Improcedentes	43	8,5
Desistências	41	8,2
Arquivados	85	16,9
Carta Precatória**	29	5,8
Outros***	3	
Total	506	100

Fonte: Justiça do Trabalho, 5ª Região. Elaboração própria.

(*) Dos 135 processos conciliados, 80 foram conciliados na fase de conhecimento (antes da sentença) e 45 após o trânsito em julgado.

(**) Carta Precatória é o expediente pelo qual o juiz se dirige ao titular de outra jurisdição que não a sua, de categoria igual ou superior, para solicitar-lhe que seja feita determinada diligência que só pode ter lugar no território naquela jurisdição (por exemplo, ouvida de testemunha que reside em outra jurisdição).

(***) 2 ações extintas sem julgamento do mérito e 1 apensada a outro processo.

Neste quadro, dos números levantados, constata-se que em 33,59% do total dos processos ajuizados contra cooperativas de mão de obra e empresas tomadoras no ano de 2006, foi declarada a fraude nesse tipo de intermediação.

Observe-se que este percentual sobe para 72,3%, ao excluir-se as desistências e arquivamentos, cartas precatórias e conciliados em fase de conhecimento, valendo observar que outros 45 processos foram conciliados após a prolação da sentença.

Em relação aos processos conciliados, cabe uma observação: o alto índice de conciliação, firmados em praticamente sua totalidade pelas empresas tomadoras e não pelas cooperativas acionadas, em que pesem os esforços da Justiça

do Trabalho neste sentido, e da obrigatoriedade de sua tentativa, no processo trabalhista, demonstra, na opinião da autora, que num primeiro momento, muitas empresas, sabedoras da fraude, optam por conciliar ainda antes da sua condenação, que certamente têm como certa.

Do mesmo modo, após proferida a sentença condenatória, a tomadora decide conciliar, evitando assim o processo de execução.

Todavia, em ambos os casos, percebe-se que o trabalhador sai perdendo, pois, ao tempo em que aceita conciliar, dada a urgência em haver seus créditos trabalhistas, de natureza alimentar, transige, abrindo mão de outros direitos que dependem de prova, aceita parcelamentos, fazendo com que as empresas saiam ganhando mais uma vez, pois, além de se aproveitar da força de trabalho do trabalhador, praticamente sem encargos, consegue, após denunciada, chegar à uma composição, barganhando direitos, enquanto o trabalhador recompõe parcialmente suas perdas.

Quanto aos processos submetidos ao segundo grau de jurisdição, observa-se uma tendência majoritária de confirmação das fraudes reconhecidas pelo Juízo de primeiro grau.

O quadro 1, demonstra, que dos processos remetidos ao 2º grau, em 82,1% foram confirmadas as sentenças que declararam fraude na intermediação de mão de obra através de cooperativas.

Verifica-se, ainda, que das 43 ações julgadas improcedentes no 1º grau, os trabalhadores recorrem em 07 ações, tendo o TRT reformado 04 para reconhecer o vínculo, modificando as decisões de 1º grau. As demais ações improcedentes não foram submetidas à apreciação do 2º grau.

Quadro 2

Posição dos processos contra cooperativas de trabalho ajuizados em 2006.

Resultados no 2º Grau. TRT5 — Jurisdição de Salvador-BA

TRT confirma a sentença de 1º grau e a fraude	83
TRT reforma a sentença de 1º grau e julga improcedentes as ações, reconhecendo a legitimidade das cooperativas	18

Improcedentes no 1º grau com recurso dos trabalhadores	7
TRT modifica decisão do 1º grau e reconhece vínculo ..	4
Total	101

Fonte: Justiça do Trabalho, 5ª Região. Elaboração própria.

4.1. As responsabilidades das acionadas (cooperativas e empresas tomadoras)

Constatou-se, na análise dos dados de 2006, que 170 ações resultaram em sentenças que reconheceram a fraude e/ou simulação na intermediação de mão de obra: 21,8% concluiu pela responsabilidade solidária da cooperativa e da tomadora; 37,6% extinguiram o processo na 1ª Instância ou julgaram improcedente a ação em relação à Cooperativa, condenado apenas a tomadora dos serviços; 33,5% condenaram a tomadora de forma principal e a cooperativa de forma subsidiária e apenas 7,1% das sentenças condenou a cooperativa de forma principal e a tomadora de modo subsidiário.

Quadro 3

Formas de condenação das empresas reclamadas (Cooperativas e Tomadoras) em ações ajuizadas em 2006*

	N	%
Responsabilidade solidária (ambas)	37	21,8
Responsabilidade principal da Tomadora e subsidiária da Cooperativa	57	33,5
Extinção do processo sem julgamento do mérito em relação à Cooperativa	64	37,6
Responsabilidade principal da Cooperativa e subsidiária da Tomadora	12	7,1
Total	170	100,0

Fonte: Justiça do Trabalho. Elaboração própria.

(*) Estas condenações foram declaradas no 1º grau.

Vale ressaltar, que numa “terceirização lícita”, ou seja, aquela que preenche determinados requisitos legais, como abordado em capítulos anteriores, regra geral a responsabilidade da tomadora é subsidiária, salvo nos casos em que houver falência da empresa prestadora, hipótese em que a responsabilidade da empresa cliente será solidária (art. 16 da Lei n. 6.019).

Já na chamada terceirização ilícita, a responsabilidade deve ser solidária (em analogia ao art. 942 do Código Civil), pois nesta hipótese,

o empregador é o tomador de serviços, possuindo a empresa prestadora apenas aparência de empregadora (empresa interposta), formando-se o vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora. Portanto a responsabilidade solidária deve ser reconhecida a fim de condenar as empresas, pois ambas beneficiaram-se da força de trabalho, e foram coniventes com a ilicitude.

Observe-se, no entanto, que a empresa tomadora só será responsabilizada, subsidiariamente ou solidariamente, se participar do processo de conhecimento e constar no título executivo judicial (ou seja, se for acionada pelo trabalhador).

Em relação à administração pública, como visto, a terceirização de serviços só é admitida nos casos previstos na Súmula n. 331 do TST (Súmula n. 333, IV do TST — analogia com o art. 455 da CLT)⁽⁷⁾.

É sabido, que a terceirização fora dessas hipóteses será considerada ilícita, formando o vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora. No entanto, se a terceirização ilícita ocorrer no âmbito da Administração Pública, não há como reconhecer-se a existência do vínculo direto, em razão da vedação da prestação de serviços a Administração Pública sem que tenha havido prévia aprovação em concurso público, nos termos previstos constitucionalmente. Assim, a Administração Pública, na hipótese de terceirização de serviços, apenas responderá subsidiariamente, ainda que tenha

sido reconhecida a fraude na terceirização dos serviços.

Vale observar, que vem sendo discutido pelo TST matéria relativa ao item 4 da Súmula n. 331, havendo entendimento no sentido de que, não tendo sido formalizado anteriormente o incidente de inconstitucionalidade, a eficácia do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, atrairia a observação do Verbete Vinculante n. 10 da Súmula do Supremo, visto que restou aprovado verbete de súmula a contrariar o preceito legal, razão pela qual seria indispensável examinar-se possível discrepância do ato normativo com a Carta Federal. Com tais argumentos, julgou-se procedente pedido para cassar Acórdão que condenou subsidiariamente Administração Pública em ação que tratava de terceirização.

Quando do julgamento da ação, uma vez reconhecida a fraude, o julgador fixa a responsabilidade ou não das acionadas, no caso, cooperativas e empresas tomadoras. A exclusão ou não da cooperativa ou sua condenação solidária ou subsidiária, depende do caso concreto e do entendimento do magistrado.

A condenação solidária de ambas (cooperativa e tomadora), ocorre na hipótese de fraude, devendo ser responsabilizadas, porque beneficiárias dos serviços do trabalhador.

O julgador pode decidir, ainda, pela condenação da tomadora como responsável principal, condenando a cooperativa de forma subsidiária, ou ainda excluir a cooperativa da lide, condenando tão somente a empresa tomadora.

O reconhecimento de vínculo diretamente com a cooperativa de trabalho, ocorre via de regra, na hipótese de ser o tomador dos serviços ente público, pelas razões já expostas.

Vale observar, como demonstrado no Quadro 2, que em 37,6% das ações a cooperativa foi excluída da condenação, tendo sido condenadas tão somente as empresas prestadoras, o que amplia as chances de ressarcimento dos trabalhadores lesados — as tomadoras são geralmente empresas maiores — todavia, acaba

(7) Ressalte-se que o § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93, refere-se à responsabilidade direta da Administração Pública, ou mesmo a solidária ou subsidiária, quando se vale dos serviços de trabalhadores através da contratação de empresas interpostas. Portanto, descumpridas as exigências legais, por parte de empresas contratadas, incorre a administração pública em culpa *in vigilando*. Destarte, a Constituição Federal em seu art. 37, § 6º, estabelece que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando-lhes o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa. Ante o exposto, declara-se a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada.

por isentar a pseudo cooperativa, parte na fraude perpetrada contra trabalhadores, de qualquer responsabilidade com o pagamento de obrigações trabalhistas, o que acaba por incentivar a prática desse tipo de intermediação pela cooperativa, sendo, portanto, razoável, que a cooperativa seja condenada no mínimo, de forma subsidiária.

4.2. A situação dos processos ajuizados em 2006

Verificou-se no ano de 2009, mês de outubro, a última tramitação de cada processo do ano de 2006, e sua posição anual.

Constatou-se, que no ano de 2006, em todos os processos, o 1º grau procedeu à entrega da prestação jurisdicional na fase de conhecimento.

Existem 4 processos pendentes de julgamento no TRT5 e 7 no TST, aguardando apreciação de agravo de instrumento.

Existiam ainda, em outubro de 2009, quando encerrado o trabalho de campo, 52 processos em fase de execução (conciliações não cumpridas e sentenças condenatórias transitadas em julgado).

O elevado número de processos contra cooperativas de trabalho ainda em curso (63, equivalente a 12,5%), evidencia que persiste o tão debatido problema na demora da execução trabalhista, onde mais uma vez, o capital fica em situação de vantagem, vez que usufruiu da força de trabalho e resiste de todas as formas possíveis ao seu pagamento.

Infelizmente, o número de recursos possíveis nessa fase é grande, fazendo com que as empresas condenadas deixem de cumprir decisão judicial a tempo e modo, postergando, ao máximo o cumprimento dessas obrigações, ficando o trabalhador submetido à sua vontade.

Portanto, do exame dos dados colhidos, conclui-se que de forma prevalente, houve a declaração, em sede de 1º grau, de fraude na prestação de serviços de trabalhadores através de cooperativas, levando ao reconhecimento da relação de emprego entre a empresa tomadora de serviços e os trabalhadores.

A análise das Ementas, do mesmo modo, evidencia, que no 2º grau de jurisdição também há predominância do reconhecimento da fraude perpetrada pelos mais diversos tipos de cooperativas.

Observe-se que o 2º grau confirma quase em sua totalidade as sentenças proferidas neste sentido, condenando as empresas tomadoras ao pagamento de verbas de natureza trabalhista (82,17% dos processos submetidos ao seu julgamento).

Constata-se, assim, que a Justiça do Trabalho da 5ª Região — 1º e 2º Graus, baseando-se nos depoimentos colhidos pela primeira instância trabalhista quando da instrução do feito, respectivamente declararam e ratificaram a existência de vínculo empregatício entre o trabalhador arregimentado através de falsas cooperativas e as empresas tomadoras, uma vez detectada a ausência das características comuns às verdadeiras cooperativas, como gestão democrática dos próprios cooperados e divisão dos lucros e em contrapartida, verificando a prestação de serviços pelo trabalhador (pseudo associado) em face da empresa tomadora, com pessoalidade, subordinação, jornada fixa, habitualidade e remuneração com características de salário, aplicando os princípios constitucionais e específicos que regem o Direito do Trabalho — dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho e o protecionista, aplicando o art. 9º, e o art. 3º da CLT.

Observa-se que os Juízes de primeiro e segundo graus, através dos seus julgamentos, não toleram a fraude praticada por cooperativas e empresas tomadoras, quando exercem as cooperativas tão somente o papel de mera intermediadoras de mão de obra, e vêm entendendo que estas empresas devem ser condenadas pela fraude na contratação que lesam os trabalhadores, declarando ainda em seus julgados, que o art. 442 da CLT não possui a finalidade de acobertar ilegalidades, não podendo ser utilizado para mascarar verdadeiras relações de emprego.

Demonstrado, portanto, de modo seguro, o completo desvirtuamento dessas cooperativas, que são criadas com a única finalidade de promover a intermediação de mão de obra e fraudar os direitos dos trabalhadores.

Transcreve-se, a seguir, algumas Ementas de casos paradigmáticos, que confirmam sentenças de 1º grau, cuja íntegra encontra-se no site do TRT5 <www.trt5.jus.br>.

COOPERATIVA. FRAUDE. INTERMEDIACÃO DE MÃO DE OBRA: Reconhece-se a relação de emprego com a tomadora de serviços quando constatado que esta executa seus serviços relacionados com sua atividade fim, através de Cooperativa que atua apenas como intermediadora de mão de obra. Acórdão n. 3236/06 – 6ª T. – RO 00315-2005-014-05-00-5 – Relª Desembargadora Luíza Lomba.

TRABALHO SUBORDINADO EXERCIDO POR MEIO DE SUPOSTA COOPERATIVA. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO COM A FALSA TOMADORA DE SERVIÇOS. Provado o exercício de trabalho subordinado ligado à atividade-fim da reclamada, não há como se deixar de reconhecer a existência de relação de emprego entre o falso cooperado e a falsa tomadora de serviços de suposta cooperativa, devendo-se ressaltar que a circunstância de o empregado não ser pessoa alienada ou analfabeta não autoriza seja conferida validade à fraude perpetrada, pois a necessidade de sobrevivência do trabalhador por meio de seu trabalho o sujeita a situações como a ora verificada nos autos, residindo aí a própria justificativa para a existência dos princípios da imperatividade e da irrenunciabilidade, os quais, impedem o reconhecimento de validade de ajuste destinado a fraudar as normas trabalhistas, ainda que o empregado dele tenha participado, nos exatos termos do art. 9º da CLT. Acórdão n. 34.083/06 – 1ª T. – RO 00308-2006-031-05-00-0. Relª Desembargadora Vânia Chaves.

COOPERATIVA. FRAUDE. RELAÇÃO DE EMPREGO FORMADA DIRETAMENTE COM A FALSA TOMADORA DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Na qualidade de partícipe ativa da fraude

perpetrada contra o trabalhador, a cooperativa cabe responder solidariamente com a aparente tomadora de serviços pelo ressarcimento dos danos causados àquele. Aplicação analógica do art. 942 do Código Civil. (Acórdão n. 241977/07 – 3ª T. – RO 00199-2005-015—05-00-0. – Relª Desembargadora Ivana Mércia Nilo de Magaldi).

COOPERATIVA FRAUDULENTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA — Nas hipóteses de fraude à legislação trabalhista, o preceito contido no art. 9º da CLT, interpretado em harmonia com o art. 942 do Código Civil, dá guarida à responsabilização solidária dos co-autores da ilicitude. Acórdão n. 31.082/07 – 2ª T. – RO 00735-2006-035-05-00-3-RO – Relª Desembargadora Graça Laranjeira.

RELAÇÃO DE EMPREGO — COOPERATIVA. Havendo efetiva prova de que a relação travada pelo cooperado com a cooperativa do qual fez ou faz parte foi de emprego, ou seja, com cumprimento de jornada fixa, com percepção de remuneração dissociada dos haveres de cooperado, não há como se afastar o vínculo de empregatício entre ambos, ainda que a fiscalização das tarefas desenvolvidas pelo trabalhador seja exercida pelo tomador dos serviços, uma vez que o art. 442 da CLT não se presta para acobertar ilegalidade, especialmente se o tomador for Órgão Público, que, portanto, obsta a que se reconheça o vínculo com este, tanto por vedação constitucional, como pelo que estabelece o inciso II da Súmula n. 331, do C. TST. Acórdão n. 2.409/07 – 2ª T. – RO 00459-2006-013-05-00-6 – Rel. Desembargador Raymundo Antônio Carneiro Pinto.

COOPERATIVA. INTERMEDIACÃO DE MÃO DE OBRA. AUSÊNCIA DOS PRINCÍPIOS INERENTES AO COOPERATIVISMO. FRAUDE. Verificando-se a condição da Cooperativa de mera intermediadora de mão de obra dos seus pretensos associados, tem-se que não atingiu o objetivo social para a qual foi criada, não se ajustando, pois, à previsão normativa das Leis ns. 5.764/70 e 8.949/90, ainda mais quando patente o desrespeito aos princípios informadores do cooperativismo. (Acórdão n. 20.370/08 – 2ª T. – RO 00746-

2007-037-05-00-7 – Rel^a Desembargadora Débora Machado).

RELAÇÃO DE EMPREGO. COOPERATIVA DE TRABALHO. ILEGALIDADE. Reconhece-se a relação de emprego com o tomador dos serviços quando, embora na condição de cooperado, o trabalhador laborava nas condições descritas no art. 3º, da CLT, sendo solidária a responsabilidade da cooperativa, empresa intermediadora de mão de obra, que concorreu para a fraude. Processo n. 0110000-85.2007.5.05.0025 RecOrd, Ac. n. 026032/2009, Rel. Desembargador Edilton Meireles, 3ª T., DJ 30.9.2009.

COOPERATIVA. RELAÇÃO DE EMPREGO COM O TOMADOR DOS SERVIÇOS. De acordo com a Recomendação n. 127 da OIT, a cooperativa deve ser criada com o objetivo de melhorar a situação econômica, social e cultural das pessoas com poucos recursos. Se ela, contudo, em vez de cumprir a sua finalidade, busca tão somente arregimentar supostos “cooperados” para a prestação de serviços, numa nítida intermediação de mão de obra para executar atividade fim da tomadora, segue-se que ela não atingiu o objetivo para o qual fora criada. De sorte que verificando o juiz que a finalidade foi tão somente fraudar a lei, afastando, assim, o empregado da proteção trabalhista, deve declarar nula a referida contratação, com base no art. 9º da CLT, e, em consequência, reconhecer a relação de emprego entre a reclamante e o tomador de serviços. (Acórdão n. 33.788/2006 – 2ª T. – RO 0072700-63.2005.5.05.0024 – Rel^a Desembargadora Dalila Andrade)

UTILIZAÇÃO DE COOPERATIVA COM FINALIDADE DE DESVIRTUAR RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. LESÃO AOS DIREITOS DO TRABALHADOR. DANO MORAL CONFIGURADO. A constatação de fraude na admissão de empregado, que, dada a sua posição de hipossuficiente, vê-se obrigado a aceitar a condição imposta pelo empregador, de filiar-se à cooperativa, com o único propósito de lesar os seus direitos trabalhistas, deixando de anotar a sua CTPS, recolher a contribuição previdenciária e proceder aos depósitos de FGTS, entre outras parcelas

inerentes à relação empregatícia faz presumir o dano moral, por atentado à dignidade do trabalhador. Processo n. 0075400-65.2008.5.05.0037 RecOrd, Ac. n. 006861/2010, Rel. Desembargador Cláudio Brandão, 2ª T., DJ 22.3.2010.

Observa-se, assim, que a Justiça do Trabalho, como não podia deixar de ser, vem declarando a fraude na terceirização e até o limite legal de suas respectivas atuações, vem envidando esforços a fim de coibi-las.

O resultado da pesquisa, evidencia, portanto, que o combate às falsas cooperativas vem sendo constante e intenso por parte do Judiciário Trabalhista, que não tem se furtado à aplicação dos princípios fundamentais às causas submetidas à sua apreciação e julgamento.

Segundo Carelli (2007. p. 61), o Judiciário vem dando respostas aos problemas de modo insuficiente, a partir de suas interpretações e decisões haja vista a falta de resposta do Congresso Nacional no sentido de sanar tais distorções, através de legislações inibitórias. Constata o autor que o direito não vem realizando uma ação preventiva a fim de impedir a fraude na utilização da terceirização, mas tão somente “apagando os focos de incêndio”.

Observa o autor que:

A legislação, no nosso entender, para solucionar os problemas trazidos pelo fenômeno que ora se comenta, deveria tomar uma posição proativa, para impedir ou inibir que a terceirização seja utilizada como forma de precarização do trabalho. O discurso atual de luta em face da terceirização deve ser substituído pela busca de humanização da terceirização. (CARELLI, 2007. p. 66).

A terceirização é assim uma das maiores fontes de problema para o direito do trabalho, que não possui, ainda, os instrumentos necessários para responder a todos os seus desafios. (CARELLI, 2007. p. 60).

De fato, o crescente número de ações contra falsas cooperativas, na jurisdição de Salvador, apesar da atuação da Justiça do Trabalho, demonstra

que esse tipo de terceirização ilícita continua a ser praticada, evidenciando principalmente falta de responsabilidade social — tão propalada pelas empresas em seus discursos — ao apropriar-se de recursos humanos para provimento irregular de mão de obra, com supressão de direitos.

Embora a jurisprudência dominante no TRT5 e certamente nos demais TRTs, demonstre o entendimento majoritário, no sentido de reconhecer como falsas as cooperativas de trabalho que atuam como meras intermediárias de mão de obra, uma vez constatada fraude na aplicação dos direitos trabalhistas, descaracterizando tais cooperativas e reconhecendo a existência de relação de emprego entre o trabalhador e a empresa tomadora dos serviços, responsabilizando, solidária ou subsidiariamente, as cooperativas contratantes, Muitas empresas ainda decidem deliberadamente descumprir a Lei, assumindo o risco futuro de possíveis condenações trabalhistas, que certamente é menor do que observar a legislação trabalhista.

5. Considerações finais

Como visto, o mundo do trabalho, em razão de uma nova lógica de acumulação adotada pelo capital, manifestada através de práticas neoliberais, passou por intensas transformações no final do século XX.

Estratégias de flexibilização e desregulamentação do mercado de trabalho, utilizadas pelo capital, na qual a terceirização é uma de suas características mais marcantes, continua ocorrendo nas mais diversas áreas e segmentos do mercado, fazendo surgir novas formas de precarização e desvalorização da força de trabalho.

Assim, buscou-se analisar as explicações e tendências de flexibilização das relações de emprego, tomando-se como parâmetro o grave problema dos trabalhadores falsamente “cooperados” e a atuação do Judiciário Trabalhista em Salvador-BA.

Apresentou-se os resultados da pesquisa relativa a fraude na intermediação de mão de obra através de falsas cooperativas, realizada junto ao Tribunal do Trabalho da 5ª Região — Salvador-BA, verificando-se, a partir dos processos examinados e dos dados levantados, que as ações judiciais e suas decisões, refletem o contexto histórico sócio-econômico do país, suas relações sociais e no caso, as consequências para os trabalhadores, do fenômeno da precarização das relações de emprego, através de falsas terceirizações via cooperativas no âmbito jurídico-trabalhista.

Os resultados encontrados corroboram os argumentos até aqui expendidos: arregimentar mão de obra sem proteção social, sob o manto do falso cooperativismo, fazendo o trabalhador renunciar a direitos sabidamente irrenunciáveis, é um retrocesso histórico aos avanços conseguidos pelo Direito do Trabalho.

Ao deixar-se de buscar o fim comum das cooperativas, como melhoria das condições de trabalho e remuneração sem a intervenção do empregador, exacerbou-se as já precarizadas relações de emprego, aumentando o número de trabalhadores sem proteção social.

A análise das decisões nos diversos graus de jurisdição, possibilita, também, uma compreensão da importância do Poder Judiciário diante do fenômeno da terceirização de mão de obra, confirmando as hipóteses levantadas, de que a prática desenfreada da intermediação de mão de obra, fez surgir inúmeras empresas, com o único objetivo de fraudar verdadeiras relações de emprego e justificam as afirmações, no sentido de que o capitalismo vai modificando suas regras de acordo com as necessidades de se adequar a realidade, sempre em busca do menor custo e maior lucro, e ainda, que essas fraudes vêm sendo firmemente combatida pelo Judiciário Trabalhista.

A tendência do Judiciário Trabalhista Baiano pode ser constatada, assim, através de sentenças e acórdãos que contêm fundamentos semelhantes: invocam a fraude e tentativa de

burla da legislação trabalhista analisando a natureza subordinada dos serviços prestados pelos trabalhadores, reconhecendo a condição de empregados destes, afastando a incidência do parágrafo único do art. 442 da CLT.

Não é demais salientar, que o valor do trabalho é um dos mais protegidos pela Constituição Federal, juntamente com a liberdade. O trabalho é inserido dentre os princípios fundamentais do Estado Brasileiro.

Assim, considerando que direitos fundamentais são irrenunciáveis e portanto não sujeitos à negociação, o direito ao trabalho digno, formal, há que ser cada vez mais protegido, jamais flexibilizado.

Enfim, para que se possa proteger os trabalhadores, sem deixar de reconhecer a terceirização de serviços, hoje uma realidade, o ordenamento jurídico deve simplesmente voltar a aplicar o art. 2º da CLT, que dispõe ser empregador, a empresa que assume os riscos da atividade econômica, sendo de fácil constatação, que a empresa prestadora de serviços não assume qualquer risco relativo à produção.

Portanto, a terceirização apenas deve ser permitida, na hipótese em que a prestadora possua atividade empresarial especializada de serviços que não sejam indispensáveis e/ou permanentes ao desenvolvimento da atividade produtiva da empresa tomadora.

Do contrário, deve-se inserir o prestador de serviços no conceito de empregado da tomadora, conferindo-lhe logicamente mais proteção, dispensando-se assim a caracterização da chamada subordinação direta, até porque a empresa prestadora, com o objetivo de fraudar a legislação, disponibiliza representantes para o local de prestação de serviços, apenas para mascarar uma suposta subordinação aos mesmo, por exemplo, em relação ao controle de horário do trabalhador, simulando uma ausência de subordinação em relação a empresa tomadora.⁽⁸⁾

(8) A subordinação jurídica é um aspecto importante a ser analisado pelos julgadores, pois indispensável para a configuração da relação de emprego. Delgado (2008)

A entender-se o contrário, estar-se-ia reconhecendo uma legalização da piora das condições de trabalho dos empregados, notadamente com a redução de salários, aniquilando a história de conquistas da classe trabalhadora.

Vale lembrar o saudoso Professor Calmon de Passos, naquela que foi uma de suas últimas conferências acerca do Direito do Trabalho, que muito pode não figurar em nenhum de seus livros ou artigo, mas que ficou gravada na memória da autora, no sentido de que uma vez que vivemos num Estado Capitalista e a CLT regula a exploração da força de trabalho pelo capital, que pelo menos sejam respeitados os limites legais dessa exploração.

Ante o exposto, pode-se afirmar, que a expansão de verdadeiras cooperativas, bem como de verdadeiros contratos de trabalho, pressupõem medidas que demandem ações do Estado, a fim de que seja exigida a observância de normas legais fundadas na proteção social, através de fiscalização e aplicação de penalidades mais rigorosas aos infratores.

Cabe destacar neste aspecto que a Justiça do Trabalho vem sendo o principal meio de solução destes conflitos, ante a omissão e ineficiência do Estado e por isso mesmo há limitações em responder de modo mais efetivo às postulações dos trabalhadores, muito embora ainda constitua o único meio de resolução de conflitos dessa natureza.

Assim, sem pretensão de esgotar o assunto, espera-se, a partir da dimensão do quadro atual, ter proporcionado aos operadores de direito, sociólogos, dentre outros profissionais, um maior conhecimento do nível das fraudes praticadas contra os direitos trabalhistas, esperando que num futuro próximo, possam existir mecanismos mais eficazes para coibir a prática de tais fraudes, eliminando-se as “terceirizações

define a subordinação como uma limitação na autonomia de vontade do empregado, por força de um contrato de emprego, transferindo-se ao empregador o poder diretivo sobre as atividades desempenhadas pelo primeiro.

fictícias” e fraudulentas, que diluem e negam direitos.

6. Referências bibliográficas

ANTUNES, R. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2001.

_____. Riqueza e miséria do trabalho no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2006.

_____. “Adeus ao trabalho?” Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

BECK, U. *Un nuevo mundo feliz*: la precariedad del trabajo en la era de la globalización. Espanha: Paidós Ibérica, 2007.

BENSUSÁN, G. (Coord.). *Instituições trabalhistas na América Latina*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BEVILACQUA, C. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1908.

BORGES, A. O trabalho e os trabalhadores depois da reestruturação produtiva. In: *Caderno do CEAS*, Salvador, Centro de Estudos e Ação Social, n. 220, 2005.

BORGES, A; DRUCK, G. Crise global, terceirização e a exclusão do mundo do trabalho. In: *Caderno CRH 19*, Salvador, 1993.

BOURDIEU, P. A dupla verdade do trabalho. In: BOURDIEU, P. (Org.). *Meditações pascalianas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. p. 247-251.

_____. *O poder simbólico*. 2005.

_____. *Contrafogos*: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BULGARELLI, V. *As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. *Caderno CRH 19*, jul./dez. 93.

Caderno CRH 20, jan./jun. 94.

CARDOSO, A; LAGE, T. *As normas e os fatos*. São Paulo: FGV, 2007.

CARELLI, R.. *Escola Superior do Ministério Público da União*.

CENTRO DE ESTUDOS DIREITO E SOCIEDADE — IUPERJ. Rio de Janeiro, dez. 2006.

CARRION, V. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTEL, R. *As metamorfoses da questão social*: uma crônica do salário. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

CASTRO, P. *Sociologia do trabalho*: clássica e contemporânea. Niterói: EDUFF, 2003.

CRUZ, P. *A filosofia cooperativista e o cooperativismo no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: COP Editora, 2002. p. 111.

DAGNINO, E; OLIVEIRA, A; (Orgs.). *A disputa pela construção democrática da América Latina*. São Paulo: Paz e Terra — Unicamp, 2006.

DELGADO, M. *Introdução ao direito do trabalho*. 2 ed. São Paulo, LTr, 1999.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 302.

DRUCK, G. Flexibilização e precarização: formas contemporâneas de dominação do trabalho. In: *CRH*, n. 37, jul./dez. 2002.

DRUCK, G; FRANCO, T. (Orgs.). *Perda da razão social do trabalho*. Boitempo, 2007.

FERNANDES, F. *A revolução burguesa no Brasil*. 5 ed. São Paulo: Globo, 2006.

FERRARI, I. *Cooperativas de trabalho*: existência legal. 2 ed. São Paulo: Letras, 2002. p. 185.

GAGLIANO P; PAMPLONA.R. *Novo curso de direito civil* — teoria geral dos contratos. v. IV, tomo 01.

GALVÃO, A. *Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 2007.

GOMES, A. *A invenção do trabalhismo*. 3 ed. São Paulo: FGV, 2005.

HARVEY, D. *A condição pós-moderna*: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Loyola, 1992.

HIRATA, H. Os mundos do trabalho: convergência e diversidade num contexto de mudança de paradigmas produtivos. In: *Empregabilidade e educação*: novos caminhos no mundo do trabalho. São Paulo: EDUC, 1997.

_____. *Sobre o modelo japonês*: automotização. Novas formas de organização e de relações de trabalho. São Paulo: Edusp, 1993.

IAMAMOTO, M. *O serviço social na contemporaneidade*: dimensões históricas, teóricas e ético-políticas. Fortaleza: CRESS-CE, Debate n. 6, 1997.

LEITE, P. *Revista Anamatra*, 10, 2007.

LEVENHAGEM, A; FILHO, I. 90ª Conferência Internacional de Trabalho: Relatório de Participação — Cooperativas de Trabalho. In: *Revista LTr*, ano 66, n. 8, p. 922-926, ago. 2002.

- LIMA, E. Toyota: A inspiração japonesa e os caminhos do consentimento. In: LUCENA, C. *Tempos de destruição: educação, trabalho e indústria do petróleo*. Campinas: Autores Associados, 2004.
- LIMA, J. O trabalho autogestionário em cooperativas de produção: o paradigma revisitado. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 19, n. 56, out. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>.
- _____. *Ligações perigosas*. São Paulo: Anna-blume. 2008.
- MANUAL DE COOPERATIVAS, Brasília-DF: Ministério do Trabalho e Emprego, SIT, 2000.
- MARANHÃO, D. *Direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Editora da Fundação Getúlio Vargas.
- MARANHÃO, D; VIANNA, S; TEIXEIRA, L. *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- MARSHALL, T. (1893-1981). Cidadania e classe social. In: *Leituras sobre cidadania*, Senado Federal, MCT/CEE, Brasília, 2002, Editora Zahar, Rio de Janeiro, 1967. Editor: Senado Federal/Ministério da Ciência e Tecnologia – CEE Ano: 2002.
- MARX, K. *O capital*. Livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.
- MATTOSO, J; POCHMANN, M. *Respostas sindicais à globalização: o caso brasileiro*. Campinas: [s.n.], 1999. (mimeo).
- MENEZES, C. A fraude na formação do contrato de trabalho: terceirização e cooperativas de mão de obra. In: *Justiça do Trabalho*, RS, ano 18, n. 213, set. 2001.
- MÉSZÁROS, I. *Desemprego e precarização: um grande desafio para a esquerda*. Disponível em: <http://resistir.info/crise/desemprego_precarizacao.html>.
- NER, A. *Revista Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo*, ano 2, n. 4, dez. 2008/jan. 2009, p. 16.
- OCB (Organização do Cooperativismo no Brasil). Brasília: OCB/DETEC/Banco de Dados. Disponível em: <<http://www.ocesp.org.br/jnoticias.htm>> Acesso em: 2001.
- OFFE, C. *Capitalismo desorganizado*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- PAMPLONA, R. *Cooperativismo e direito do trabalho*, 1998.
- POLANYI, K. *A grande transformação*. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- REVISTA ANAMATRA — REVISTA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO, ano XIV, n. 57, maio 2009.
- REVISTA ALJT — ASOCIACION LATINO-AMERICANA DE JUECES DEL TRABAJO, ano 2, n. 3, jun. 2008.
- _____, ano 2, n. 4, dez. 2008/jan. 2009.
- REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, jul. 2004.
- SADER, E; GENTILI, P. (Orgs.). *Pós-neoliberalismo II*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- SANTOS, B. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 4 ed. Portugal: Edições Afrontamento, 1995.
- SANTOS, B. (Org.). *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- _____. *Para uma revolução democrática de justiça*. 2. ed. Cortez, 2008.
- SANTOS, M. *Por uma outra globalização*. 13. ed. São Paulo: Record, 2006.
- _____. *As artimanhas da flexibilização: o trabalho terceirizado em cooperativas de produção*. São Paulo: Terceira Margem, 2002.
- _____. Trabalho e novas sociabilidades. In: *Caderno CRH*, Salvador, v. 17, n. 41, p. 167-171, maio/ago. 2004.
- _____. Trabalho, autogestão e mercado. In: *Caderno CRH*, Salvador, v. 19, n. 46, p. 97-110, jan./abr. 2006.
- SCHUMPETER, J. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. 1975. p. 82-83.
- SINGER, P. *Economia política do trabalho*. São Paulo: HUCITEC, 1997.
- SINGER, P; SOUZA, A. (Orgs.). *A economia solidária no Brasil: a autogestão como resposta ao desemprego*. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2003.
- SÜSSEKIND, A; MARANHÃO, D; VIANNA, S; TEIXEIRA, L; TEIXEIRA, J. *Instituições de direito do trabalho*. 19 ed. São Paulo: LTr, 2000. v. 01.
- THEBAUUD, DRUCK. *A perda da razão social do trabalho*. 2007.

TELES, V. Pobreza e cidadania: precariedade e condições de vida. In: *Diversidade e negociação no mundo do trabalho*. São Paulo: HUCITEC, 1994.

THOMÉ, G. Cooperativas de trabalho: opção de emprego. In: *Revista Jurídica da Universidade de França*, São Paulo, ano 3, n. 5, p. 120-131, nov. 2000.

VASAPOLLO, L. *O trabalho atípico e a precariedade*. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

_____. *Por uma política de classe: uma interpretação marxista do mundo globalizado*. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

VIZENTINI, P. *Dez anos que abalaram o século XX*. Porto Alegre: Leitura XXI, 1999.

Sites visitados

<<http://www.trt5.jus.br>>.

<<http://www.tst.gov.br>> Acesso em: maio 2009.

<<http://www.anamatra.org.br>> Acesso em: jul. 2009.

<<http://www.ilo.org>> Declaración: Junio del 2009. Acesso em: 13 out. 2009.

Ainda o contrato de experiência: sua cessação à luz dos princípios da conservação dos contratos e da boa-fé

Jólia Lucena da Rocha Melo^(*)

Resumo:

- ▶ O texto tem por fito a abordagem de aspectos controversos que rondam a contratação por experiência no direito trabalhista brasileiro, a partir da ideia de necessidade de cumprimento dos princípios da conservação dos contratos e da boa-fé, sobretudo com a adoção da motivação por ocasião das dispensas ao fim do período experimental. A partir da abordagem da natureza jurídica do contrato de experiência busca-se a demonstrar a diferenciação dos demais contratos a prazo certo por intermédio do elemento essencial atinente àquele: a prova de aptidões técnicas e comportamento do empregado. Ademais, sustenta-se a ausência do âmbito protecionista em dito contrato a prazo, vez que pautado em uma falsa democratização e em igualdade meramente formal. Este tipo de constatação, contudo, não é válida se não ultrapassar o campo do discurso para ocupar a realização prática positiva nas decisões judiciais, a partir de um comportamento imbricado em justiça, em efetiva consideração de que o ser humano não é mercadoria, sob pena de contínua precarização.

Palavras-Chave:

- ▶ Contratos — experiência — cessação — motivação — boa-fé — conservação — precarização.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Um breve retorno à classificação dos contratos trabalhistas
 - ▶ 2.1. Os contratos de experiência: significado, natureza jurídica e peculiaridade
- ▶ 3. Os contratos de experiência e a “mutualidade de análises”
- ▶ 4. Ainda a questão da escolha
- ▶ 5. “Diferença” entre contratos de experiência e demais contratos a prazo determinado e o princípio da boa-fé: duas questões fulcrais
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Juíza do Trabalho Substituta da 21ª Região. Mestranda em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP).

1. Introdução

Centrado que o Direito do Trabalho se faz no princípio da continuidade, é natural que se confira um maior zelo quando do trato das questões que se voltam aos contratos de trabalho a prazo indeterminado, o que se observa no tocante a maior segurança que se confere em face das dispensas unilaterais pela própria Organização Internacional do Trabalho (Convenção n. 158) e do reflexo deste tratamento diferenciado também no seio do ordenamento jurídico pátrio.

A literatura jurídica também não dissente do anotado. Os escritos sobre a cessação dos contratos de trabalho a prazo indeterminado superam em número considerável o espaço que se encarta o fenômeno de cessação dos contratos a prazo determinado.

É que imaginados em seu ideal, os contratos a prazo determinado tem a cessação efetivada a partir da satisfação das condições inicialmente acordadas: atingimento do prazo, feitura da obra ou da tarefa. Em outras palavras, a cessação idealizada ocorre de forma normal.

Nesse sentido, anota Délio Maranhão que enquanto o contrato a prazo determinado, excepcional, se extingue de modo normal, o contrato a prazo indeterminado, “tem um sentido normal, que lhe é próprio, de duração, de permanência. Sua execução é continuada. Seus objetivos não têm limitação temporal, perduram. A extinção, portanto, do contrato sem prazo é sempre anormal (...)”⁽¹⁾.

E não se encontra de todo equivocada a literatura jurídica neste tocante, até porque em não se perfazendo o contrato a prazo determinado, modo geral, da forma tal qual acertada quanto ao seu término, o princípio da conservação dos contratos, exercendo o seu papel, conduz a

transformação do contrato a prazo determinado em contrato a prazo indeterminado⁽²⁾.

Nesta esteira, entretanto, não se pode olvidar a realidade um tanto distinta aos contratos de experiência, haja vista apesar de conduzidos sob a égide de contratos a prazo determinado, possuírem a característica peculiar de modificação de sua classificação a partir de dois condicionantes que devem agir simultaneamente: (não) atingimento das expectativas e atingimento do prazo experimental.

Entretanto, além de não ter sido esta a dicção do direito positivo aplicável à matéria, a atual situação globalizada vem fazendo deste tipo contratual campo cada vez mais fértil a precarização dos contratos de trabalho⁽³⁾.

É mais uma vez nesta arena dos embates do capital e trabalho que se firma a necessidade de uma atuação mais enérgica do Direito do Trabalho em sua função precípua de equilibrar tal relacionamento.

2. Um breve retorno à classificação dos contratos trabalhistas

O princípio da continuidade dos contratos trabalhistas é inserto como propiciador das classificações diferenciadas dos contratos. Na lição de Amauri Mascaro Nascimento:

(...) o direito do trabalho conhece contratos por tempo indeterminado e contratos a prazo certo, e a diferença entre ambos está na preexistência ou não de um termo final ajustado entre as partes já por ocasião da formação do contrato. Assim, quando esse termo é estabelecido pelos contratantes, a relação jurídica é a prazo certo, e em caso contrário é a tempo indeterminado⁽⁴⁾.

(1) SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. v. 1. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 562.

(2) Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 613-622.

(3) Cf. trabalho nosso ROCHA, Jólí Lucena da. Precarização dos direitos trabalhistas: análise crítica da legislação pró-capital. In: *Revista da ESMAT* 13, João Pessoa, ano 2, n. 2, p. 392-428, nov. 2009. ISSN 1983-3830.

(4) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 613.

Pela via do princípio da continuidade, o contrato por tempo indeterminado se estabelece como regra nos ordenamentos jurídicos trabalhistas em geral, sendo, inclusive, o tipo promovido pela Organização Internacional do Trabalho, consoante se observa no teor da sua Recomendação n. 166, no sentido de limitar a previsão de contratos a prazo determinados aos casos em que o ajuste seja motivado pela essência do trabalho ou pelas condições a serem realizadas ou em razão dos interesses do trabalhador.

Neste sentido, centra-se o princípio da continuidade como o primeiro limite imposto à contratação com prazo final estabelecido.

Entretanto, não poderia a Organização Internacional do Trabalho recomendar, de forma absoluta, a adoção do princípio da continuidade dos contratos trabalhistas, haja vista a necessária flexibilidade que deve rondar as normas internacionais, sob pena dos Estados não se inclinarem ao seu cumprimento, sobretudo, diante da vertente capitalista excludente que cada vez mais se robustece.

Deste modo, as exceções ao princípio da continuidade se revestem através dos contratos a prazo determinado, os quais se identificam, segundo o ordenamento jurídico pátrio, em: a) contrato a prazo determinado previsto pela CLT — cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada, desde que: o serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, as atividades empresariais sejam de caráter transitório ou se trate de contrato de experiência (§§ 1º e 2º do art. 433 da CLT); b) contrato a prazo determinado previsto pela Lei n. 9.601/1998; c) contrato de trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974); e, d) contrato de trabalho por obra certa (Lei n. 2.959/1956).

Preconizou o legislador que todos guardam em identidade o conhecimento, pelas partes, do termo final do contrato (exato ou aproximado)

já no momento de seu limiar. Contudo, no tocante aos contratos de experiência, ao assim enquadrá-lo, procedeu o legislador a uma presunção maléfica de inaptidão do trabalhador, conforme se verifica sequencialmente.

2.1. Os contratos de experiência: significado, natureza jurídica e particularidade

São os contratos de experiência, como já se fez anotar, consubstanciados, pela legislação, como tipo de contrato a prazo determinado pela legislação, consoante se verifica da dicção do § 1º do art. 443 da CLT, fato que leva grande parte da literatura jurídica a tomá-lo como contrato de natureza especial por distinto dos demais contratos a prazo determinado. Neste sentido se posiciona, exemplificativamente, Alice Monteiro de Barros⁽⁵⁾.

Outras teorias, além da referente ao contrato especial, são aventadas quando o assunto é a natureza jurídica dos contratos de experiência, a exemplo da teoria do contrato preliminar, da teoria do contrato pendente de condição resolutiva (prazo e avaliação negativa) e a teoria unitária dos contratos.

Pela teoria do contrato preliminar, o contrato de experiência se perfaria em contrato anterior a um contrato principal de emprego que seria realizado posteriormente, o que não coaduna com a realidade, tendo em vista que pela técnica de conservação dos contratos (com a transmutação de contrato de experiência em contrato a prazo indeterminado, de forma única, sem prejuízo do período anterior).

Contrapondo-se diretamente à teoria do contrato preliminar apresenta-se a teoria unitária dos contratos, utilizando-se justamente em sua argumentação da crítica lançada a teoria anteriormente anotada. Prega-se, nesta, que o essencial já se encontra no período de experiência⁽⁶⁾.

(5) Cf. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 455-456.

(6) BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 456.

Por fim, há a teoria que vê o contrato de experiência como contrato de emprego pendente de condição resolutiva, *em caso da experiência se conferir de modo insatisfatório*, cuja defesa se encontra em Octavio Bueno Magano⁽⁷⁾, a qual nos filiamos.

É que o contrato de experiência além de se diferenciar dos contratos a prazo indeterminado, diferencia-se também dos demais tipos de contrato a prazo determinado justamente em um ponto essencial.

Enquanto os demais contratos a prazo determinado se enquadram na determinação exata ou aproximada do seu término, os contratos de experiência têm por essência a potencial determinação em caso de insucesso da experiência. Esta potencialidade não existe essencialmente nos demais contratos a prazo determinado, e é responsável por fazer este diferenciado tipo contratual oscilar entre os contratos a prazo determinado e a prazo indeterminado, conforme preconiza o princípio da conservação dos contratos.

É bem verdade que os demais contratos a prazo determinado podem transmutar-se em contratos a prazo indeterminado em caso de ilicitudes, o que se observa no não cumprimento do termo final especificado inicialmente. Entretanto, o que os diferencia do contrato de experiência é que neste o princípio da conservação não atua ante a ilicitude, como faz nos anteriores, mas decorre de ato efetivamente lícito e desejável, o sucesso da experiência.

Assim sendo, consubstancia-se o contrato de experiência como um contrato especial distinto dos demais contratos a prazo determinado pelo seu traço marcante da tão só *potencialidade de termo final* em data prevista inicialmente, marca esta que se imprime pela essência experimental firmada em seu trato.

3. Os contratos de experiência e "a mutualidade de análises"

Em meio ao princípio da continuidade preconizado no Direito do Trabalho, em sua função

(7) Cf. MAGANO, Octavio Bueno. *Contrato de prazo determinado*. São Paulo: Saraiva: 1984. p. 51.

protetiva em relação ao empregado, é de se mencionar que os contratos de experiência se apresentam como meras exceções, justificadas pela essência experimental, devendo ser observado da forma mais consentânea possível com a proteção do empregado, pelo que se constata que se costuma assentar que a experiência é mútua: do empregado e do empregador, vez que de outra forma fosse (com experiência apenas a favor do empregador) razão não haveria para a sua concepção diferenciada.

Não são raras, para não dizer excessivas, as abordagens conceituais dos contratos de experiência que cominam a estes uma feição de democracia econômico-trabalhista, na qual tanto o empregador quanto o empregado se examinam, o primeiro quanto a aptidões técnicas e comportamento do empregado e este quanto às condições de trabalho⁽⁸⁾.

Contudo, na relação assimétrica ainda hoje apresentada no enfoque trabalhista, não se verifica, no plano real, a mutualidade quanto à mencionada experiência⁽⁹⁾.

No cotidiano, nunca presenciei fato de que tenha surgido do empregado a intenção primeira de ser contratado experimentalmente e não a guisa de contrato a prazo indeterminado. Em que a "opção" pelo contrato de experiência beneficiaria ao empregado? O que o levaria a uma tendência pelo tipo diferenciado que o conduziria, certamente, ao desemprego, em razão de no máximo três meses?

Seria a resposta o fato de que o trabalhador receberia, ao final dos três meses, em não desejando permanecer, o 13º salário proporcional que não receberia em caso de pedido de demissão no contrato a prazo indeterminado e

(8) Alice Monteiro de Barros, a exemplo, afirma: "O contrato de experiência é modalidade de ajuste a termo, de curta duração, que propicia às partes um avaliação subjetiva *recíproca* (...)" (sem grifos no original). (BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 455).

(9) Cf. ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. O contrato de experiência. In: BARROS, Alice Monteiro de (Org.). *Curso de direito do trabalho*. Estudos em memória de Célio Goyatá. v. 1, 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

o cumprimento que teria que prestar quanto ao aviso prévio?

Não parece ser a resposta que mais coaduna com a realidade, eis que dificilmente um trabalhador ingressaria numa relação de emprego já pensando em pedir demissão e contabilizando o que seria melhor: se por fim a relação em um contrato de experiência pelo seu simples atingimento de termo final ou se por fim através do pedido de demissão num contrato a prazo indeterminado.

A situação do empregado, de uma forma geral, será a mesma em desistindo da continuação de um contrato de experiência ou de um contrato a prazo indeterminado: deixará de receber os títulos autorizadores da dispensa pelo empregador. De outra mão, quando é o empregador que apresenta sua vontade de rescisão, num contrato a prazo indeterminado, terá que arcar com o pagamento dos títulos autorizadores de mencionada rescisão, ao passo que num contrato de experiência, a própria legislação já traduz a vontade do empregador como permitida pelo Estado, sem necessidade de qualquer outra verba autorizadora.

A matemática de custos, neste caso, é mais afeta à empresa, a qual parece contabilizar o não pagamento de aviso prévio e o não depósito da multa fundiária, caso simplesmente não queira que perdure a relação com aquele trabalhador.

Ainda neste âmbito de assimetria da relação empregatícia, há de se anotar que o empregado, ao se submeter a um contrato nessas condições, por si só já precarizantes, de saber que será testado por certo período e que poderá ser descartado ao fim deste, certamente não se enviaidece da sua suposta opção de poder resilir o contrato caso “as condições de trabalho” não sejam consentâneas ao ansiado.

A rescisão por parte do empregado existe a todo e qualquer momento, qualquer que seja o tipo de contrato. Deste modo, não se pode, a guisa de demonstrar benefício ao trabalhador, aduzir que este teria, no prazo do contrato de

experiência, tempo para analisar as condições de trabalho. Este tempo ele tem não só no contrato de experiência, mas em todo o decorrer de qualquer tipo de contrato.

4. Ainda a questão da escolha

A preocupação trazida pelas dispensas sem justa causa e arbitrárias, propiciadas pelos empregadores no contrato a prazo indeterminado, insere-se como uma constante, não só no direito pátrio, mas em todos os ordenamentos jurídicos, uma vez que tais dispensas representam a base potencializadora da sujeição do empregado, com vilipêndio da dignidade da pessoa humana.

É que em se aceitar a rescisão unilateral em um ordenamento jurídico, sem quaisquer motivações, pelo empregador, agrava-se a desigualdade entre as partes do contrato de emprego. O empregado se encontra ainda mais vulnerável por, a qualquer tempo, poder adquirir o status de desempregado.

Nos contratos de experiência não há qualquer diferença nesta perspectiva de vulnerabilidade. Por outro lado, em verdade, a submissão de um empregado a um contrato de experiência, apresentado em nas condições anteriormente anotadas, se confere em virtude da sua própria situação de desamparo.

Não se trata de uma questão de escolha, pois o referido empregado não tem quaisquer condições de nada escolher: ou se emprega, precariamente, e tenta a sorte de uma continuidade do vínculo ou continua ao alvedrio do acaso na busca de outras e outras “oportunidades” de emprego.

Em sintonia perfeita à sorte dos trabalhadores, Amartya Sen discorre sobre a pobreza como privação de capacidades ao invés de meramente critério tradicional de identificação de pobreza. E nesse contexto anota:

Há provas abundantes de que o desemprego tem efeitos abrangentes além da perda da renda, como o dano psicológico, perda da motivação para o trabalho, perda da habilidade

e autoconfiança, aumento de doenças e morbidez (e até mesmo taxas de mortalidade), perturbação das relações familiares e da vida social, intensificação da exclusão social e acentuação de tensões raciais e das assimetrias entre os sexos⁽¹⁰⁾.

Figurado referido quadro, infrutífero questionar que opção tem o trabalhador entre escolher por um precário contrato de experiência e padecer no desemprego.

Memorável a lição de Márcio Túlio Viana: “enquanto a empresa pode escolher um empregado entre mil, o empregado só encontra uma empresa, entre mil, que lhe oferece um posto de trabalho. Assim, é ele, e não ela, que está sob sujeição”.⁽¹¹⁾

Em que pese os entendimentos contrários de parte de expositores da literatura jurídica, o contrato de experiência se presta tão somente ao empregador que examinará a aptidão técnica e o comportamento do empregado. No que diz respeito ao possível exame de condições de trabalho a ser feito pelo empregado, resta sufocado diante da situação de submissão e de necessidade premente com a qual se depara o trabalhador.

Neste sentido, questiona-se: quantas vezes se teve notícia de termos de ajuste de conduta, ações civis públicas, dentre outras, concernentes ao meio ambiente laboral? Esse questionamento simplório já é o suficiente para observar o esmaecer de qualquer exame de condições de trabalho por força do recém contratado a título precário. No mais, em desistindo o trabalhador da continuidade com um contrato a prazo indeterminado em virtude das condições de trabalho, fato este que dificilmente se concretiza, somente o próprio empregado será prejudicado

ao continuar na cadeia do desemprego, apenas, mais uma vez, fazendo atingir os objetivos do empregador quanto ao menor custo na produção.

Urge, assim, resgatarmos o Direito do Trabalho, em sua essência, e pensarmos tais problemáticas mais pelo lado do ser humano e de sua exclusão, via técnicas como estas do contrato de experiência como atualmente tomado, que propriamente pelas compensações pecuniárias sempre presentes.

Não se deve aceitar o argumento de que através deste tipo de contrato o empregado examina as condições de trabalho quando este não está em posição de fazê-lo. Sem possibilidade de escolher, não há de se falar em escolhas válidas. Trata-se, mais uma vez, de um artifício de falsa democracia e igualdade formal, onde na realidade apenas a força do capital serve.

5. “Diferença” entre contratos de experiência e demais contratos a prazo determinado e o princípio da boa fé: duas questões fulcrais

Ultrapassando as questões intrincadas acerca da experiência como objeto promotor da escolha do empregado na continuidade da relação empregatícia, passa-se ao exame de dois espeques basilares quanto a tais contratos: sua análise sob o prisma da conservação dos contratos e da boa-fé.

O contrato de experiência, atualmente, longe de se prestar a seu papel primário, é instrumento de aniquilamento de direitos trabalhistas, uma vez que se desfaz como mero contrato a prazo determinado, com o diferencial de se dar por um tempo de no máximo noventa dias, não poder ser renovado nos mesmos termos e, observe-se, poder ser produzido em toda e qualquer situação laboral⁽¹²⁾.

(10) SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 117.

(11) VIANA, Márcio Túlio. *Acesso ao emprego e atestado de bons antecedentes*. 25.9.2006. Disponível em: <<http://www.amatra23.org.br/artigos/artigo.asp?cod=3>> Acesso em: 2 fev. 2009.

(12) Distingue-se nesse ponto dos demais contratos a prazo determinado, os quais exigem alguma particular necessidade de ser o contrato assim firmado, uma vez que a imperiosidade jurídica é dos contratos contínuos. Observe-se ser a orientação da jurisprudência majoritária do TST a indistinação das atividades submetidas

Servisse a seu propósito idealizado, razão não haveria a criticar a possibilidade dos contratos de experiência poderem se prestar a todo e qualquer tipo de atividade. Contudo, o legislador parece ter apenas se preocupado com a motivação no termo *a quo* do pacto, em outras palavras, apenas exigiu a motivação para o início do contrato de experiência, facilitando o empresariado a proceder ao exame preliminar das atividades de um empregado. De forma intrigante, nada se buscou com o fito de impedir seu uso indiscriminado na análise do termo final do pacto, passando-se a entender, em mais uma séria constatação de concretização das vontades capitalistas, que o simples exaurimento do termo, diga-se o mero perpassar do prazo determinado sem qualquer justificativa, sem continuação de labor por parte do empregado, implica em dizer da não satisfação com os serviços deste.

Não se tem a exigência de qualquer constatação da não serventia da mão de obra do indivíduo contratado a título de experiência. Usando mão de seu histórico poder de mando, o empregador simplesmente descarta o empregado depois de passado o prazo de experiência, ao mesmo passo que sem qualquer cerimônia já passa a um novo contrato de experiência com um segundo empregado, que fatalmente, no mais das vezes, terá repetido o destino do anterior. Temos, então, mais uma técnica capitalista de redução de custos e aumento de lucros, uma vez que o recém contratado dará sempre mais que o seu melhor, nos curtos dias que o aguardam, com o sonho de sua atividade ser bem conceituada no contrato experimental e se vê ingressando nos quadros empresariais.

É neste ponto que se permeia a questão da boa fé no contrato de experiência, enfocando-se

a este tipo de pacto: "Contrato de experiência. Caracterização. O contrato de experiência não impõe que a atividade profissional a ser desenvolvida seja de natureza técnica, especializada. Recurso desprovido". (TST – E-RR-4221/90.8 – Ac. SDI – 1.462/92. Rel.: Min. José Calixto – DJU 21.8.1990, p. 12.901. FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Julgados trabalhistas selecionados*. vol. II. São Paulo: LTr, 1993. p. 203).

tanto na seara coletiva, como exemplificado, quanto em seara individual.

Além da ausência de normativa específica condizente ao contrato de experiência, de forma a salvaguardar o trabalhador submetido a tal condição de incerteza (pois o melhor que fizer não será ainda suficiente, já que as razões são desconhecidas), se olvida da utilização do mecanismo tão claro a serviço da dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais: o princípio da boa-fé objetiva, aplicado supletivamente ao direito do trabalho, por autorização expressa da CLT — art. 8º, parágrafo único.

Entrelaça-se o princípio da boa-fé com a questão de confiança, devendo se ter por certo que a boa-fé há de ser pressuposto essencial a todo o contrato, do início ao fim e, inclusive, nos períodos pré e pós contratuais. Em lição de Menezes Cordeiro:

Nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carregam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja projecção transcende o campo civil⁽¹³⁾.

Nesse âmbito, a boa-fé deve perdurar do início ao fim do contrato, sobretudo, no que toca aos pontos centrais do pacto.

Assim, se no limiar do pacto de experiência tem-se por certo o objetivo contratual (aptidão técnica, comportamento e até mesmo, para quem insiste em acreditar, análise das condições de trabalho pelo empregado), ao final do prazo (e não do pacto), exigível se faz a observação do resultado: as condições de trabalho são satisfatórias? O empregado possui efetivamente aptidão técnica para o desempenho das atividades? Possui o empregado algum desvio de comportamento no que tange ao emprego?

(13) CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1.250.

Imprescindível assim, sob a ótica da boa-fé⁽¹⁴⁾, que o empregado seja informado qual dos requisitos necessários à continuação do pacto não foi implementado, sob pena do arbítrio atuar.

Quem se submete a um exame, qualquer que seja, por óbvio quer saber não só do seu resultado, mas também como se chegou até mencionado resultado, seja para melhorar numa oportunidade futura em uma outra empresa, seja para ter a possibilidade de justificar eventual equívoco. Em não sendo assim, com pauta na dignidade da pessoa humana, por não poder ser o homem tratado como mercadoria e pela boa-fé objetiva que deve circundar não apenas o início do pacto, há de se entender como abusiva a rescisão operada.

É que os contratos de experiência inspiram, para o trabalhador, a expectativa de continuidade em caso de êxito na experiência. Contudo, da forma como se está a fazer, se opera de forma legitimada pelas interpretações dissonantes ao ferimento de deveres de informação e sobretudo a fórmulas precarizantes da prestação do trabalho.

Em outras palavras, se a regra é a proteção mediante o princípio da continuidade, com contrato a prazo indeterminado, e o fim do Direito do Trabalho é primar pela dignidade do trabalhador: o contrato de experiência, nos moldes de desnecessidade de justificativa resilitória, é verdadeiro instrumento de vilipêndio aos direitos trabalhistas, tanto na ordem material como na ordem psíquica, ao contar com uma verdadeira rejeição si declarada por parte do empregador, vez que tal pacto se presta

a testar o empregado em sua aptidão técnica e seu comportamento.

O princípio da conservação dos contratos trabalhistas, até pelo seu teor de função social, é aplicável não apenas em relação aos contratos indeterminados, mas também em relação aos contratos a prazo determinado e, inclusive, quanto aos contratos de experiência, cada qual conforme os seus ditames.

A proteção à dispensa, àquela mesma preconizada com o intuito mor de salvaguarda a relação de emprego em seu âmago democrático, como pondera Antônio Álvares da Silva, vincula-se à noção de continuísmo, “sob o fundamento de que o posto de trabalho, o emprego, não é apenas o meio de subsistência do empregado, mas também um ponto de referência fundamental em sua vida, fator de equilíbrio psicológico e social”⁽¹⁵⁾.

Ora, não é porque o contrato já é de certo modo precarizado, vez que não a ele se aplica a ideia de continuidade em potencial aplicada aos contratos a prazo indeterminado, que deve ter afastada toda e qualquer proteção e a ideia de conservação contratual em seus moldes⁽¹⁶⁾.

Somente se faz possível identificar se houve ou não escorreta finalização do contrato de experiência, e se esta não se deu de modo fraudulento, se o motivo da não continuidade for exteriorizado pelo empregador.

A motivação, se por falta de aptidão técnica, se o comportamento não é consentâneo com o esperado, deve constar especificamente do momento do término do prazo de experiência, pois o tão só término deste não deve implicar, à luz dos princípios da boa-fé e da continuidade dos contratos, a cessação contratual. Serve, assim, a motivação deste ato como instrumento

(14) Em interessante e inovadora abordagem, a 2ª Turma do E. TRT da 9ª Região dispôs em aresto: “À semelhança do que se dá nas tratativas preliminares, em que se reconhece a responsabilidade pré-contratual permeada pelo princípio da boa-fé, também no contrato de experiência têm as partes o dever de lealdade e a consequente responsabilidade da parte que, depois de suscitar na outra a justa expectativa de celebração de um certo negócio, volta atrás e desiste de consumir a avença”. (TRT-PR-ROPS n. 1.234/2002. julgado em 8.4.03. Rel. Juíza Marlene T. Fuverki Sugumatsu).

(15) SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991. p. 61.

(16) Acerca da diferença do princípio da continuidade para o princípio de conservação dos contratos, cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, p. 613-622.

e pressuposto para a realização dos ditames do Direito do Trabalho em sua essência.

6. Considerações finais

O trabalho não é mercadoria, como em felicidade apregoa o Tratado de Versalhes, muito embora, no mais das vezes, a legislação reproduza, disfarçadamente, os anseios capitalistas e, à guisa do positivismo cego, a magistratura também o faça, em reflexo.

Devem os magistrados, chamando a si a responsabilidade, e arraigados no espírito constitucional e clarividente de humanismo, resgatar a função precípua do Direito do Trabalho, onde o homem, por valer mais que o dinheiro, não pode ser descartado sem quaisquer justificativas.

O contrato de experiência, por si só, é um verdadeiro ato atentatório ao princípio da proteção. Adicionado de desnecessidade de motivação quando do término do prazo firmado, a potencialidade da precarização se concretiza, passando o empresariado a ter em suas mãos um instrumento legalizado de descarte do ser humano.

A motivação deve ser sempre exigida, inclusive ao final dos contratos de experiência. Afigura-se como instrumento hábil a verificação do princípio da boa-fé e da conservação dos contratos. Sem aquela, não tem o trabalhador confiança na sua possível continuidade empregatícia, no seu papel de ser humano e, obviamente, confiança no Judiciário.

Exigi-la, mais que vinculação a uma determinada linha de pensamento acerca de natureza jurídica de institutos, é inspirar um ato de confiança do trabalhador à magistratura, e,

numa situação como a apresentada, quem sabe poderão destemidos, em face da ameaça, bradar que “*ainda existem juízes*” por aqui.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. O contrato de experiência. In: BARROS, Alice Monteiro de (Org.). *Curso de direito do trabalho*. Estudos em memória de Célio Goyatá. v. 1, 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. *Julgados trabalhistas selecionados*. v. II. São Paulo: LTr, 1993.

MAGANO, Octavio Bueno. *Contrato de prazo determinado*. São Paulo: Saraiva: 1984.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROCHA, Jólí Lucena da. Precarização dos direitos trabalhistas: análise crítica da legislação pró-capital. In: *Revista da ESMAT* 13, João Pessoa: ano 2, n. 2, p. 392-428, nov. 2009. ISSN 1983-3830.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. v. 1, 19. ed. São Paulo: LTr, 2000.

VIANA, Márcio Túlio. *Acesso ao emprego e atestado de bons antecedentes*. 25.9.2006. Disponível em: <<http://www.amatra23.org.br/artigos/artigo.asp?cod=3>> Acesso em: 2 fev. 2009.

A garantia do patrimônio mínimo na promoção do princípio da dignidade humana — uma análise garantista dos salários como meio de proteção do mínimo existencial

Joyceane Bezerra de Menezes^(*) e Laura Anísia Moreira de Sousa Pinto^(**)

Resumo:

- ▶ Trata de uma análise do patrimônio mínimo sustentando a possibilidade de penhorabilidade parcial do salário como forma de garantia de pagamento de crédito trabalhista alimentar, haja vista o entendimento de ser o salário instrumento de preservação de um patrimônio mínimo essencial à dignidade. Parte da análise do princípio da dignidade humana como princípio estruturante da ordem constitucional pátria. A eficácia desse princípio impõe a prestação e/ou tutela de condições materiais mínimas e indispensáveis. Nesse contexto, exsurge o patrimônio mínimo como uma parcela essencial ao desenvolvimento e auto-determinação da pessoa, merecendo a devida tutela jurídica em vários ramos do direito. A impenhorabilidade do salário é uma das possibilidades jurídicas de tutela desse patrimônio. Porém, para a proteção do mesmo fim, é razoável a penhora parcial de salário do empregador ou ex-empregador para garantia de pagamento de verba salarial do empregado ou ex-empregado.

Palavras-Chave:

- ▶ Patrimônio mínimo — princípio da dignidade da pessoa humana — proteção aos salários.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O princípio da dignidade da pessoa humana: uma visão na ordem jurídica brasileira
- ▶ 3. A teoria do patrimônio mínimo na promoção da dignidade humana
- ▶ 4. O conteúdo jurídico da teoria do patrimônio mínimo

(*) Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professora adjunto da Universidade Federal do Ceará – UFC. Professora adjunto do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, nas

disciplinas “Direito de Personalidade” e “Política Jurídica e Responsabilidade Civil”. E-mail: joyceane@unifor.br.

(**) Mestranda pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Juíza Federal do Trabalho da 7ª Região (TRT 7ª). E-mail: lauraanisia@yahoo.com.br.

- 5. A efetiva garantia ao patrimônio mínimo: sua efetivação através da proteção dos salários
- 6. Considerações finais
- 7. Referências bibliográficas

Abstract:

- This analysis of the heritage of a minimum in order to protect the attachment part of the salary as a guarantee of payment of labor food credit, given the understanding to be the salary of an instrument to preserve heritage minimum essential dignity. Part of the analysis of the principle of human dignity as a structuring principle of constitutional homeland. The efficacy of this principle requires the provision and / or protection of material conditions and essential requirements. In this context, exsurge the minimum net worth as part essential to the development of self and person, deserving the proper legal authority in several branches of law. The unseizability of salary is one of the legal possibilities for protecting this heritage. However, for the protection of the same order, it is the attachment part of salary the employer or former employer to guarantee the payment of money wage of the employee or former employee.

Keywords:

- Minimum heritage — principle of the human dignity — protection of wages.

1. Introdução

O sujeito de direitos é um ente físico ou moral capaz de ser titular de direitos e obrigações. É aquele que protagoniza relações jurídicas, podendo compor tanto o polo ativo quanto passivo em determinada relação jurídica.

A pessoa, enquanto sujeito de direito, é dotada de personalidade, um atributo que lhe permite compor relações jurídicas e reclamar a proteção jurisdicional, pleiteando a tutela efetiva perante o Estado-juiz. Amaral (2003. p. 220) já dizia que “a personalidade, mais do que a qualificação formal, é um valor jurídico que se conhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito.”

Mas a personalidade jurídica tem, atualmente, uma compreensão mais ampla, qual seja, a primazia da pessoa humana ancorada na afirmação da cidadania e da dignidade; deduzindo-se como um valor ético constitucionalmente positivado no princípio da dignidade humana e no

direito geral de liberdade. Desses princípios exsurge uma verdadeira cláusula geral de tutela à pessoa, cuja meta é a garantia da autodeterminação do sujeito.

Pela perspectiva da cláusula geral de tutela da pessoa, os direitos enunciados constitucionalmente ou arrolados pelo legislador infra-constitucional podem não ser suficientes para uma proteção plena e integral da pessoa em todas as vicissitudes e fases de sua existência. Demanda-se um esforço interpretativo e integrador a partir do diálogo entre os diversos princípios, visando um suporte apto a realizar essa proteção efetiva da pessoa, fim último dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

O objetivo do presente texto é afirmar que a autodeterminação da pessoa demanda a existência de um patrimônio mínimo. O homem que nasce tem somente o potencial para se autodeterminar, mas a sua formação como sujeito pensante, auto-criador, dependerá de um processo, que exige condições materiais

mínimas. Não sem razão, há autores que mencionam os direitos de personalidade sociais (SZANIAWSKI, 1993, p. 51), como verdadeiros suportes materiais à formação da personalidade.

E nesse aspecto é correto falar da necessidade de um patrimônio mínimo, como sendo uma parcela essencial do patrimônio de qualquer pessoa que deverá ser protegida contra a influência de quem quer que seja, eis que afetada para o atendimento de suas necessidades básicas. Com isso, funcionaliza-se o patrimônio, ou pelo menos parte dele, colocando-o como um meio de alcance da dignidade do seu titular. Embora o patrimônio não seja um atributo da personalidade, representa um substrato material, importante para a autodeterminação do sujeito. Nesse contexto, pode-se afirmar que “o patrimônio se converterá em nada mais do que um meio endereçado ao desenvolvimento integral da pessoa humana.” (FACHIN, 2006, p. 49).

Relacionando a garantia de um patrimônio mínimo à dignidade humana, percebe-se os principais fundamentos da teoria do “mínimo existencial”, cujo fundamento constitucional se extrai dos objetivos da República quanto à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades sociais; dos fins da ordem econômica, pautados na justiça social e na promoção da dignidade de todos. O patrimônio mínimo é um instrumento de fomento à cidadania, justificando-se como aquela parcela básica do patrimônio essencial ao atendimento das necessidades elementares da pessoa humana, do mínimo existencial.

Através do reconhecimento do direito a um patrimônio mínimo, institutos que dantes estavam unicamente voltados à garantia do crédito são renovados e utilizados na proteção da pessoa humana, com vistas a reconhecer, promover e desenvolver a sua dignidade. Dentre eles tem-se: a instituição dos bens de família (Lei n. 8.009/90 e arts. 1.711 e 1.712 do CC; a proteção dos efeitos da prodigalidade; a vedação da doação da totalidade do patrimônio, sem

que se resguarde um mínimo (art. 548 CC) e a impenhorabilidade de determinados bens, inclusive dos proventos e salários (art. 649 do CPC). Em todos esses exemplos há a proposta de se preservar um mínimo de patrimônio para o desenvolvimento das atividades humanas.

Diante dessas considerações, surge o seguinte problema: o salário está preservado pela garantia da impenhorabilidade, segundo determina o art. 649 do CPC. Afora a possibilidade da penhora salarial para assegurar o pagamento de dívidas alimentares, a garantia de impenhorabilidade é absoluta? Poder-se-ia admitir a penhora parcial do salário de um empregador para saldar dívida de natureza salarial a outrem que lhe prestou serviço, ou seja, de seu empregado ou ex-empregado?

O trabalhador como qualquer pessoa tem direito a uma vida digna. E, na medida em que depende a sua força laboral tem direito a uma remuneração ainda que mínima, compatível à realização de sua subsistência. Neste caso, ainda é razoável sustentar que remanesce a impenhorabilidade absoluta e integral do salário do empregador ou ex-empregador, sob o menosprezo do direito ao salário por parte do seu empregado ou ex-empregado?

Para a análise dessa questão, em atenção ao escopo do artigo, partir-se-á da análise do princípio-garantia *dignidade da pessoa humana* e da teoria geral do patrimônio mínimo, situando este como instrumento para a realização daquele, para ao final, defender-se a proteção do salário como forma de garantia do mínimo existencial e assim, verificar a possibilidade de uma resposta positiva a essa última indagação.

2. O princípio da dignidade da pessoa humana: uma visão na ordem jurídica brasileira

Um dos princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira é a dignidade da pessoa humana, enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, inclusive a proteção da integridade física, psíquica e intelectual, além da garantia à autonomia

e livre desenvolvimento. Por meio desse princípio é possível afirmar o ser humano como o centro de todo o sistema jurídico, uma vez que as normas são feitas para a pessoa e sua realização existencial e cidadã.

Gustavo Tepedino (2004, p. 50) elucida da seguinte forma:

A escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela da promoção da pessoa humana*, tomando-se como valor máximo pelo ordenamento. (grifo intencional)

Maria Celina Bodin de Moraes (2007, p. 82) também adverte que o valor dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, passou a ter força de comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição de 1988. Foi com este diploma normativo que efetivamente se passou a ocupar das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto da dignidade, impondo-se a todos os entes da federação a responsabilidade de alcançar os objetivos aqui correlacionados (BARCELLOS, 2008, p. 223).

Kant (1986, p. 77), ao dispor sobre o reino dos fins, faz uma perfeita distinção entre coisa e pessoa:

(...) tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. Quando uma coisa tem preço, pode-se por em vez dela qualquer outra coisa como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade (grifo no original).

Convém demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um princípio estruturante (ALVES, 2008, p. 43 e

CANOTILHO, 1993, p. 349) e princípio-conformador (CANOTILHO, 1993, p. 178), em cujo teor explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte, condensando as aspirações nucleares da ideologia constitucional.

Princípios estruturantes são aqueles que indicam o “núcleo essencial da Constituição, garantindo a esta uma determinada identidade e estrutura” (CANOTILHO, 1993, p. 349). Como a promoção da dignidade humana é objetivo e fundamento da República Federativa Brasileira (art. 1º, inciso III), fim da ordem econômica, substrato teleológico dos direitos fundamentais, pode-se afirmar a sua condição de princípio estruturante. É um princípio concreto, de dimensão jurídico-constitucional que, por si e pelos subprincípios que o densifica e concretiza, constitui princípio ordenador positivamente vinculante (CANOTILHO, 1993, p. 352).

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento constitucional brasileiro somente foi realmente enfatizado como norma fundamental do ordenamento jurídico a partir da Constituição Cidadã de 1988. Mas sem dúvida que consiste numa base estrutural antropológica da República Brasileira⁽¹⁾.

Importa, via de consequência, em um paradigma de Estado, voltado a fomentar o desenvolvimento da nação a partir do reconhecimento e elevação do ser humano ao centro de todo o sistema jurídico. O Estado se volta para fomentar o desenvolvimento da pessoa, garantindo, inclusive, o instrumental mínimo necessário a uma vida digna. Chamam-se a lume não

(1) Conforme trecho expresso de Canotilho (1993, p. 366-367): “A Constituição da República não deixa quaisquer dúvidas sobre a indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito (cfr CRP, art. 1º Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa humana; art. 2º: A República Portuguesa é um Estado de Direito democrático baseado no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais)”. Do mesmo modo, pode-se dizer relativamente à Constituição Brasileira.

somente os direitos de primeira geração, como liberdade, mas também as demandas no campo social, mediante ações na área de saúde, habitação, moradia, dentre outros. Na visão de Sarlet, “o homem constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal” (2007. p. 110-111).

Considerando a polissemia da locução *dignidade da pessoa humana*, é oportuna a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet (2001. p. 60), como uma:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dignidade da pessoa humana, nas ideias sedimentadas pelo autor, expressa uma gama de valores humanizadores, civilizatórios incorporados ao sistema jurídico brasileiro, com reflexos multidisciplinares, ou seja, seus feixes se refletem na sociologia, política, história, educação dentre outros.

Esse princípio serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida humana, dela defluindo, de maneira sintética e não exaustiva, o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais mínimos para que possam viver (teoria do patrimônio mínimo) e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade. Daí a defesa de uma dimensão prestacional para o princípio que não se assenta apenas na perspectiva ontológica da essência humana. E essa dimensão prestacional visa permitir, por meio de certas condições objetivas, o desenvolvimento pleno da personalidade. Conforme Perez Luño (1995. p. 318) a dignidade da pessoa humana,

Constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, *sino que entraña también la afirmación positiva de pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo*. El desarrollo de la personalidad supone, a su vez, de un lado, el reconocimiento de la total *autodisponibilidad*, sin interferencias o impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre; de otro, la *autodeterminación* (Selbstbestimmung des Menschen) que surge de la libre proyección histórica de la razón humana, antes que de una predeterminación dada por la naturaleza (destaque em negrito pela autora).

Assim, reconhecer a fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe uma nova postura aos operadores do direito, que devem, na interpretação e aplicação das normas e institutos jurídicos, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária.

Daniel Sarmento (2004. p. 379) conduz o mesmo raciocínio ao dizer que “a realização concreta do valor pessoa humana não depende só do Direito. Depende muito mais da consolidação, nos corações e mentes, de uma ética altruísta, voltada para o ‘outro’”. Trata-se aqui, da solidariedade que se espera dos estudiosos, aplicadores e do protagonista do direito, quem seja, o homem em sua situação concreta.

O Tribunal Constitucional da Espanha manifestou-se, em decisão proferida em 1985, no sentido de que “a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais” (SARLET, 2001. p. 42).

A nossa jurisprudência já vem dando aplicação concreta do princípio da dignidade humana:

A questão habitacional é um problema que possui âmbito nacional e suas causas devem ser buscadas e analisadas sob essa extensão, devendo ser assumida pelos vários segmentos da sociedade, em mútua colaboração na

busca de soluções, eis que a habitação é elemento necessário da própria dignidade da pessoa humana, encontrando-se erigida em princípio fundamental de nossa República (art. 1º, III, da CF/88). (STJ, REsp n. 21.342-2/BA, rel. Min. José Delgado).

Diversos enunciados, inclusive no campo do Direito Privado, estabelecem aos diversos segmentos sociais o dever de promover o bem-estar da pessoa em solidariedade com o Estado. Citam-se a função social do contrato e da propriedade, os deveres da família para com a criança e para com o idoso; a tutela do consumidor no mercado de consumo; a tutela do salário por meio de normas de direito material e processual.

Em atenção ao tema desse artigo, importa apenas enfocar o aspecto do direito ao mínimo existencial, que se faz representar no patrimônio mínimo, a partir da tutela do salário para viabilidade dessa dignidade.

É natural que hajam diferentes concepções acerca da dignidade e de como ela pode ser alcançada. Porém, é mais fácil se chegar a um consenso sobre as situações nas quais a pessoa está sujeita a um tratamento ou vida indignos, em face da ausência de um mínimo essencial ao que se entende ou experimenta ser a dignidade (BARCELLOS, 2008. p. 229). E o que seriam, no contexto de um consenso mínimo da sociedade, as condições mínimas de dignidade?

Na resposta de Ana Paula Barcellos (2008. p. 230):

O mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física — a sobrevivência e a manutenção do corpo — mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Diante da transcrição acima, verifica-se que o mínimo existencial corresponde a um conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna que não podem ter todo o conteúdo e as suas pretensões previstas *numerus clausus*. Assim se entende, pois o princípio da dignidade contém um campo bastante livre e amplo para deliberação.

Agora o mesmo não se pode dizer em relação à investigação dos efeitos concretos desse núcleo mínimo. Essa investigação se mostra necessária, pois somente através dela se poderá maximizar a normatividade do princípio de modo a verificar qual seja o terreno propício para a aplicação de sua eficácia positiva. Seguindo o pensamento de Ana Paula Barcellos (2008. p. 288), o mínimo existencial se compõe de quatro elementos, três materiais e um instrumental, quais sejam, educação fundamental; saúde básica; assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Esses quatro pontos representam o núcleo assistencial da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva, e, conseqüentemente, o *status* de direito subjetivo exigível perante o Judiciário.

A educação e a saúde procuram assegurar as condições iniciais aos indivíduos para que futuramente sejam capazes de construir, sua própria dignidade de forma autônoma. O conteúdo mínimo da educação engloba o material didático, alimentação e prestações básicas de saúde e transporte, podendo, ainda, o indivíduo exigir uma vaga na escola pública de qualquer nível federativo. Já em relação a saúde podemos destacar a prestação do serviço de saneamento, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e ações de prevenção epidemiológicas.

Com relação à saúde há um dado particular a ser destacado, as prestações que fazem parte do mínimo existencial são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos e neste caso pode o Poder Judiciário determinar concretamente o fornecimento da prestação à saúde independentemente de existir uma ação específica do

poder executivo ou Legislativo nesse sentido (BARCELLOS, 2008. p. 304).

Quanto à assistência aos desamparados, seu conteúdo é dado pelas condições mais elementares que se exige para a subsistência humana: alimentação, vestuário e abrigo que podem ser viabilizados pelos seguintes modos de atuação, quais sejam, entrega de um numerário diretamente ao necessitado; sistema de vales; disponibilidade *in natura*.

Já o acesso à justiça é o modo pelo qual os três acima, não restando uma ação voluntária, podem ser concretizados de forma “coativa”. O acesso à Justiça confere a cada uma das pessoas o direito de acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXVI da CF).

Interessante observar a previsão de Szaniawski (1993. p. 51) que anuncia os direitos de personalidade sociais, dentre os quais se incluem o direito à saúde, à informação, ao silêncio, ao trabalho etc. Embora não seja uníssona essa classificação, não se olvida afirmar que certos direitos sociais são indispensáveis ao desenvolvimento da pessoa. Não sem razão, o direito à saúde e à educação, por exemplo, também podem se comportar como direitos subjetivos individuais.

3. A teoria do patrimônio mínimo na promoção da dignidade humana

Para Fachin (2006. p. 166) a tutela do patrimônio mínimo assume um caráter instrumental na proteção da pessoa, seguindo uma perspectiva solidarista. Não se pretende uma proteção patrimonial de feição individualista, na qual o verbo *ter* se sobreponha ao *ser*. Do contrário, se quer proteger o mínimo necessário à realização das necessidades indispensáveis a uma vida com dignidade.

Na doutrina estrangeira, Otto Bachof foi vanguardista em reconhecer à garantia dos recursos mínimos a partir do direito subjetivo à uma existência digna. Seus estudos formulados ainda na década de 1950, informavam que o princípio da dignidade não clama apenas a

proteção de uma liberdade, mas também, por um mínimo de segurança social, uma vez que sem recursos materiais mínimos, a sobrevivência do ser humano restaria sacrificada (SARLET, 2007).

Valores solidaristas permeiam todo o sistema jurídico brasileiro, influenciando as relações contratuais, em geral, e trabalhistas, o direito obrigacional, e o campo dos direitos reais, com o fim de também promover a justiça distributiva. Conforme se extrai da leitura do art. 170 da Constituição Federal, a justiça social é princípio estruturante da ordem econômica. E, para a sua concretização, às liberdades puramente formais são aditados os direitos sociais econômicos, de sorte que, como justifica Fachin (2006), da Constituição *garantista das liberdades na Constituição dirigente* se volta para a promoção da justiça social.

Quando se fala em direito subjetivo sobre um patrimônio mínimo quer-se garantir à pessoa não somente o direito à sobrevivência física, mas, sobretudo, a uma sobrevivência que atenda às elementares demandas de uma existência com dignidade. Essa parcela essencial do patrimônio de qualquer pessoa deve ser protegida contra a influência de quem quer que seja, em razão dessa afetação para o atendimento das necessidades básicas da pessoa. A esse processo de tutela pode denominar-se, funcionalização do patrimônio na promoção da dignidade de seu titular.

Importa compreender o que seja mínimo necessário à sobrevivência. O conceito de necessário, neste caso, não pode ser compreendido numa dimensão meramente formal, tal como se encontra no Código Penal quando trata do estado de necessidade (art. 24 do Código Penal). O adjetivo *necessário* deve ser repensado à luz do direito fundamental da dignidade humana, somado a perspectiva econômica e social prevista na própria Constituição.

Assim, essa reflexão dependerá do *standart* socioeconômico do momento, pois não há como negar que “o necessário a uma vida digna”

sofre flutuações de ordem econômica, financeira, expectativas e demandas vigentes. Sabe-se, como explica Sarlet (2007. p. 341), que a existência digna abarca mais do que a mera sobrevivência física; corresponde a um estado que não se conforma no limite da pobreza absoluta.

A respeito da aferição da palavra necessidade, Reinhart Maurach (1994. p. 570-571) dispõe:

(...) es preciso mencionar que en último caso, por ejemplo, antella llamada necesidad social, es decir, una situación de necesidad de carácter económico que afecta em forma esencialmente equivalente a todos los círculos, o bien una catástrofe de grandes dimensiones (como una contaminación química radioactiva de um territorio), supone um aumento de los limites de lo exigible a todos los miembros de La comunidad jurídica.

A garantia de um patrimônio necessário ao indivíduo, é o ponto de partida para a consubstanciação de uma vida digna. Identificadas as características dessa vida digna, será mais fácil a promoção de sua eficácia positiva, ou seja, o estabelecimento e garantia dos direitos subjetivos mínimos que levam o sujeito àquele patamar.

A importância do princípio da dignidade humana na consubstanciação do patrimônio mínimo e formação da pessoa é tamanha que todos os poderes públicos a ele hão de se curvar. Conforme considera Jésus Gonçalves (1986. p. 61):

Deben, en primer lugar respertala. Es decir, abstenerse de cualquier medida que suponga um atentado a la dignidad. Todos los poderes públicos vienen sujetos a este deber inculcible. No podrá promulgar normas, dictar actos imperativos, emitir juicios, imponer condiciones a la actividad humanan que, de cualquier forma, supongan desconocimiento, atentado y menoscabo de la dignidad de la persona. Y los Tribunales deberán amparar a la persona ofendida em su dignidad, otorgándola uma eficaz protección

frente a cualquier poder publico. (1986. p. 61, *apud* FACHIN, 2006. p. 180).

É preciso considerar que até mesmo na órbita internacional há o destaque a promoção do princípio da dignidade humana como determinante entre os povos no sentido de assegurar a todo o homem o direito a um padrão de vida mínimo. A certeza da afirmação pode ser constatada com uma simples leitura da Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 25, I:

I – Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstância fora de seu controle.

A consequente proteção de um patrimônio mínimo não representa uma desigualdade por conceder uma vantagem em favor de uma das partes. Ao contrário, pressupõe a aplicação do princípio da igualdade em seu sentido material, em respeito às diferenças. Essa é a opinião de Edson Fachin (2006. p. 251) ao sustentar que as consequências advindas da proteção ao patrimônio mínimo não conduz a um estudo da desigualdade por vantagem exagerada em favor de uma das partes. Ao contrário, pressupõe a igualdade material, no sentido de reconhecer e respeitar à diferença sem deixar de alavancar mecanismos de proteção dos que são injustamente “menos iguais”. Igualdade é dignidade da pessoa humana são princípios intimamente correlacionados. A partir do reconhecimento da dignidade a todos os homens se deduz a necessidade da igualdade (MAURER, 2005. p. 81).

Na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana é descrito como objetivo da República Brasileira, fim de sua ordem econômica, os direitos subjetivos patrimoniais se rendem à pessoa e seu respectivo desenvolvimento. Por essa via, tem-se a função social da propriedade, a função social dos contratos, o

princípio da boa fé, realçando o viés solidarista que orienta as relações jurídicas de conotação civis-constitucional, conforme já se mencionou.

O estatuto jurídico do patrimônio mínimo exsurge em uma dimensão instrumental para a realização dos direitos da personalidade. A teoria da preservação do mínimo existencial, suporte material da dignidade, por sua vez, está diretamente relacionada à tutela do patrimônio mínimo, e sua sustentação pode também se firmar em dois outros princípios, quais sejam, a solidariedade e a redução da desigualdade (art. 3º, I e III da Constituição Federal) que, também confluem para a promoção da dignidade da pessoa humana.

4. O conteúdo jurídico da teoria do patrimônio mínimo

O conceito atribuído à palavra patrimônio é multifacetado. Há diversas acepções, conforme se trata de patrimônio moral, genético, econômico, dentre outros. Interessa a este artigo, a acepção de patrimônio sujeita a valoração econômica. E daqui, importa chegar-se ao que seja patrimônio *mínimo*. Essa adjetivação ao substantivo patrimônio, parece refletir uma significação qualitativa, um teto mínimo necessário a garantir as condições existenciais da pessoa. Mas, até mesmo essa quantificação mínima está sujeita à flutuações, não só no campo econômico e financeiro, mas, sobretudo, em face das expectativas e necessidades vigentes, condicionadas ao tempo e espaço.

Por essa razão, Edson Fachin (2006. p. 277) diz que:

O mínimo transcende essa percepção quantitativa e não coloca no ponto central a noção de extremo. Ao se falar de mínimo ou máximo não se cogita os extremos abaixo ou acima dos quais o objetivo em questão perde todas as características, suas propriedades.

Assim, é mais adequado compreender esse adjetivo mínimo no aspecto qualitativo, em correspondência àquilo que é justo, tendente à minimizar ou excluir a desigualdade, a partir

da aplicação do princípio da razoabilidade (FACHIN, 2006. p. 278). Esta razoabilidade deve ser timoneira na busca de implementação da igualdade substancial para aqueles que menos têm e mais necessitam. É necessário conferir ao ser humano possibilidade de alternativas, liberdades, uma vez que a vida não se reduz a mera existência.

Sem esse aparato, o ser humano pode até sobreviver, mas não exercerá a sua condição de pessoa, na construção ativa do seu projeto de vida. Um ser humano que somente sobrevive, sem que lhe seja permitida a possibilidade de escolhas e alternativas, não é, efetivamente, um sujeito de direito, tampouco gozará do pleno desenvolvimento de personalidade. Daí a assertiva de Ingo Wolfgang Sarlet (2007. p. 102) “não deixar alguém sucumbir à fome é o primeiro passo em termos de garantia de um mínimo existencial, mas não é — e muitas vezes não o é sequer de longe — o suficiente.”

Embora inexista uma prévia definição legal para a locução *patrimônio mínimo*, essa lacuna pode ser integrada no ordenamento jurídico. O objetivo constitucional de garantir a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, já propõe a funcionalização do patrimônio como um instrumento de cidadania. Direitos sociais específicos (tais como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) contribuem decisivamente na formação e garantia desse patrimônio mínimo. Todos esses direitos sociais estão arrolados na Constituição Brasileira e são instrumentos que se voltam para a implementação do mínimo existencial.

Como mencionado anteriormente, institutos civilísticos reestruturados em favor do desenvolvimento da pessoa. Cristiano Chaves de Farias (2005. p. 314) salienta que “através da teoria do direito a um patrimônio mínimo institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados e rejuvenescidos, e utilizados na proteção da pessoa

humana, com um aspecto essencial para o conhecimento de sua dignidade.”

Como exemplos, não exaurientes, têm-se a proteção do bem de família (Lei n. 8.009/90 e arts. 1.711 a 1.722 CC), o óbice à prodigalidade, a vedação ou anulabilidade da doação da totalidade do patrimônio, sem que se resguarde o mínimo (art. 548 CC) e a previsão da impenhorabilidade de determinados bens (arts. 648 e 649 do CPC) etc. Todas essas situações propõem-se ao reconhecimento da necessidade de preservação de um mínimo de patrimônio para o desenvolvimento das atividades humanas.

Cumprе sinalizar que o reconhecimento de um patrimônio mínimo à pessoa humana não pode ser limitado à tão somente uma situação econômica e social do titular. Muito pelo contrário, o reconhecimento desse direito deve ser compreendido de modo universal, ou seja, deve ser funcionalizado de acordo com cada caso concreto, com o propósito de proteger cada uma das pessoas humanas para que venha a desempenhar suas atividades e relacionamentos de forma digna.

Diante dessa ideia de funcionalização do mínimo essencial para a proteção da pessoa humana, é que se pode dizer que o patrimônio não pode ser visto como um fim em si mesmo, vez que sequer corresponde a uma cifra meramente mensurável. É um instrumento viabilizador de um valor muito maior, qual seja, o valor dignidade, de forma e oferecer subsídios para a pessoa humana diante das condições materiais que lhe serão ofertada possa eleger dentre aquelas possíveis aquela que lhe possa patrocinar um viver com dignidade.

5. A efetiva garantia ao patrimônio mínimo: sua efetivação através da proteção dos salários

Ante ao que já se expôs, conclui-se que o ordenamento jurídico permite uma interpretação sistemática e teleológica, tendente a tutela do patrimônio mínimo. Todavia, não basta

simplesmente reconhecer esta garantia, é necessário que ela seja, de fato efetivada de maneira a pulverizar o acesso a todos.⁽²⁾

Assim, duas orientações deveriam ser consideradas. A primeira, de ordem legislativa, editando-se leis ou dispositivos específicos sobre a garantia do patrimônio mínimo necessário à sua manutenção da pessoa. A título de exemplo tem-se os enunciados dos arts. 648 e 649 do CPC, dispondo sobre a impenhorabilidade de alguns bens. Seria o caso, de prever uma forma de afetação específica do mínimo existencial. A segunda orientação, consiste na importância da atuação do Juiz, pois a jurisprudência terá o papel primordial, haja vista que as situações que se desenrolam no caso concreto são as mais diversificadas e não existem leis específicas para todas as situações. Caberá ao Judiciário oferecer as respostas otimizadoras no sentido de atender o princípio da dignidade humana, a partir da aplicação de princípios de maior densidade e regras pertinentes, articulando uma sustentação complexa que se volta à promoção da pessoa e a redução das desigualdades, numa perspectiva humanista e solidarista. A própria Constituição Federal, por vários dispositivos, aponta a direção da concretização material desse intento, sendo

- (2) O professor argentino Ricardo Luís Lorenzetti, em sua obra clássica *Fundamentos do Direito Privado*, desenvolveu a teoria do umbral de acesso ao Direito Civil, na qual vem exigir que o cidadão tenha efetivo acesso aos institutos jurídicos com vistas a promoção da dignidade de seus titulares. Fica fácil concluir que essa teoria do umbral de acesso ao Direito civil deve ser utilizada como um aperfeiçoamento da teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. É indiscutível que, com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o ordenamento deve garantir a todos um patrimônio mínimo para atendimento das suas necessidades mais elementares. Todavia, para que tal tutela seja alcançada é indispensável que os cidadãos efetivamente tenham acesso a tal instituto jurídico, ou do contrário, a teoria do patrimônio mínimo restaria inócua. E essa efetividade pode ser patrocinada por duas frentes distintas: a legislativa (fomentar a edição de leis que promovam o acesso das pessoas aos institutos do Direito Civil) e a judicial (preferir julgamentos que promovam o efetivo acesso aos institutos civilistas).

emblemática a dicção do art. 7º, IV, a respeito do salário-mínimo.

O salário, mesmo em seu mínimo, serve para “assegurar a subsistência do trabalhador e dos que dele dependem, representa uma medida necessária à defesa da pessoa humana” (CATHARINO, 1994, p. 47). Dessa forma, deve ser assegurado o mínimo-suficiente para que os trabalhadores vivam, sem que o trabalho se converta em mera mercadoria e o trabalhador se transmute numa simples máquina de produzir. Há, perene manifestação da dignidade na afirmação social do trabalho, no ambiente laboral. Gabriela Neves Delgado (2006, p. 241) diz que:

Considerando o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador revela a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e a consciência de si, além de realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais.

O trabalho emancipa o homem enquanto, promovendo-lhe o desenvolvimento além da mera subsistência⁽³⁾. Quando, porém, os papéis se invertem, ou seja, o homem passa a servir apenas como um instrumento para o trabalho sem que a sua força de trabalho possa reverter-se também em seu benefício, o processo de dignificação rui. Nesta situação o trabalhador deixa de ser visto como um homem e passa a ser considerado apenas *coisa* para aquele que o

emprega, comparável ao maquinário que integra a estrutura patrimonial do estabelecimento.

O trabalho é, juntamente com o direito à vida, à liberdade e à segurança, um valor fundamental. Faz parte do núcleo dos direitos essenciais, uma vez que pelo trabalho se permite a dignidade daquele que trabalha, proporciona-lhe o pleno desenvolvimento. O empregador deve conceder a seus empregados um ambiente de trabalho adequado, respeitoso da dignidade e da integridade física, intelectual e moral, além do salário compatível. Esta sim é a razão de destaque quando se fala em valorização do trabalho e preservação da dignidade do ser humano (ALVARENGA, 2008, p. 112).

Verificada a importância de se visualizar o trabalho como instrumento de desenvolvimento do próprio homem e não meio de submissão do homem pelo homem, é necessária a tutela dos direitos e garantias que envolvem a relação laboral. Dentre essas garantias, a proteção ao salário, indispensável ao desenvolvimento da pessoa e dos seus dependentes. Quando se mitiga o salário — incluindo-se aqui, os demais créditos trabalhistas — se nega importância à energia despendida pelo empregado.

A energia humana, de certo, não pode ser comparada ao valor pecuniário do salário. O sentido teleológico da remuneração não está circunscrito ao aspecto financeiro, mas também implica em um aspecto moral, na medida em que se reconhece a necessidade e preciosidade da energia intelectual ou manual do homem. Ao receber aquilo que lhe pertence, o trabalhador terá à sua disposição não apenas o valor quantitativo da pecúnia recebida, mas o direito ao resguardado de sua subsistência. Portanto, privar o homem de sua retribuição salarial é negar-lhe a possibilidade de se ver como homem capaz de produzir e conquistar um patrimônio mínimo.

Privado desse patrimônio mínimo, a própria liberdade geral do homem-trabalhador restará comprometida. Como se determinar conforme suas próprias escolhas se não lhe é

(3) Hanna Arendt destaca a importância do pensamento de Karl Marx para a emancipação do labor, antes simplesmente qualificado como trabalho improdutivo, mas a partir de então, “independentemente das circunstâncias históricas e de sua localização na esfera privada ou na esfera pública, possui realmente uma produtividade própria, por mais fúteis e pouco duráveis que sejam os seus produtos. Essa produtividade não reside em qualquer produto do labor, mas na força humana, cuja intensidade não se esgota depois que ela produz os meios de sua subsistência e sobrevivência, mas é capaz de produzir um excedente, isto é, mais que o necessário à sua reprodução” (2000, p. 99).

dado o que escolher? Se não se escolhe, nem se protege, nem se garante, não há liberdade e muito menos dignidade.

O salário é peça chave para a República Federativa Brasileira, na luta para erradicar a pobreza e diminuir a desigualdade social. Não restam dúvidas de que os salários são, de fato, uma forma de distribuição de renda e que compatibiliza o espírito de solidariedade entre aquele que paga e o que recebe. Por esses motivos a ordem *justralbhistista* estabeleceu um sistema amplo de proteção ao conjunto de parcelas devidas ao trabalhador no contexto da relação de emprego.

Essa gama de proteção se manifesta nos próprios princípios trabalhistas, dentre os quais, tem-se aqueles que asseguram a impenhorabilidade de quase todas as normas laborais (art. 9º da CLT), que asseguram a indisponibilidade dos direitos trabalhistas (arts. 9º, 444 e 468 da CLT), e que vedam as transações bilaterais quando lesivas ao trabalhador (art. 468 da CLT).

Paralelamente aos princípios acima enunciados, verifica-se a proteção dos salários também em outro bloco sofisticado de garantias, quais sejam, proteção no tocante ao valor dos salários e contra eventuais abusos do empregador; proteção quanto ao avanço dos credores do empregador sobre o seu patrimônio; e proteção jurídica contra os próprios credores do empregador.

Nesse escopo de proteção jurídica ao valor salário, três pilares são fundamentais, quais sejam, a noção da irredutibilidade do valor salarial (art. 7º, VI da CF), a correção salarial automática (visa concretizar, ainda que precariamente, a noção de preservação real do salário obreiro, quando diante de avanços inflacionários aparentemente significativos) e patamar mínimo de valor salarial (que se transfigura no salário mínimo legal, salário profissional e salário normativo ou convencional).

Quanto à proteção contra abusos do empregador, verificou a ordem jurídica trabalhista

que havia necessidade de se estabelecer medidas relacionadas ao pagamento do salário, tais como periodicidade máxima mensal para o pagamento dos salários (art. 459 da CLT), que o lugar do pagamento seja no local de trabalho (art. 465 da CLT), salvo crédito em conta ou pagamento em cheque, que o pagamento seja providenciado em “moeda nacional” (art. 463 da CLT); e medidas relacionadas à intangibilidade do salário, através do controle dos descontos.

A proteção do hipossuficiente pelo Direito do Trabalho procura justamente promover a proteção da dignidade humana do homem que labora. Quando Ana Paula Barcellos (2008. p. 320-325) escreve a respeito do mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, dispõe que esse conteúdo mínimo se compõe de quatro elementos, quais sejam, educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Com relação a esfera da assistência aos desamparados, o seu conteúdo é dado pelas condições mais elementares que se exige para a subsistência humana: alimentação, vestuário e abrigo.

Assim, é evidente que o salário garante a manutenção dessas três subsistências apontadas; na verdade ele é o referencial que proporciona ao homem e sua família essa manutenção. Daí o porquê de se afirmar ser o salário um instrumento de viabilização do conteúdo mínimo da dignidade do homem, e, portanto, merece proteção.

O ordenamento jurídico reconhece, portanto, a relevância do salário como meio de garantia da própria dignidade do homem que trabalha. Tanto o é que conferiu a garantia da impenhorabilidade dos salários quando confrontado com outro crédito.

Daí vem a seguinte indagação: pode-se sustentar a permanência da impenhorabilidade absoluta de um determinado salário (do empregador ou ex-empregador), ao mesmo tempo que são negadas todas as garantias a outro salário (do ex-empregado ou empregado)?

Não é incomum alguém iniciar um determinado negócio e, tempos depois, ter de encerrá-lo por dificuldade econômica que o impede de prosseguir com o empreendimento. Em consequência, há a dispensa de todos os funcionários sem o pagamento das verbas trabalhistas devidas ao tempo da rescisão. Todavia, aquele que era o “patrão”, não tendo mais o negócio, vai à procura de novo emprego e passa a ser empregado ou passa a receber proventos de aposentadoria. Como ficam os débitos trabalhistas relativos ao negócio que fracassou?

Pelo ordenamento legal em vigor, o ex-empregado teria direito a promover a execução de uma decisão que reconheceu a existência de créditos trabalhistas em seu favor, mesmo que para isso tenha que penhorar salários, proventos de aposentadoria do seu ex-empregador, ora devedor?

O art. 649 do CPC, que trata sobre a questão da impenhorabilidade dos salários em seu inciso IV, já traz no § 2º uma exceção, qual seja, a garantia da impenhorabilidade dos salários não se aplicaria aos casos de penhora para o pagamento de prestação alimentícia. Oportuno observar que, quando o Código Civil de Ritos utiliza a expressão “prestação alimentícia”, no artigo acima mencionado, não está a falar tão somente da pensão alimentícia. A conotação é mais abrangente, alcançando todo e qualquer crédito que ostente inequívoca natureza alimentar, daí o porquê de se incluir os créditos trabalhistas, haja vista ser com eles que o trabalhador consegue prover a sua subsistência.

Além do destaque legal acima elucidado, a análise da questão da impenhorabilidade absoluta dos salários para satisfação de crédito de natureza trabalhista também merece atenções no que diga respeito à alguns princípios que teorizam a constitucionalização do processo, tais como o princípio do devido processo legal, razoável duração do processo e princípio da proporcionalidade.

A diretriz que entende aplicável apenas ao salário do devedor, o benefício da impenhorabilidade, constante no art. 649, IV do CPC,

colide frontalmente com o princípio do devido processo legal e solapa a efetividade da jurisdição na tutela de valor de mesmo cariz.

O acesso à justiça não pode ser interpretado com simples ingresso em juízo, pois segundo Dinamarco (2005. p. 134):

Seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhe também um tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juízes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo.

Pelo princípio do devido processo legal, não parece prosperar o fato de que um processo pare no módulo processual da execução e assim permaneça, quando o devedor, no caso o ex-empregador, tenha possibilidade de solver o débito — crédito trabalhista —, mesmo que de forma gradual, ou seja, por meio da penhora parcial de seu salário.

Puxando para o viés do princípio da razoável duração do processo, este tem por escopo evitar a eternização dos conflitos, bem como o prolongamento das angústias dos litigantes, a fim de garantir o equilíbrio entre celeridade do processo e ponderação das razões. Com base nessa garantia constitucional, menos ainda se mostra admissível que o ‘vencedor’ de um processo e detentor de um título judicial, no caso o credor, permaneça anos a fio sem receber seu crédito.

Até mesmo por uma questão de razoabilidade, não merece prosperar a garantia da impenhorabilidade absoluta dos salários em relação ao adimplemento de créditos que possuem a mesma natureza salarial. Isto porque a impenhorabilidade salarial absoluta somente deve ser reconhecida quando houver conflito de interesses entre créditos de natureza civil e uma verba salarial.

Quando o conflito envolver interesses salariais das duas partes, no caso verbas salariais do

ex-empregador e crédito salarial de ex-empregado, necessário se faz recorrer aos princípios constitucionais orientadores da interpretação, isto quer dizer que a solução deve estar calcada pela adequada e ponderada interpretação do ordenamento jurídico vigente.

Em casos como esses em que há uma colisão de direitos fundamentais — garantias que protegem os salários tanto do credor como do devedor — a solução passa pela redução do âmbito normativo de cada um dos interesses em jogo, somente na medida do necessário, para que ambos possam coexistir, balizando, assim, a técnica da ponderação e adequação de meios e fins.

No caso concreto, a colisão se faz entre salários de ex-empregador e ex-empregado. Se de um lado existe a garantia que a lei concedeu aos salários do devedor por se tratar de meio para a sua subsistência; por outro lado é preciso reconhecer que este mesmo direito está assegurado quanto aos salários do credor, que também detém o direito constitucional de acesso a uma jurisdição revestida de utilidade.

Nesse caminhar, instituir a penhora sobre parte dos salários ou proventos de aposentadoria do ex-empregador, ora devedor, geralmente em 30% sobre seus rendimentos, atende aos escopos legais e constitucionais já assinalados durante toda a transcrição do presente artigo. Assim se entende, pois, ao mesmo tempo em que preserva um percentual razoável do salário do ex-empregador devedor (70%), garante ao ex-empregado credor o recebimento de seus créditos trabalhistas, embora em um prazo mais dilatado.

O julgado abaixo pode ser apresentado como o atual posicionamento do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região a respeito da viabilidade da penhora parcial de salários para saldar créditos de natureza trabalhista:

PENHORA EM SALÁRIO. PAGAMENTO DE DÍVIDA TRABALHISTA. ART. 649, IV, DO CPC. Quando o art. 649, IV do CPC, determina a impenhorabilidade dos salários,

faz a ressalva quanto ao pagamento de prestações alimentícias. A interpretação da expressão 'prestação alimentícia' deve ser buscada no art. 100, §1º-A, da Constituição Federal. Assim, e em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é passível de penhora os salários do executado quando a dívida se refere ao pagamento de títulos trabalhistas, no limite de 15% do valor salarial percebido pelo executado, mensalmente, até a integral satisfação do crédito exequendo" (TRT 3ª Região, Proc. 00634.2002.022.03.00.3, Rel. César Pereira da Silva Machado Júnior, DJU 24.6.2006).⁽⁴⁾

O que se deve ter em mente é que as garantias constitucionais acima destacadas não são somente belas palavras agradáveis aos ouvidos. Mas, em verdade, elas são bens da vida cuja eficácia deve ser devidamente observada, compreendida e aplicada.

Por fim, falacioso se mostra o argumento de que o desrespeito à impenhorabilidade absoluta dos salários e demais proventos ofenderia o princípio da legalidade, haja vista o que dispõe a redação do inciso IV do art. 649 do CPC.

(4) Nesse sentido também compartilha alguns acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional da 15ª Região com as seguintes decisões: Decisão n. 000.254/2006 – PDII. MANDADO DE SEGURANÇA Juiz(a): FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI. EMENTA: EXECUÇÃO. SALÁRIO. IMPENHORABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. O entendimento que, a cada dia, vem se encorpando mais, reconhece que o positivismo se exauriu, não servindo mais como modelo único para a solução de inúmeras questões submetidas a julgamento, de modo que é chegada a hora do pós-positivismo, que permite se tenha a lei não mais como algo a ser endeuado, mas, apenas, como um dos elementos a ser tido em linha de consideração, quando da apreciação de um conflito de interesses. Decisão n. 009.348/2006 – PATR. AGRAVO DE PETIÇÃO Juiz(a): FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI. EMENTA: EXECUÇÃO. SALÁRIO. IMPENHORABILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. O entendimento que, a cada dia, vem se encorpando mais, reconhece que o positivismo se exauriu, não servindo mais como modelo único para a solução de inúmeras questões submetidas a julgamento, de modo que é chegada a hora do pós-positivismo, que permite se tenha a lei não mais como algo a ser endeuado, mas, apenas, como um dos elementos a ser tido em linha de consideração.

Do contrário! Ao tratar de impenhorabilidade, o art. 649 do CPC já sinaliza, de forma significativa, a exceção quanto ao pagamento de prestações alimentícias (§ 2º do referido dispositivo), como já explicado outrora. Logo, o próprio dispositivo reconhece que o crédito de natureza alimentar, e aqui se inclui os créditos trabalhistas, gozam de uma condição especial.

Não há como sustentar que o princípio da legalidade seja observado apenas em relação aos salários e rendimentos dos ex-empregados. A reserva legal não se presta para somente um determinado sujeito de direito e sim para todos os sujeitos de direito que participam de uma determinada relação jurídica — no caso estar-se a falar sobre relação jurídica de cunho empregatício —, principalmente quando os valores em conflito forem de natureza similar.

A resposta não pode ser alcançada pela redução das potencialidades constitucionais. É preciso priorizar a busca de soluções prudentes que propiciem o desenvolvimento do princípio da dignidade do homem, adequando a interpretação e as soluções às especificidades do caso concreto. Pois somente assim as respostas se mostrarão sensatas, os conflitos sociais serão dirimidos, os extremismos serão rejeitados e as fissuras não restarão mais aprofundadas.

6. Considerações finais

Da análise desenvolvida e considerando as indagações anteriormente formuladas, conclui-se que:

1. É nítida a relação existente entre pessoa e patrimônio. Todavia, não seria correto afirmar o patrimônio como um atributo da personalidade, sendo mais adequada a compreensão de sua natureza instrumental em garantir da dignidade. Portanto, o patrimônio não está na pessoa e sim é por ela utilizado para o alcance de um fim último, qual seja, a sua dignificação, pela construção e desenvolvimento do seu projeto de vida.
2. Ao se resguardar o patrimônio mínimo, intenta-se garantir não somente o direito

à vida biológica, mas sim uma vida digna. Por esta razão se afirma que se deve garantir o mínimo necessário para a existência humana com dignidade.

3. O mínimo necessário a se garantir deve ser interpretado à luz do princípio fundamental da dignidade humana, da justiça social, em atendimento aos objetivos da redução das desigualdades, articulando-se as dimensões política, econômica e social.

4. O princípio da dignidade humana é um princípio constitucional estruturante, pois dele decorrem todos os outros princípios consagrados na Constituição Federal. Ele é a fonte geradora de todo o sistema jurídico brasileiro, cuja implementação depende de condições materiais e não apenas de um conjunto de normas garantidoras da liberdade formal.

5. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos prestigia a garantia do patrimônio mínimo como sendo uma teoria internacional. Para tanto basta conferir a leitura do art. 25, I.

6. A promoção da teoria do patrimônio mínimo reflete o escopo do princípio da igualdade material, uma vez que toda a sua consubstanciação epistemológica envolve o respeito das diferenças.

7. O conteúdo jurídico da teoria do patrimônio mínimo segue um viés qualitativo, uma vez que o vocábulo mínimo deve ser compreendido como a busca pelo justo com vistas a excluir as desigualdades.

8. Não basta simplesmente desenvolver uma teoria do patrimônio mínimo, necessário, realmente, é que as pessoas tenham acesso a essa garantia. O acesso pretendido pode ser operacionalizado pela atuação legislativa e judicial efetiva.

9. O salário, mesmo em seu mínimo, deve atender todas as necessidades vitais do homem de forma a proporcionar ao trabalhador uma existência digna. Por ter este escopo

deve ser garantido acima de tudo. A não garantia dos salários faz do homem-trabalhador um mero instrumento, ou seja, uma máquina destinada a produção. Altera-se a concepção de dignidade, no sentido de que o homem não pode ser um meio, mas um fim em si mesmo.

10. O salário é a peça chave da política pública que busca erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades, haja vista que compatibiliza o espírito de solidariedade e proporciona a distribuição de renda.

11. No caso concreto, a colisão se faz entre salários de ex-empregador e ex-empregado. Se de um lado existe a garantia que a lei concedeu aos salários do devedor por se tratar de meio para a sua subsistência; por outro lado é preciso reconhecer que este mesmo direito está assegurado aos salários do credor, que também detém o direito constitucional de acesso a uma jurisdição revestida de utilidade.

12. Instituir a penhora sobre parte dos salários ou proventos de aposentadoria do ex-empregador, ora devedor, geralmente em 30% sobre seus rendimentos, atende aos escopos legais e constitucionais já assinalados durante toda a transcrição do presente artigo. Assim se entende, pois, ao mesmo tempo em que preserva um percentual razoável do salário do ex-empregador devedor (70%), garante ao ex-empregado credor o recebimento de seus créditos trabalhistas, embora em um prazo mais dilatado.

7. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. A tutela dos direitos da personalidade no direito do trabalho brasileiro. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, LTr, n. 26, 2008.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao direito civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio. In: *Revista IOB de Direito de Família*, v. 9, n. 46, p. 37-62, fev./mar. 2008.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil — introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- Brasil. Superior do Trabalho Justiça. Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudência> Acesso em: 20 fev. 2009.
- Brasil. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Disponível em: <www.trt3.jus.br/jurisprudência> Acesso em: 23 abr. 2009.
- Brasil. Tribunal Regional do Trabalho 15ª Região. Disponível em: <www.trt15t.gov.br/jurisprudência> Acesso em: 23 abr. 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CATHARINO, J. M. *Tratado jurídico do salário*. São Paulo: LTr, 1994.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito civil — teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.
- LUÑO, Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1995.
- MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Buenos Aires: Astrea, 1994. v. 1.

MAURER, Béatrice. Notas sobre respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: *Dimensões da dignidade*. Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-114.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

PÉREZ, Jesús Gonzáles. *La dignidad de la persona*. Madri: Civitas, 1986.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZANIANWSKI, Elimar. *Direito de personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Revisitando a flexisegurança

Matheus Ribeiro Rezende^(*)

Resumo:

- ▶ A cada dia que passa, a flexibilização vem se tornando o mote principal da agenda político-econômica dos diversos países ao redor do mundo, em virtude, sobretudo, das dificuldades de compatibilização do crescimento econômico com o arcabouço protetivo tradicional do direito do trabalho. Com a publicação, em finais do ano de 2006, do Livro Verde — *Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI*, a União Europeia tornou expressa a adoção de um novo modelo social, denominado flexisegurança, através do qual se pretende conciliar uma flexibilização das relações de trabalho com a segurança dos trabalhadores frente ao desemprego estrutural. No presente artigo, com o intuito de enriquecer a discussão em torno da superação da crise da empregabilidade, trabalha-se o conceito de flexisegurança, com rápido exame das diretrizes do Livro Verde, analisando, ainda, criticamente a viabilidade de utilização do referido modelo em países com diferentes realidades sociais.

Palavras-Chave:

- ▶ Direito do trabalho — crise — flexibilização — União Europeia — flexisegurança — Livro Verde.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Flexisegurança
 - ▶ 2.1. Terminologia
 - ▶ 2.2. Conceito
 - ▶ 2.3. Aplicação do modelo em alguns países europeus
 - ▶ 2.3.1. Holanda
 - ▶ 2.3.2. Espanha
 - ▶ 2.3.3. Dinamarca
 - ▶ 2.3.4. Portugal
- ▶ 3. O Livro Verde — modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho Substituto do TRT/6ª Região. Professor da Faculdade Boa Viagem (FBV). Mestrando em Direito Público pela UFPE.

1. Introdução

Não é novidade que o direito do trabalho, tal qual o conhecemos, vem passando por profundas modificações. O modelo de trabalho subordinado, vedete da atenção de legisladores e estudiosos nestes últimos dois séculos, parece dar sinais de esgotamento, chegando alguns autores a propalar uma espécie de crise do ramo juslaboral⁽¹⁾. Ricardo Antunes bem sintetiza esse panorama:

Já se tornou lugar-comum dizer que a classe trabalhadora vem sofrendo profundas mutações, tanto nos países centrais como no Brasil. Sabemos que quase um terço da força humana disponível para o trabalho, em escala global, ou se encontra exercendo trabalhos parciais, precários, temporários, ou já vivenciava a barbárie do desemprego. Mais de um bilhão de homens e mulheres padecem as vicissitudes do trabalho precarizado, instável, temporário, terceirizado, quase virtual, dos quais centenas de milhões têm seu cotidiano moldado pelo desemprego estrutural. Se contabilizados ainda os dados da Índia e China, a conta se avoluma ainda mais.⁽²⁾

Dentre as diversas causas que levaram a essa situação, a globalização e as contínuas crises econômicas por ela geradas ocupam, segundo grande parte da doutrina, a posição de destaque⁽³⁾.

Com o fito de salvar os postos de trabalho, ou ao menos delongar a ruptura total do modelo subordinado, são diversas as ações propugnadas, que passam da redução de jornada de trabalho, concessão de férias coletivas, suspensão dos contratos de emprego — aprofundando o movimento da flexibilização das relações de emprego — a medidas mais estruturais, como educação e qualificação dos empregados⁽⁴⁾.

A Europa, como resposta à crise do emprego subordinado criou um novo modelo social, denominado flexisegurança. Como o próprio nome sugere, pretende-se, com isso, conciliar uma flexibilização das relações de trabalho com a segurança dos trabalhadores frente ao desemprego estrutural. A publicação, em finais de 2006, do Livro Verde — *Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI*, torna definitiva a adoção desse paradigma pela União Europeia.

A bibliografia pátria é bastante restrita acerca do tema, o que nos motivou a desenvolver o presente trabalho⁽⁵⁾. Pretendemos estabelecer

- (1) MEIRELES, Edilton. Trabalhadores subordinados sem emprego — limites constitucionais à desproteção empregatícia. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 69, n. 07, p. 842-845, jul. 2005. OLIVEIRA, Murilo. Crise do direito do trabalho. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 70, n. 08, p. 998-1.007, ago. 2006. PINTO, José Augusto Rodrigues. Empregabilidade e precarização do emprego. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 71, n. 01, p. 7-14, jan. 2007. MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Além dos portões da fábrica — o direito do trabalho em reconstrução. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 71, n. 10, p. 1.172-1.186, out. 2007.
- (2) ANTUNES, Ricardo. Dimensões da precarização estrutural do trabalho. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Orgs.). *A perda da razão social do Trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 13.
- (3) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos

empregos. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 01, p. 7-16, jan. 2009. BARBUGIANI, Luiz Henrique S. Globalização, economia e desemprego. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 01, p. 60-64, jan. 2009. GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Crise financeira e a valorização do trabalho humano. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 02, p. 147-152, fev. 2009.

- (4) Bastante interessante, nesse sentido, o seguinte artigo: SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Revisitando um plano nacional de ação frente ao desemprego. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 03, p. 272-276, mar. 2009.
- (5) Mister tornar expresso que o tema, não de hoje, vem sendo tratado no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFPE, através da disciplina, Direito Sindical e Teoria Social Crítica. Podemos citar os seguintes estudos ali produzidos, nos quais estão inseridas críticas à flexisegurança: CALHEIROS, Marcos. *A sistematização dos princípios do direito do trabalho e a reelaboração do seu princípio protetor: para uma análise crítica da flexisegurança*. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010; MORAES, Isabele. *A subordinação da força do trabalho ao capital: para ampliar os cânones da proteção e o objeto do direito do trabalho, a partir da Economia Social ou Solidária*. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife,

o conceito de flexisegurança, perquirindo os seus antecedentes históricos, analisar as diretrizes do Livro Verde, bem assim aventar a possibilidade de exportação do referido modelo para diferentes realidades sociais; tudo como forma de fomentar o debate acerca das alternativas de superação da crise da empregabilidade.

2. Flexisegurança

2.1. Terminologia

Em português foi cunhado o neologismo, flexisegurança, não obstante encontrarmos, também, sobretudo em Portugal, o termo flexigurança⁽⁶⁾. Em espanhol, *flexiguridad*. Em inglês, utiliza-se o vocábulo *flexicurity*. Em francês, *flexicurité* ou *flexisécurité*.

2.2. Conceito

A flexisegurança é entendida como um modelo social adotado pelo Estado, com vistas a conjugar uma flexibilização das estruturas jurídico-laborais, permitindo uma maior competitividade das empresas, aliada a uma segurança para o trabalhador na manutenção dos postos de trabalho como um todo, garantindo o que se chama de empregabilidade⁽⁷⁾.

Sandrine Cazes e Alena Nesporova, ao tratarem sobre o assunto, preceituam:

A abordagem da “flexisegurança” combina um mercado de trabalho mais flexível com uma boa proteção social, oferecendo uma alta proteção aos salários através de programas de ação ativos sobre o mercado de trabalho.

Isso poderia fornecer uma resposta ao dilema de como manter e aperfeiçoar a competitividade enquanto, ao mesmo tempo, se preserva um plano de ação estrutural de inclusão social, e ainda de como fazer uso completo do potencial da política social como um fator de produção.⁽⁸⁾

Não se cogita, é bom que se diga, da manutenção de um posto de trabalho em específico. As políticas públicas dirigem-se sempre à coletividade. A qualificação do empregado se torna imprescindível, a fim de possibilitar sua recolocação no mercado de trabalho, ainda que em atividade diversa da que desenvolvia. Tomás Sala Franco e José María Goerlich Peset atentaram para essa situação:

(...) A flexibilidade, entendida fundamentalmente, ainda que não apenas nisso, no terreno da proteção do posto de trabalho, pode, então, vir acompanhada de medidas que assegurem um rápido trânsito pela situação de desemprego para novas situações de emprego, autônomo ou subordinado. A segurança que evoca a noção de “flexisegurança” não se entende necessariamente em relação ao posto concreto que ocupa, mas sim do emprego considerado em seu conjunto. Do mesmo modo, pelo que se refere às disposições contratuais, a segurança não implica imposição imutável dos conteúdos, mas sim abertura a um intercâmbio razoável a nível legislativo e, sobretudo, no terreno convencional.⁽⁹⁾

2010; ESTEVES, Juliana Teixeira. *A seguridade social no contexto de uma renda universal garantida: os fundamentos político-jurídicos para uma ética universal na governabilidade do mundo*. 234f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

(6) Disponível em: <http://ec.europa.eu/portugal/temas/growth_jobs/index_pt.htm>.

(7) Por empregabilidade, entenda-se ‘a aptidão adquirida pelo trabalhador, valendo-se de um aprendizado contínuo e diversificado, de desenvolver habilidades novas que o tornem profissionalmente necessário a múltiplas organizações empresariais de atividades econômicas distintas’. (PINTO, José Augusto Rodrigues. Ob. cit., p. 7).

(8) “The ‘flexicurity’ approach combines a more flexible labour market with good social protection, offering high income protection accompanied by active labour market policies. This could provide an answer to the dilemma of how to maintain and improve competitiveness while at the same time preserving an effective policy framework for social inclusion, and also of how to make full use of the potencial of social policy as a productive factor.” (CAZES, Sandrine; NESPOROVA, Alena. *Flexicurity: a relevant approach in Central and Eastern Europe*. Geneva: International Labour Office, 2007. p. 4, tradução nossa)

(9) “(...) La flexibilidad, entendida fundamentalmente — aunque no solo — en el terreno de la protección del puesto de trabajo, puede, entonces, aparecer acompañada de

A noção de segurança no posto de trabalho que já ocupa é substituída pela ideia de garantia do empregado a uma vida ativa no mercado de trabalho. A forte concorrência internacional estimulada pela globalização não possibilita mais a certeza da manutenção dos empregos existentes, concebendo a flexissegurança a alternativa de manter o trabalhador na ativa, ainda que desenvolvendo tarefas diferentes das que estava habituado.

Para a efetivação desse modelo, torna-se imprescindível a participação efetiva e harmônica dos diversos setores, quais sejam, o Estado, as empresas, os sindicatos e os empregados. Todos devem assumir o compromisso de cumprir as metas estabelecidas, a fim de se garantir o sucesso das políticas públicas engendradas. Poul Rasmussen, antigo primeiro-ministro da Dinamarca, país em que a flexissegurança augura os melhores resultados, a isso se referiu em entrevista concedida ao editorial português, *Jornal de Negócios*:

O modelo da flexissegurança na Dinamarca é um modelo coerente baseado num conjunto de factores que dependem uns dos outros. O sucesso do modelo resulta, essencialmente, da coerência entre os diversos intervenientes, não podemos simplesmente pegar num e deixar os outros.

Em segundo lugar, o modelo implica que cada um dos intervenientes tenha direitos e deveres e que os cumpra. Isso significa que os desempregados têm o dever de aceitar a oferta de emprego que lhes é feita e melhorar

as suas qualificações, de forma a que a oferta e a procura de emprego tenham correspondência. Por outro lado, têm o dever de melhorar as suas qualificações e de obter um emprego.

O sector público tem o dever de assegurar que o trabalhador desempregado tem a possibilidade de melhorar as suas competências e qualificações. Tem ainda de promover a cooperação com o sector empresarial, para garantir que há correspondência entre os postos de trabalho oferecidos e a qualificação dos desempregados. Finalmente, o Estado tem de garantir que os empregadores têm acesso a informação relevante que lhes permita preencher os postos de trabalho (número de desempregados, qualificações, entre outras informações).

O sector privado empresarial tem também deveres e direitos. É um dever fundamental dar conta dos empregos disponíveis, para que o sector público saiba em que qualificações tem que investir.

Os sindicatos, por seu turno, têm a obrigação de garantir, de acordo com a legislação, que os desempregados cumprem os requisitos para receber o subsídio de desemprego.

Na prática, a flexissegurança está baseada em obrigações, direitos e deveres de todos os intervenientes. Numa economia global já não podemos continuar a garantir que uma pessoa pode manter o mesmo emprego, no mesmo sector, para o resto da vida. Mas podemos trabalhar no sentido de garantir que, logo que perde o emprego e o mais rapidamente possível, essa pessoa encontrará um novo e melhor emprego. Numa economia global, a questão fundamental é garantir que haverá novos empregos disponíveis quando se perde o emprego antigo.⁽¹⁰⁾

Essa segurança no mercado de trabalho exige um forte investimento do Estado e das

medidas que aseguren um tránsito rápido por la situación de desempleo hacia nuevas situaciones de empleo, autónomo o subordinado. La seguridad que evoca la noción de 'flexiguridad' no se entiende necesariamente respecto del concreto puesto que se desempeña sino del empleo, considerado em su conjunto. Del mismo modo, y por lo que se refiere a la ordenación contractual, la seguridad no implica imposición inmutable de los contenidos, sino apertura a um intercambio razonable a nível legislativo y, sobre todo, en el terreno convencional." (FRANCO, Tomás Sala; PESET, José Maria Goerlich. Presentación. *Teoría & Derecho*: Revista de Pensamiento Jurídico, Valencia, n. 4, p. 8-9, diciembre 2008, tradução nossa)

(10) Disponível em: <<http://www.jornaldenegocios.pt/index.php?template=SHOWNEWS&id=298246>>.

empresas na formação e qualificação dos trabalhadores. Se os empregados forem efetivamente qualificados torna-se mais factível a mudança de um emprego para outro, desde que o setor privado assegure essa transição. A rede de segurança se amplia nessa fase entre a saída de um posto de trabalho e a assunção de um outro, período em que o trabalhador se vale da assistência social.

A expressão, flexisegurança, foi utilizada pela primeira vez na Holanda, no ano de 1995, através de uma nota do Ministro do Trabalho à época, Ad Melkert, o que, pouco tempo mais tarde, desaguou no “Wet Flexibiliteit em Zekerheid” (Ato Flexibilidade e Segurança), de 1999. Esse diploma legal previa que os trabalhadores temporários, especificadamente os ali conhecidos como assalariados *on call*⁽¹¹⁾, tivessem a perspectiva de assumir um emprego permanente após dois anos de desempenho dessas atividades, combinando, desse modo, a possibilidade de flexibilização do emprego e a segurança dos postos de trabalho⁽¹²⁾.

Curiosamente, apesar de não ter sido a criadora da locução, muitos autores sustentam que esse modelo surgiu primeiro na Dinamarca, já no início da década de 90, onde encontrou o terreno mais fecundo⁽¹³⁾. Não é por outra razão que muitos se referem à flexisegurança como o modelo dinamarquês ou o modelo escandinavo. Katrine Søndergård reputa a visibilidade desse sistema àquilo que ficou conhecido por “triângulo de ouro”. Disse a pesquisadora:

Nos últimos anos, a flexisegurança dinamarquesa atraiu muita atenção na Dinamarca como em nível internacional. O interesse se focaliza sobre o que hoje é conhecido com

o nome de triângulo de ouro (Madsen, 2006), noção que engloba a facilidade das empresas ao contratar e despedir, uma indenização elevada em caso de desemprego e uma política de ativação no mercado de trabalho, centrada na recolocação e na formação continuada. Esse sistema contribui para um nível de mobilidade muito elevado, sem o que os assalariados perderiam a segurança de retornar ao mercado. Enquanto “o triângulo de ouro” se tornou o pivô do debate, podemos nos perguntar se ele constitui verdadeiramente o núcleo da flexisegurança dinamarquesa. A dinâmica do “triângulo de ouro” desempenha, sem dúvida, um papel importante, mas não pode ser isolado das características do mercado de trabalho dinamarquês de que faz parte. Fora do sistema de negociação coletiva e do diálogo entre os parceiros sociais, essa dinâmica não seria provavelmente jamais desenvolvida e não poderia funcionar.⁽¹⁴⁾

Pesquisadores holandeses⁽¹⁵⁾ estabeleceram, em seus estudos, quatro espécies de flexibilidade

(11) Assalariados *on call* são os que trabalham mediante “chamado”, sendo, portanto, eventuais (PEDREIRA, Pinho. Um novo modelo social: a flexisegurança. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 69, n. 06, p. 645, jun. 2005).

(12) Informação obtida em CAZES, Sandrine; NESPOROVA, Alena. Ob. cit., p. 4, tradução nossa.

(13) ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 44.

(14) “Au cours des dernières années, la flexicurité danoise a attiré beaucoup d’attention au Danemark comme au niveau international. L’intérêt se focalise sur ce qui est maintenant connu sous le nom de triangle d’or (Madsen, 2006), notion qui englobe la facilité des entreprises à embaucher et à licencier, une compensation de salaire élevée en cas de chômage et une politique active du marché du travail centrée sur la reconversion et la formation continue. Ce système contribue à un niveau de mobilité très élevé sans que les salariés perdent leur certitude de revenu. Tandis que ‘le triangle d’or’ est devenu le pivot du débat, on peut se demander s’il constitue véritablement le noyau de la flexicurité danoise. La dynamique du ‘triangle d’or’ joue sans doute un rôle important, mais ne peut être isolée des caractéristiques du marché du travail danois dont il fait partie. En dehors du système des négociations collectives et de dialogue entre les partenaires sociaux, cette dynamique ne se serait probablement jamais développée et ne pourrait pas fonctionner.” (SØNDERGÅRD, Katrine. La flexicurité danoise — et tout ce qui l’entoure. In: *La Chronique Internationale de l’IRES*, Paris, n. 110, p. 43, janvier 2008, tradução nossa).

(15) WILTHAGEN, Ton; TROS, Frank. The concept of ‘flexicurity’: a new approach to regulating employment and labour markets. In: *Transfer*:

e quatro espécies de segurança, que, combinadas em suas diversas variantes, engendram o conceito mais completo de flexisegurança.

Assim, apreendem-se as definições de flexibilidade numérica externa, entendida como a capacidade das empresas de ajustar o quadro de trabalhadores (aumentando-o ou diminuindo-o), para responder às demandas do mercado; flexibilidade numérica interna, que seria a flexibilização da jornada de trabalho, sem afetar a quantidade de postos de trabalho; flexibilidade funcional, que se relaciona com a mobilidade dos trabalhadores entre os diferentes postos de trabalho existentes; e flexibilidade salarial que permite a estipulação de salários ligados ao desempenho.

Aliado a isso, há a segurança do posto de trabalho, referindo-se à manutenção do trabalhador no mesmo emprego; a segurança do emprego, garantindo ao trabalhador manter-se empregado, não necessariamente no mesmo posto de trabalho; segurança da renda, garantindo uma renda em caso de desemprego; e a segurança combinada, conciliando as tarefas do trabalho com outras obrigações sociais, como as familiares.

Como se pode observar, para se entender a flexisegurança deve se ter em conta um novo paradigma adotado pelo Estado que, através de políticas públicas ativas de proteção ao trabalhador em situação de desemprego, se vale do diálogo direto com os sindicatos das categorias profissionais e com as empresas, para estabelecer mecanismos de qualificação e rápida recolocação do empregado no mercado, ao passo em que se admite a flexibilização dos contratos de trabalho, vista essa como decorrência inevitável da tentativa de superação das crises econômicas surgidas com a globalização.

2.3. Aplicação do modelo em alguns países europeus

Serão examinadas, a seguir, as influências da flexisegurança no mercado de trabalho da

Holanda, Espanha, Dinamarca e Portugal, de forma sintética, que é o que se propõe para o presente trabalho.

Foram escolhidos os três primeiros países em razão do avanço do novo modelo social naquelas paragens. Deter-se-á sobre Portugal para se demonstrar as dificuldades de aplicação das reformas e a falta de receptividade por parte dos trabalhadores em um país em que o índice de desenvolvimento humano (IDH)⁽¹⁶⁾ atingiu níveis mais expressivos apenas recentemente.

2.3.1. Holanda

O “Ato Flexibilidade e Segurança” (*Wet Flexibiliteit en Zekerheid*), de 1999 é o exemplo mais ilustrativo da política de flexisegurança na Holanda. O objetivo dessa lei foi criar um equilíbrio entre a necessidade dos empregadores de uma flexibilização nas relações laborais e a exigência dos trabalhadores de uma seguridade social mais ampla e continuidade de participação no mercado de trabalho, não necessariamente na mesma atividade e na mesma empresa.

Frank Tros, professor da Universidade de Amsterdã, resumiu os principais ingredientes daquele diploma:

- as oportunidades de iniciar uma atividade temporária foram ampliadas e as restrições sobre aquelas já existentes foram cessadas;
- introdução de um número máximo de sucessão de contratos temporários e de uma duração total máxima desses contratos sucessivos (respectivamente 3 contratos, 3 anos);

(16) O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida comparativa de *riqueza, alfabetização, educação, esperança de vida, natalidade* e outros fatores para os diversos países do mundo. É uma maneira padronizada de avaliação e medida do bem-estar de uma população, especialmente bem-estar infantil. É usado para distinguir se o país é *desenvolvido, em desenvolvimento* ou *subdesenvolvido*, e para medir igualmente o impacto de políticas econômicas na *qualidade de vida*. O índice foi desenvolvido em 1990 pelo economista paquistanês *Mahbub ul Haq* e pelo economista indiano *Amartya Sen*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Desenvolvimento_Humano>.

European Review of Labour and Research, Belgium, v. 10, n. 2, p. 170-172, 2004.

— ampliação dos direitos dos trabalhadores temporários. Quanto maior a carreira desses trabalhadores temporários, maior a provisão de pensões, educação e contratos fixos.⁽¹⁷⁾

Outros exemplos da implantação da flexisegurança na Holanda são encontrados no Ato de Tratamento Igualitário da Jornada de Trabalho (*Wet Verbod op Onderscheid naar Arbeidsduur*, WOA), com eficácia desde 1996, e no Ato de Ajustamento da Jornada de Trabalho (*Wet Aanpassing Arbeidsduur*, WAA), de 2000. Pelo primeiro, foi garantida igualdade de tratamento entre os trabalhadores *full-time* e *part-time*, no que se refere a salários, treinamentos, etc. Através do segundo, os empregados adquiriram o direito de requerer aos empregadores um ajuste em sua jornada de trabalho, seja aumento ou diminuição da carga horária contratual. A redução só poderia ser negada “mediante prova de motivos derivados de organização do trabalho”⁽¹⁸⁾.

Mister destacar que a implementação do referido modelo, sobretudo no que toca ao “Ato Flexibilidade e Segurança”, só foi possível em decorrência da participação ativa dos sindicatos e das associações de empregados, que, através de um acordo com suas categorias, possibilitou ao Estado sancionar a lei.

Observa-se, ainda, nesse país, a adoção de políticas trabalhistas efetivas para diferentes grupos (mulheres, desempregados, minorias étnicas, jovens e idosos), adotando estratégias

diversificadas a depender das necessidades de cada categoria⁽¹⁹⁾.

A taxa de desemprego, em 2008⁽²⁰⁾, foi estimada em 2,75%, ao passo que em 1995, antes do início das reformas, girava em torno de 6,56%⁽²¹⁾.

2.3.2. Espanha

As reformas trabalhistas de 1994 e 1997⁽²²⁾ intensificaram as negociações coletivas, a fim de se estabelecer um balanço entre a flexibilização e a segurança no emprego.

O “Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo — AMCE”, de 9 de maio de 2006, que desaguou na Lei n. 43/2006, objetivou a redução dos empregos temporários, estimulando a contratação por tempo indeterminado. Aumentou o tempo de duração do “seguro-desemprego” e o estendeu a grupos considerados com dificuldades de se vincular a contratos de emprego. Concedeu incentivos para a conversão de contratos temporários em indeterminados, reduzindo a indenização em caso de dispensa. Adotou, ainda, medidas de limitação de contratações temporárias sucessivas para o mesmo emprego.

A Lei n. 20/2007, denominada Estatuto dos Trabalhadores Autônomos, estendeu o ‘seguro-desemprego’ a mais de três milhões de trabalhadores. Estabeleceu um sistema compulsório de contribuições, o direito à licença remunerada em razão de doença ou acidente de trabalho, o direito à licença paternidade e férias anuais, treinamento vocacional e outros benefícios, a essa categoria.

(17) “— The opportunities to start a temp agency were enlarged and restrictions on existing agencies were released; — introduction of a maximum number of successive fixed term contracts and a maximum of the total length of consecutive contracts (resp. 3 contracts, 3 years); — better legal *status* of temp agency workers. The longer the careers of temp agency workers, the more provision for pensions, education and labour contracts with the employer (i.c. the temp work agency)”. (TROS, Frank. *Flexicurity in the Netherlands*. An overview. Disponível em: <<http://home.medewerker.uva.nl/f.h.tros/bestanden>> p. 1-2, 2009, tradução nossa) 70.5KB.

(18) ROMITA, Arion Sayão. Ob. cit., p. 55.

(19) TROS, Frank. Ob. cit., p. 2.

(20) Optou-se por declinar a taxa de desemprego de 2008, e não 2009, como forma de demonstrar a repercussão das políticas de flexisegurança sobre o referido índice, em virtude do aumento considerável da taxa em toda a Europa com a recente crise econômica mundial de 2009. Por curiosidade, a taxa de desemprego na Holanda para 2009 foi calculada em 3,79%.

(21) Disponível em: <http://www.indexmundi.com/netherlands/unemployment_rate.html>.

(22) O conteúdo das reformas trabalhistas está bem trabalhado em ROMITA, Arion Sayão. Ob. cit., p. 47-52.

A Lei n. 3/2007 se dirigiu a eliminar a discriminação de gênero no acesso ao emprego, estabelecendo programas de treinamento e colocação de mulheres no mercado de trabalho. Esse diploma reconheceu, ainda, o direito do trabalhador de reduzir e adaptar a distribuição de sua carga horária ao longo da jornada semanal de acordo com a responsabilidade familiar.

De mais a mais, o Decreto Real n. 395/2007 regulou o treinamento vocacional para os empregados, como forma de mantê-los na ativa no mercado de trabalho. Houve incentivo às empresas na implementação de cursos de qualificação a seus empregados, através de subsídios e redução da contribuição à seguridade social⁽²³⁾.

Não obstante tenha havido um incremento nos benefícios concedidos aos trabalhadores, muitos autores criticam a aplicação da flexisegurança na Espanha, apontando que a flexibilização falou muito mais alto do que a segurança. Nesse sentido, Emma Cerviño:

Em suma, nas diferentes abordagens da implementação da flexisegurança na Espanha, a busca pela flexibilidade predominou sobre as garantias de segurança no emprego. A área mais negligenciada, não obstante declarações e acordos nessa direção, foi a da flexibilização interna ou qualitativa, o que pode levar a novos acordos sobre organização do trabalho.⁽²⁴⁾

A taxa de desemprego, em 2008⁽²⁵⁾, foi estimada em 11,32%, ao passo que em 1994, no

início das reformas, girava em torno de 24,12%⁽²⁶⁾.

2.3.3. Dinamarca

Como já aduzido anteriormente, a Dinamarca é conhecida como o país em que a flexisegurança criou suas bases mais sólidas. Ao contrário da Holanda, em que o modelo se desenvolveu de forma intencional, como estratégia política do Estado, na Dinamarca, as reformas aconteceram fortuitamente, antes mesmo da criação da terminologia — flexisegurança.

Mikkel Mailand, pesquisador da Universidade de Copenhague, atentou para esse fato:

Em suma, é importante notar que o modelo de flexisegurança dinamarquesa não foi desenvolvida de propósito. Não há nenhum “grande plano” ou teoria por trás dele. Foi apenas no começo da presente década que os atores principais reconheceram a existência do modelo (contudo, o equilíbrio entre os auxílios-desemprego relativamente generosos e os ajustes contratuais liberais é conhecido há anos). Por essa razão, na Dinamarca, a flexisegurança se desenvolveu “acidentalmente” como uma consequência não pretendida das escolhas estratégicas dos atores principais na regulação do mercado de trabalho. A confiança mútua dos parceiros sociais foi de grande importância para confirmar o modelo. O equilíbrio alta qualificação/alto salário e boas rodadas negociais nos últimos anos ajudou à sobrevivência do modelo.⁽²⁷⁾

(23) Dados obtidos em CERVIÑO, Emma. *Spain: flexicurity and industrial relations*. Disponível em: <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/TN0803038s/es0803039q.htm>> Acesso em: 2009.

(24) “In summary, in the different approaches to implementing flexicurity in Spain the search for flexibility has predominated over guarantees of employment security. The area that has been most neglected, despite declarations and agreements in this direction, is that of qualitative internal flexibility, which can lead to innovative agreements on work organization” (CERVIÑO, Emma. Ob. cit., tradução nossa).

(25) Ver nota de rodapé 18. A taxa de desemprego na Espanha para 2009 foi calculada em 18,2%.

(26) Disponível em: <http://www.indexmundi.com/spain/unemployment_rate.html>.

(27) “All in all, it is important to note that the Danish flexicurity model was not developed on purpose. There is no ‘grand plan’ or theory behind it. It was as late as in the beginning of the present decade that the main actors acknowledged the existence of the model (however, the balance between the relatively generous unemployment benefits and the liberal contractual arrangements were known for years). Hence, in Denmark, flexicurity has developed ‘accidentally’ as an unintended consequence of path-dependent strategic choices by the main actors in labour market regulation. Mutual trust between the social partners

Foi na Dinamarca que se criou, desde o final dos anos 70 e com mais expressividade na década de 90, o conceito de ativação, que vem a ser entendida como o resultado “de um novo equilíbrio entre direitos e obrigações, e não deve ser confundida com uma assistência social condicionada. Trata-se de uma transformação do sistema de prestações passivas em programas ativos e exige papel muito mais ativo do desempregado no afã de procurar emprego”⁽²⁸⁾.

Como os custos da proteção ao empregado são, em sua maior parte, arcados pelo Estado, o direito do desempregado a receber “seguro-desemprego” passou a ser condicionado a exigências de participação em programas de capacitação profissional e outras medidas ativas no mercado de trabalho.

Essa política trabalhista foi resumida no “triângulo de ouro”, a que já nos referimos, representado pela flexibilidade na relação de emprego, indenizações elevadas em caso de desemprego e uma nova política de ativação do mercado de trabalho.

Isso só foi possível através da efetiva interação dos diversos setores envolvidos — Estado, empresas, sindicatos e trabalhadores. Katrine Søndergård descreveu a importância conferida às negociações coletivas para o sucesso do modelo danês:

O modelo dinamarquês se caracteriza por uma regulação fundada mais sobre convenções coletivas do que sobre a legislação. Trata-se de um sistema voluntarista: a estrutura e o funcionamento do sistema da negociação coletiva estão consagrados na lei de uma forma muito restrita. A negociação dos acordos coletivos é voluntária, mas se submete a um sistema específico de arbitragem

has been of great importance to sustain the model. A high-skill/high-wage equilibrium and good business cycles in recent years has also helped the model to survive” (MAILAND, Mikkel. *Denmark: flexicurity and industrial relations*. Disponível em: <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0803038s/dk0803039q.htm>> 2009, p. 6, tradução nossa).

(28) ROMITA, Arion Sayão. Ob. cit., p. 44.

industrial (*faglige voldgifter*) e ao controle do Tribunal industrial (*Arbejdsretten*), decisivo para a obrigação de garantir a paz entre as organizações. Os atores sociais são responsáveis pela maior parte das normas, principalmente através dos acordos setoriais que desempenham a função de acordos modelos para os acordos locais negociados nas empresas. Os acordos têm normalmente uma validade de dois a três anos. Durante esse período, impõe-se uma obrigação de paz social entre os atores: os assalariados não têm o direito de fazer greve e os empregadores não podem decretar o *lock-out*. O conflito é autorizado apenas no âmbito da negociação coletiva, o que garante um alto nível de estabilidade no mercado de trabalho.⁽²⁹⁾

Em 2007, uma reforma no sistema da seguridade social promoveu uma divisão de responsabilidades entre o Estado e as municipalidades, sendo aquele a autoridade pública responsável pelos desempregados segurados e estas, pelos desempregados não segurados. Essa reforma, de alguma forma, diminuiu o papel dos parceiros sociais nas políticas de ativação ao trabalho, mas a influência desses ainda é substancial,

(29) “Le modèle danois se caractérise par une régulation fondée sur les conventions collectives plutôt que sur la législation. Il s’agit d’un système volontariste: la structure et le fonctionnement du système de la négociation collective ne sont inscrits dans la loi que dans une mesure très restreinte. La négociation des accords collectifs est volontaire mais soumise à un système spécifique d’arbitrage industriel (*faglige voldgifter*) et au contrôle du Tribunal industriel (*Arbejdsretten*), décisifs pour assurer l’obligation de paix entre les organisations. Les acteurs sociaux sont responsables de la majeure partie des normes, via notamment les accords sectoriels qui font eux-mêmes fonction d’accords cadre pour les accords locaux négociés dans les entreprises. Les accords ont normalement une durée de validité de deux à trois ans. Durant cette période une obligation de paix sociale s’impose aux acteurs: les salariés n’ont pas le droit de faire grève et les employeurs ne peuvent pas décréter le lockout. Le conflit n’est autorisé qu’en relation avec la négociation collective, ce qui garantit un haut niveau de stabilité sur le marché du travail” (SØNDERGÅRD, Katrine. Ob. cit., p. 46, tradução nossa).

engendradora pela participação de todos no Conselho Nacional de Emprego⁽³⁰⁾.

A taxa de desemprego, em 2008⁽³¹⁾, foi estimada em 1,73%, ao passo que em 1994, época de início da generalização das políticas de ativação, girava em torno de 12,28%⁽³²⁾.

2.3.4. Portugal

A legislação trabalhista portuguesa é considerada uma das mais protecionistas da União Europeia. Acusam-na, comumente, de reduzir o dinamismo do mercado de trabalho, já que desestimula a contratação por prazo indeterminado, ante os elevados ônus impostos quando da dispensa de trabalhadores.

A fim de se esquivar dos custos de cumprimento das normas protetivas, muitas empresas lançam mão de contratos a termo e contratos de prestação de serviço, sendo certo que os trabalhadores vinculados a esses pactos não contam com uma proteção social efetiva.

No primeiro trimestre de 2008, o governo português propôs uma alteração ao Código de Trabalho de 2003 (Lei n. 99, de 27.8.2003), ainda não aprovada, aproximando-se, moderadamente, dos princípios vetores da flexisegurança.

Liliana Chouco e Nuno Brás demonstram que as principais alterações se observam na licença de maternidade, horários de trabalho, formação profissional, proteção social, dispensas e benefícios à contratação de desempregados e trabalhadores por prazo indeterminado:

Quanto à licença de maternidade as alterações vão no sentido de dar aos pais mais regalias e tempo para acompanhar os seus filhos após o nascimento. (...)

Nos horários de trabalho, as alterações provocam uma maior flexibilidade e adaptabilidade no horário de trabalho. (...)

Na formação profissional, as alterações incentivam a procura das empresas na qualificação dos trabalhadores, para isso poder-se-á adaptar a “cláusula de formação” (admissão de jovens sem escolaridade obrigatória ou sem qualificação profissional) tornando-a mais exigente nos objectivos e mais flexível na operacionalização e reforçar o direito à formação profissional contínua e adaptar os mecanismos para a sua efetivação.

Na protecção social, esta lei procura beneficiar os empregadores que contratam sem termo e proteger os trabalhadores independentes nas contribuições à segurança social. (...)

O despedimento será mais simples e rápido, esta medida procura aumentar a competitividade das empresas pois facilitará um pouco a troca de trabalhadores de empresa para empresa. (...)

Quanto aos incentivos à contratação de desempregados, o estado procurou resolver os problemas do desemprego de jovens, de desempregados de longa duração, os trabalhadores com mais de 55 anos e ainda os contratos sem termo. (...)⁽³³⁾

A flexisegurança adaptada aos moldes lusitanos acaba por beneficiar aqueles trabalhadores que não estão vinculados a contratos por prazo indeterminado. Já para aqueles que estão ligados a pactos sem prazo certo, a flexisegurança não é vista com bons olhos, já que flexibiliza as relações contratuais, perdendo, esses empregados, diversos direitos conferidos pela legislação laboral.

A taxa de desemprego, em 2008⁽³⁴⁾, foi estimada em 7,6%, ao passo que em 2002, antes da edição da Lei n. 99/03, girava em torno de 5%⁽³⁵⁾.

(30) MAILAND, Mikkel. Ob. cit., p. 2.

(31) Ver nota de rodapé 18. A taxa de desemprego na Dinamarca para 2009 foi calculada em 3,5%.

(32) Disponível em: <http://www.indexmundi.com/denmark/unemployment_rate.html>.

(33) CHOUCO, Liliana; BRÁS, Nuno. *Flexisegurança*. Coimbra: Instituto Politécnico de Coimbra, 2008. p. 9-10.

(34) Ver nota de rodapé 18. A taxa de desemprego em Portugal para 2009 foi calculada em 9,45%.

(35) Disponível em: <http://www.indexmundi.com/portugal/unemployment_rate.html>.

É de se atentar, assim, para o fato de que a flexisegurança deve ser adaptada à realidade de cada país⁽³⁶⁾. Não há como se utilizar o modelo dinamarquês como padrão para todos os outros Estados, vez que o êxito do sistema naquele país se deve a diversas especificidades político-econômico-sociais, como vimos anteriormente. A imposição de políticas inadequadas de flexisegurança em uma localidade pode trazer problemas muito maiores do que aqueles a que ela se destinava solucionar.

3. O Livro Verde — modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI

Laura Leonardi, em artigo publicado juntamente com outros estudiosos, discriminou uma série de documentos da Comissão Europeia sobre os temas, flexibilidade e segurança, ainda que sem a utilização do neologismo, flexisegurança:

Daí a preocupação com o nexo entre flexibilidade e segurança que se refletiu em sucessivos documentos da Comissão Europeia. Assim, essa preocupação aparece já em 1993, no Livro Branco “Crescimento, competitividade e emprego” e, um ano mais tarde, na Reunião de Cúpula de Essen. Aparecerá posteriormente na Reunião de Cúpula de Amsterdã de 1997 e, no mesmo ano, no Livro Verde, “Cooperação para uma nova organização de trabalho”, que sugeria a manutenção de um equilíbrio entre flexibilidade e segurança. Posteriormente, na Reunião de Cúpula de Lisboa (2000) aparece como um aspecto da Estratégia Europeia de Emprego. Finalmente, o Informe de Wim Kok (2004) concluía que “o destino do mercado de trabalho consiste em encontrar um equilíbrio justo entre a flexibilidade e a segurança”. Mais recentemente encontramos

o termo flexisegurança nas Diretrizes Integradas para o crescimento e emprego para o ciclo 2005-2007⁽³⁷⁾.

Em 22.11.2006, a Comissão Europeia apresentou o Livro Verde — *Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI*, com o alegado objetivo de “lançar um debate público na UE, a fim de perspectivar a evolução do direito do trabalho no sentido do objectivo da estratégia de Lisboa de crescimento sustentável com mais e melhores empregos”⁽³⁸⁾.

Esse documento parte do suposto de que o direito do trabalho tradicional representa um entrave ao desenvolvimento econômico dos Estados-membros da União Europeia, sendo premente a flexibilização. Aponta, como justificativa, a emergência de diversas espécies de empregos informais, não inclusos no raio de proteção do direito laboral clássico.

Nesse sentido, encontra-se ali prescrito:

Em 2003, o relatório ao Conselho Europeu do Grupo de Missão sobre o Emprego, presidido por Wim Kok, perspectivou a possível emergência de um mercado de trabalho a

(36) No sítio, Quintus <<http://movv.org/2006/12/05/a-flexiseguranca-e-umas-quantas-perguntas-sobre-a-dita/>>, encontram-se algumas opiniões de cidadãos portugueses sobre o tema, quase sempre tecendo críticas à implantação da flexisegurança naquele país.

(37) “De ahí la preocupación por el nexo entre flexibilidad y seguridad que se ha venido reflejando en sucesivos documentos de la Comisión Europea. Así pues, ésta preocupación aparece ya en 1993, en el Libro Blanco “Crecimiento, competitividad y empleo” y un año más tarde se menciona en la Cumbre de Essen. Aparecerá posteriormente en la Cumbre de Ámsterdam de 1997 y se refleja en el mismo año en el Libro Verde, “Cooperación para una nueva organización del trabajo”, que sugería mantener un equilibrio entre flexibilidad y seguridad. Posteriormente en la Cumbre de Lisboa (2000) aparece como un aspecto de la Estrategia Europea de Empleo. Finalmente el Informe de Wim Kok (2004) concluía que “el reto para el mercado de trabajo consiste en encontrar un equilibrio justo entre la flexibilidad y la seguridad.” Más recientemente encontramos el término de flexiseguridad en las Líneas Directrices Integradas para el crecimiento y el empleo para el ciclo 2005-2007”. (LEONARDI, Laura et al. *¿Es exportable la flexiguridad?* Un estudio comparado de Italia y España. Disponível em: <<http://www.espanet-spain.net/congreso2009/archivos/ponencias/TP05P03.pdf>> tradução nossa).

(38) Texto no original.

duas velocidades, constituído por trabalhadores com um emprego permanente, os “*insiders*”, e os “*outsiders*” nos quais se incluem desempregados, pessoas afastadas do mercado do trabalho e aquelas que se encontram em situações de emprego precárias e informais. Esta última categoria integra uma “zona cinzenta”, que admite a redução considerável de direitos fundamentais em matéria de emprego e protecção social, dando origem a uma situação de insegurança quanto às perspectivas de emprego futuras e que afecta ainda escolhas cruciais ao nível da vida privada (por exemplo, o acesso a habitação, a constituição de família, etc.). O recurso a outras formas de emprego pode desenvolver-se se não existirem medidas destinadas a adaptar o contrato de trabalho clássico a uma maior flexibilidade tanto dos trabalhadores como das empresas⁽³⁹⁾.

Continua, mais adiante:

A celeridade do progresso tecnológico, a intensificação da concorrência como resultado da globalização, a evolução da procura dos consumidores e o significativo crescimento do sector dos serviços sublinham a necessidade de aumentar a flexibilidade. A emergência da gestão *Jus-in-time*, a diminuição do horizonte de investimento para as empresas, a difusão de tecnologias de informação e de comunicação, assim como a mudança cada vez mais célere da procura, conduziram as empresas a organizar-se de maneira mais flexível. A situação em apreço é reflectida nas variações relativas à organização e ao horário de trabalho, aos salários e ao número trabalhadores empregues nas diferentes fases do ciclo de produção. Estas mudanças determinaram a procura de uma maior diversidade de contratos de trabalho, independentemente do facto de estes estarem explicitamente previstos pela legislação da UE e pela legislação nacional. Mas, o modelo tradicional da relação de trabalho e emprego

pode não estar adaptado a todos os trabalhadores com contratos de trabalho sem termo tradicionais, que devem enfrentar as mudanças e as oportunidades que a globalização oferece. Condições de trabalho e de emprego demasiado protectoras podem desencorajar os empregadores de recrutar durante períodos de retoma económica. A existência de modelos alternativos de relações contratuais pode reforçar a capacidade das empresas para dinamizar a criatividade de toda a sua mão de obra e desenvolver, deste modo, maiores vantagens competitivas⁽⁴⁰⁾.

Como possível solução para os problemas apresentados, o referido Livro propõe a adoção, no seio da União Europeia, da flexisegurança, modelo que traria à flexibilidade desejada como condição necessária do desenvolvimento económico dos Estados, mas que garantiria certo nível de segurança à força de trabalho. Encontra-se, assim, ali explicitado:

O presente Livro Verde reflecte sobre o papel que poderia desempenhar o direito do trabalho na promoção da “flexigurança”, na óptica de um mercado de trabalho mais justo, mais reactivo e mais inclusivo e que contribua para uma Europa mais competitiva. Procura:

— identificar os principais desafios ainda sem resposta adequada e que constituem o reflexo de um nítido défice entre os quadros jurídicos e contratuais vigentes, por um lado, e as realidades do mundo do trabalho, por outro, centrar-se principalmente nas questões atinentes ao âmbito de aplicação pessoal do direito do trabalho e não naquelas que dizem respeito a matérias de direito colectivo do trabalho.

— fazer participar os governos dos Estados-Membros, os parceiros sociais e as outras partes interessadas num debate aberto, destinado a reflectir sobre como pode o direito do trabalho contribuir para promover a flexibilidade em articulação com a segurança

(39) Texto no original.

(40) Texto no original.

do emprego, independentemente da forma do contrato de trabalho e, por conseguinte, contribuir, em última análise, para a criação de emprego e para a redução do desemprego.

— estimular o debate sobre a possibilidade de diferentes tipos de relações contratuais, bem como de direitos na esfera laboral aplicáveis a todos os trabalhadores, poderem favorecer a criação de empregos e beneficiar tanto trabalhadores como empresas, facilitando as transições no mercado do trabalho, apoiando a aprendizagem ao longo da vida e desenvolvendo a criatividade de toda a mão de obra.

— contribuir para o objectivo “Legislar melhor”, incentivando a modernização do direito do trabalho, tendo em atenção os benefícios e custos globais em causa, de modo a permitir que trabalhadores e empresas possam compreender melhor os seus direitos e as suas obrigações. Devem ser tidos em conta os problemas que especialmente as PME enfrentam para suportar os custos administrativos resultantes da legislação tanto comunitária como nacional.⁽⁴¹⁾

Através de formulário eletrónico no sítio da Comissão Europeia, foi lançada uma consulta pública sobre as questões suscitadas pelo Livro Verde durante um período de quatro meses, após o que as respostas seriam consolidadas para a elaboração de uma comunicação pela “Comissão sobre Flexigurança”, em junho de 2007.

Duas observações interessantes podem ser feitas a partir da análise do documento. A primeira, no sentido de que o Livro Verde conclui que houve a proliferação de formas contratuais diferentes do modelo tradicional de emprego, mas não evidencia a necessidade de se assegurar maior proteção ao trabalho precário e informal, quando entendemos que esse ainda deve guardar o carácter de excepcionalidade, não se tornando a regra das relações laborais.

(41) Texto no original.

Não fosse só isso, percebe-se claramente que o documento propõe a adoção pela União Europeia do modelo dinamarquês de flexisegurança, quando já tivemos a oportunidade de denunciar que ela tem de ser encarada na dimensão nacional de cada Estado, sem perder de vista as especificidades sócio-econômico-culturais que refletem em mercados de trabalho diversos.

Em 27.6.2007, foi emitida, pela “Comissão sobre Flexigurança”, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Económico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões, denominada “Para a definição de princípios comuns de flexigurança: mais e melhores empregos mediante flexibilidade e segurança”.⁽⁴²⁾

Ali, estabilizou-se o debate em torno da flexibilização das relações de trabalho na União Europeia centrada na flexisegurança. Boa parte do documento traz uma definição do modelo e a justificativa de adoção do mesmo como forma de desenvolvimento económico da Comunidade. Declina quatro componentes políticos em torno dos quais as políticas de flexisegurança podem ser aplicadas, quais sejam:

— *Disposições contratuais flexíveis e fiáveis* (tanto na perspectiva do empregador como do trabalhador, dos *insiders* como dos *outsiders*), mercê da modernização das legislações laborais, dos acordos colectivos e da organização do trabalho;

— *Estratégias globais de aprendizagem ao longo da vida* para garantir a constante adaptabilidade e empregabilidade dos trabalhadores, em especial os mais vulneráveis;

— *Políticas activas de emprego* que, com eficácia, ajudem as pessoas a lidar com a rapidez da mudança, reduzam os ciclos de desemprego e facilitem as transições para novos empregos;

— *Sistemas de segurança social modernos*, que assegurem apoios adequados ao rendimento, fomentem o emprego e facilitem

(42) Texto no original.

a mobilidade no mercado de trabalho. Aqui se inclui uma ampla cobertura em termos de protecção social (subsídios de desemprego, pensões e cuidados de saúde), que ajude as pessoas a conjugar responsabilidades profissionais, privadas e familiares, como a assistência a filhos.⁽⁴³⁾

Como se vê, consagra a adoção do modelo danês de flexissegurança, apoiado no conhecido ‘triângulo de ouro’ — flexibilidade na relação de emprego, nova política de ativação do mercado de trabalho e amplo sistema de segurança social.

A aludida Comunicação prospectou, ainda, oito princípios comuns de flexissegurança, com o intuito de influenciar as estratégias adotadas pelos Estados-membros para concretizar o ideal de um mercado de trabalho mais aberto e produtivo. São eles:

1. A flexigurança pressupõe disposições contratuais flexíveis e fiáveis (tanto na perspectiva do empregador como do trabalhador, dos *insiders* como dos *outsiders*); estratégias globais de aprendizagem ao longo da vida; políticas activas de emprego eficazes; e modernos sistemas de segurança social. O seu objectivo é intensificar a aplicação da estratégia para o crescimento e o emprego, criar mais e melhores empregos e reforçar os modelos sociais europeus, proporcionado novas formas de flexibilidade e segurança para aumentar adaptabilidade, emprego e coesão social.
2. A flexigurança implica um equilíbrio entre direitos e responsabilidades para empregadores, trabalhadores, candidatos a emprego e poderes públicos.
3. A flexigurança deve ser adaptada à especificidade de circunstâncias, mercados de trabalho e relações laborais dos Estados-Membros. A flexigurança não diz respeito a um único modelo de mercado de trabalho ou a uma única estratégia política.

(43) Texto no original.

4. A flexigurança deve reduzir o fosso entre os *insiders* e os *outsiders*. Os que estão actualmente integrados têm necessidade de apoios para se prepararem para fases de transição entre empregos, continuando a beneficiar de protecção. Os que presente-mente estão à margem — designadamente a categoria dos desempregados, onde as mulheres, os jovens e os migrantes estão sobre-representados — precisam que lhes sejam facilitadas portas de entrada no mercado de trabalho e marcos de progressão que lhes permitam aceder a disposições contratuais estáveis.

5. Há que promover a flexigurança interna (no interior da mesma empresa) e externa (entre empresas). A flexibilidade necessária em termos de contratações e despedimentos deve ser acompanhada de segurança nas transições entre empregos. A mobilidade ascendente deve ser facilitada, bem como a passagem de períodos de desemprego e inactividade para o mundo do trabalho. Entre os objectivos da flexigurança contam-se também locais de trabalho de qualidade, com chefias competentes, boa organização do trabalho e actualização contínua de competências. Ao invés de inibir, a protecção social tem de apoiar a mobilidade.

6. A flexigurança deve apoiar a igualdade entre os géneros, promovendo a igualdade de acesso a empregos de qualidade para homens e mulheres, proporcionado possibilidades de conciliar vida profissional e familiar e assegurando oportunidades iguais a migrantes, jovens, pessoas com deficiência e trabalhadores mais velhos.

7. A flexigurança requer um clima de confiança e diálogo entre os poderes públicos e os parceiros sociais, no âmbito do qual todos estejam dispostos a assumir responsabilidades pela mudança e elaborar soluções políticas equilibradas.

8. As políticas de flexigurança implicam custos orçamentais e a sua aplicação deve

contribuir para políticas orçamentais sólidas e financeiramente sustentáveis. Devem visar uma distribuição equitativa de custos e benefícios, em especial entre as empresas, os indivíduos e os orçamentos públicos, com uma tônica específica na situação das PME. Ao mesmo tempo, as políticas de flexigurança eficazes podem contribuir para este objectivo global.⁽⁴⁴⁾

É interessante observar a preocupação, nesse documento, de se adequar a flexisegurança às realidades sócio-econômico-culturais de cada país, maturada, possivelmente, das respostas à consulta pública lançada após a edição do Livro Verde.

Não por outra razão, o documento identificou “um conjunto de combinações e sequências gerais ‘típicas’ das componentes da flexigurança”⁽⁴⁵⁾, a que chamou de ‘percursos da flexigurança’. Assim, propôs-se quatro estratégias, que seriam o marco inicial de adoção do modelo por cada Estado-membro. São elas: “resolver o problema da segmentação contratual (percurso 1)”;⁽⁴⁶⁾ “desenvolver a flexigurança na empresa e proporcionar segurança na transição (percurso 2)”;⁽⁴⁶⁾ “colmatar a insuficiência de competências e oportunidades que afecta a mão de obra (percurso 3); e “melhorar as oportunidades dos beneficiários de prestações e dos trabalhadores não declarados (percurso 4)”⁽⁴⁶⁾.

A partir dos documentos analisados, a flexisegurança passou a constar expressamente de todas as discussões travadas pela Comissão Europeia envolvendo o direito do trabalho.

4. Considerações finais

A cada dia que passa, tornam-se mais evidentes as dificuldades de se compatibilizar o crescimento econômico com o arcabouço protetivo tradicional do direito do trabalho, sobretudo em razão do incremento da concorrência mundial resultante da globalização,

fazendo com que a flexibilização se torne a palavra de ordem nos discursos da grande maioria dos Chefes de Estado.

Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, a partir de seus estudos aprofundados sobre a matéria, chega a refutar a categoria do trabalho subordinado como o atual objeto do Direito Laboral, abrindo os olhos para a necessidade de se conferir proteção às outras modalidades de ocupação, “em nome da vida, da solidariedade e da justiça distributiva”⁽⁴⁷⁾.

Essa conjuntura não autoriza a conclusão de que, em um futuro próximo, o trabalho subordinado deixará de existir. Ricardo Tenório Cavalcante, atento a esse fato, prelecionou:

O cenário atual, como se percebe, expressa um dado concreto de que o desemprego estrutural se constitui uma ameaça real, e que isso está configurado como um fenômeno planetário, mas não autoriza a conclusão necessária de que o futuro será de erosão cada vez maior dos postos de trabalho. Essa visão de fim de emprego diz menos da realidade e mais de um discurso ideologizado com o capital, que enxerga nos direitos trabalhistas meros estorvos no processo de comercialização⁽⁴⁸⁾.

A União Europeia, sobretudo a partir da publicação do Livro Verde — *modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI*, em novembro de 2006, adotou um modelo denominado flexisegurança como

(44) Texto no original.

(45) Texto no original.

(46) Texto no original.

(47) ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. A desconstrução do paradigma trabalho subordinado como objeto do direito do trabalho. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 72, n. 08, p. 919, ago. 2008. O tema é desenvolvido com mais profundidade das obras, ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Direito do trabalho e pós-modernidade*. Fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2007 e ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Princípios de direito do trabalho*. Fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.

(48) CAVALCANTE, Ricardo Tenório. *Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador*. A efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 43.

tentativa de superação da crise de empregabilidade, buscando, com isso, uma intensa flexibilização das relações laborais, mas com o discurso de garantia de segurança dos trabalhadores à inserção no mercado de trabalho.

Das diversas facetas que esse modelo pode se revelar, a Comissão Europeia mostra maior simpatia àquele desenvolvido pela Dinamarca, sustentado em três pilares fundantes, quais sejam, a flexibilidade na relação de emprego, uma nova política de ativação do mercado de trabalho e um amplo sistema de segurança social.

O que se pôde constatar a partir do presente estudo, inclusive observado pela Comissão Europeia, posteriormente à edição do Livro Verde, foi a impossibilidade de se exportar o modelo dinamarquês em sua inteireza para outras regiões, sem que se observe a tessitura econômica e produtiva do mercado de trabalho de cada país.

Como se viu, a Dinamarca se caracteriza por um elevado nível de escolaridade, pequena taxa de desemprego, alto nível de políticas de proteção social e mobilidade profissional bastante elevada, podendo o Estado suportar por mais tempo o custo social do desemprego, o que não se observa, por exemplo, em Portugal.

Não se pode deixar de destacar que, apesar de o modelo estudado buscar conjugar a flexibilidade com a segurança, o grau de flexibilização alcançado é proporcionalmente bastante superior àquele destinado à proteção da força produtiva. Não obstante, tem o mérito de trazer à baila o debate acerca da necessidade de constante aperfeiçoamento dos trabalhadores e de participação efetiva dos diversos intervenientes nas políticas adotadas, como forma de permitir a manutenção daqueles no mercado de trabalho, não necessariamente no mesmo posto ocupado.

É imperiosa a resposta do direito do trabalho a essa situação. A proclamada flexibilização das relações laborais não deve significar, necessariamente, a sobrelevação do trabalho precário.

Márcio Túlio Viana já chamou a atenção para esse fato:

Hoje, como tudo o mais que nos cerca, o direito do trabalho se deixa contaminar pelo cambiante e pelo heterogêneo. Mesmo mantendo formalmente a maior parte das antigas regras, já não as valoriza como antes, não as aplica no mesmo grau, e — o que é pior — não as percebe por inteiro; não as enfeixa nas mãos, como se faz com um ramalhete.

Em outras palavras, as regras começam a se soltar dos princípios, o que significa que o Direito se faz cada vez menos sistema e por isso menos Direito. Tal como o próprio trabalhador, a norma vai perdendo a sua identidade; olha-se no espelho e já não se reconhece, ou não reconhece as outras de sua *classe*. É fugaz, precária, instável, pragmática. (...)

Como o mundo do Trabalho realmente mudou, essas correções de rota já não serão as mesmas daqueles tempos. Talvez seja preciso, realmente, tornar o trabalho um pouco mais cambiante, mas sem fazê-lo mais precário; e seja também interessante enriquecê-lo, mas sem torná-lo estressante. Afinal, nem tudo eram flores no sistema fordista; antes pelo contrário. Além do mais, o próprio trabalhador — inclusive enquanto consumidor — já não é mais o mesmo; e o que vem acontecendo com ele (ou conosco) não é apenas obra da ideologia ou de jogadas de *marketing*.⁽⁴⁹⁾

Não foi outro o objetivo deste trabalho senão reacender a discussão em torno da crise do “pleno emprego” e das alternativas de superação da mesma. Se é certo que a flexisegurança não pode ser encarada como panaceia universal para os conflitos enfrentados pelo direito do trabalho, não menos precisa é a noção de que as

(49) VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 44-45, jan./mar. 2008.

experiências da União Europeia com a utilização do referido modelo podem servir de subsídio para as propostas de reformas legislativas que tomem corpo em nosso país.

Está lançado o debate!

5. Referências bibliográficas

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. A desconstrução do paradigma trabalho subordinado como objeto do direito do trabalho. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 72, n. 08, p. 913-919, ago. 2008.

_____. *Direito do trabalho e pós-modernidade*. Fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Princípios de direito do trabalho*. Fundamentos teórico-filosóficos. São Paulo: LTr, 2008.

ANTUNES, Ricardo. Dimensões da Precarização Estrutural do Trabalho. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Orgs.). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.

BARBUGIANI, Luiz Henrique S. Globalização, economia e desemprego. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 01, p. 60-64, jan. 2009.

CALHEIROS, Marcos. *A sistematização dos princípios do direito do trabalho e a reelaboração do seu princípio protetor: para uma análise crítica da flexisegurança*. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. *Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador*. A efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAZES, Sandrine; NESPOROVA, Alena. *Flexicurity: a relevant approach in Central and Eastern Europe*. Geneva: International Labour Office, 2007.

CERVIÑO, Emma. *Spain: flexicurity and industrial relations*. Disponível em: <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/TN0803038s/es0803039q.htm>> Acesso em: 2009.

CHOUCO, Liliana; BRÁS, Nuno. *Flexisegurança*. Coimbra: Instituto Politecnico de Coimbra, 2008.

ESTEVES, Juliana Teixeira. *A seguridade social no contexto de uma renda universal garantida: os fundamentos político-jurídicos para uma ética universal*

na governabilidade do mundo. 234f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

FRANCO, Tomás Sala; PESET, José Maria Goerlich. Presentación. In: *Teoría & Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Valencia, n. 4, p. 8-9, diciembre 2008.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Crise financeira e a valorização do trabalho humano. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 02, p. 147-152, fev. 2009.

LEONARDI, Laura *et all.* *¿Es exportable la flexiguridad?* Un estudio comparado de Italia y España. Disponível em: <<http://www.espanet-spain.net/congreso2009/archivos/ponencias/TP05P03.pdf>>.

MAILAND, Mikkel. *Denmark: flexicurity and industrial relations*. Disponível em: <<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0803038s/dk0803039q.htm>> Acesso em: 2009.

MEIRELES, Edilton. Trabalhadores subordinados sem emprego — limites constitucionais à desproteção empregatícia. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 69, n. 07, p. 842-845, jul. 2005.

MERÇON, Paulo Gustavo de Amarante. Além dos portões da fábrica — o direito do trabalho em reconstrução. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 71, n. 10, p. 1.172-1.186, out. 2007.

MORAES, Isabele. *A subordinação da força do trabalho ao capital: para ampliar os cânones da proteção e o objeto do direito do trabalho, a partir da Economia Social ou Solidária*. 189f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Crise econômica, despedimentos e alternativas para a manutenção dos empregos. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 01, p. 7-16, jan. 2009.

OLIVEIRA, Murilo. Crise do direito do trabalho. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 70, n. 08, p. 998-1007, ago. 2006.

PEDREIRA, Pinho. Um novo modelo social: a flexisegurança. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 69, n. 06, p. 645-647, jun. 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Empregabilidade e precarização do emprego. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 71, n. 01, p. 7-14, jan. 2007.

ROMITA, Arion Sayão. *Flexigurança: a reforma do mercado de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Revisitando um plano nacional de ação frente ao desemprego. In: *Revista LTr Legislação do Trabalho*, São Paulo, ano 73, n. 03, p. 272-276, mar. 2009.

SØNDERGÅRD, Katrine. La flexicurité danoise – et tout ce qui l’entoure. In: *La Chronique Internationale de l’IRES*, Paris, n. 110, p. 43-51, janvier 2008.

TROS, Frank. *Flexicurity in the Netherlands*. An overview. Disponível em: <<http://home.medewerker.uva.nl/f.h.tros/bestanden>>, p. 1-9, 2009.

VIANA, Márcio Túlio. Trabalhando sem medo: alguns argumentos em defesa da Convenção n. 158 da OIT. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, São Paulo, ano 7, n. 25, p. 39-48, jan./mar. 2008.

WILTHAGEN, Ton; TROS, Frank. The concept of “flexicurity”: a new approach to regulating employment and labour markets. In: *Transfer: European Review of Labour and Research*, Belgium, v.10, n. 2, p. 166-186, 2004.

Sítios visitados:

Europa <http://europa.eu/index_pt.htm> 70.5KB.

Index Mundi <<http://www.indexmundi.com>> 70.5KB.

Jornal de Negócios <<http://www.jornaldenegocios.pt>> 70.5KB.

Quintus <<http://movv.org>> 70.5KB.

Wikipedia <<http://pt.wikipedia.org>>.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho



Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

- **RECURSO DE REVISTA. DECISÃO REGIONAL QUE AFASTOU JUSTA CAUSA PARA A DESPEDIDA DO EMPREGADO, ADOTANDO TESE JURÍDICA ALICERÇADA NO RECONHECIMENTO CIENTÍFICO DE QUE O ALCOOLISMO CRÔNICO, DE QUE PADECE O RECLAMANTE, NO CASO DOS AUTOS, É DOENÇA QUE RECLAMA TRATAMENTO, NÃO SE CONFUNDINDO COM O DESVIO DE CONDUTA DE QUE TRATA A HIPÓTESE DO ART. 482, LETRA “F”, DA CLT. RECURSO DE REVISTA FUNDADO APENAS EM DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL, QUE NÃO ESTÁ DEVIDAMENTE CARACTERIZADA, TORNANDO-SE INVIÁVEL SEU CONHECIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 296, I, DO TST. Verifica-se que as decisões colacionadas em razões de recurso de revista não se prestam ao conflito de teses, pois inespecíficas, à luz da Súmula n. 296, I, do TST. Com efeito, nenhum dos paradigmas transcritos pela reclamada (fl. 201) refere-se à hipótese de embriaguez contumaz, em que o obreiro padece de alcoolismo crônico, aspecto fático expressamente consignado no acórdão regional. Logo, considerando que o apelo patronal veio calcado apenas em divergência jurisprudencial, mostra-se inviável o processamento do apelo, nos termos do que dispõe aludido verbete. Recurso de revista não conhecido.**

Processo: TST-RR-132900-69.2005.5.15.0020
ACÓRDÃO

7ª Turma

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-132900-69.2005.5.15.0020, em que é Recorrente MUNICÍPIO DE GUARATINGUETÁ e Recorrido REINALDO MARIANO DA SILVA.

O Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, ao analisar o recurso ordinário do reclamante, entendeu que o alcoolismo não pode mais ser considerado motivo para dispensa por justa causa, e, assim, deu provimento ao apelo obreiro para condenar o Município reclamado a reintegrar o autor (fls. 186/196).

Inconformado, o ente público interpõe recurso de revista, fls. 198/202. Sustenta, em síntese, que não há prova de que o autor seja dependente químico ou de que tenha buscado tratamento,

motivo pelo qual deve ser reconhecida a legalidade da dispensa por justa causa. Transcreve arestos a fim de demonstrar divergência jurisprudencial.

O apelo foi admitido pela decisão à fl. 250.

O reclamante não ofereceu contrarrazões, conforme certidão à fl. 251.

O Ministério Público do Trabalho opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso de revista (254/255).

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, passo a examinar os específicos do recurso de revista.

1. ALCOOLISMO CRÔNICO – JUSTA CAUSA

Ao analisar o tema, o Tribunal Regional asseverou às fls. 187/190:

2. Justa causa – alcoolismo

Trata-se de hipótese típica de alcoolismo. No depoimento perante a comissão processante, no inquérito administrativo para a sua dispensa, no qual lhe foram garantidos a assistência por advogado, a ampla defesa e o contraditório (CF, art. 7º, LV), o reclamante declarou que é dependente dessa substância, da qual faz uso diariamente, e confessou que chegou a ser surpreendido dormindo em serviço. Negou que a bebida cause alterações em seu comportamento ou o deixe embriagado; também negou as faltas ao serviço e afirmou que só o fez esporadicamente por um ou dois dias, mas sempre apresentando atestado médico (f. 53/54). São sinais característicos dessa doença: o consumo diário, que confirma a dependência química do álcool confessada por ele, bem como a negação de seus efeitos e da realidade.

Vale notar que a testemunha Benedito Galvão Nunes da Rosa, ouvida naquele inquérito, confirmou que é comum o autor apresentar-se ao trabalho embriagado, que por diversas foi flagrado dormindo durante o expediente e que falta constantemente. Disse ainda que lhe recomendou buscar tratamento, mas que ele não observou suas ponderações (f. 63/64). De notar que as faltas ao trabalho foram numerosas e resultaram na perda do direito a férias.

A rigor, restou configurada a hipótese da alínea “f”, do art. 482, da Consolidação das Leis do Trabalho, pela embriaguez habitual e em serviço. Todavia, a embriaguez contumaz, ou alcoolismo, não pode mais ser motivo para a dispensa por justa causa, por ser reconhecida como doença pela Organização Mundial de Saúde e por ser catalogada como tal no item F 10.2, da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID 10), assim descrito (Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cid10/webhelp/cid10.htm>> Acesso em: 30 out. 2007, às 18h59min):

F10.2. Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool — síndrome de dependência

Conjunto de fenômenos comportamentais, cognitivos e fisiológicos que se desenvolvem após repetido consumo de uma substância psicoativa, tipicamente associado ao desejo poderoso de tomar a droga, à dificuldade de controlar o consumo, à utilização persistente apesar das suas consequências nefastas, a uma maior prioridade dada ao uso da droga em detrimento de outras atividades e obrigações, a um aumento da tolerância pela droga e por vezes, a um estado de abstinência física.

É verdade que a questão ainda é controversa, mas a tese ora sustentada encontra apoio na doutrina de Adalberto Martins (*A embriaguez no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999) e em decisões de algumas Turmas do colendo Tribunal Superior do Trabalho:

[...]

Também encontra amparo neste aresto, da Subseção Especializada em Dissídios Individuais n. 1, do Tribunal Superior do Trabalho, cuja decisão se deu por maioria de votos:

[...]

Por esse motivo, provejo o recurso nesse ponto, a fim de negar a existência de justa causa para a dispensa do reclamante.

No recurso de revista, o Município reclamado sustenta que a embriaguez no serviço é motivo para a dispensa por justa causa do trabalhador. Alega que o reclamante sempre teve comportamento inadequado no ambiente de trabalho. Assevera que o obreiro não provou que seja dependente químico ou que tenha buscado tratamento. Transcreve arestos a fim de demonstrar divergência jurisprudencial.

Verifica-se que as decisões colacionadas nas razões de recurso de revista não se prestam ao conflito de teses, pois inespecíficas, à luz da Súmula n. 296, I, do TST. Com efeito, nenhum dos paradigmas transcritos pela reclamada (fl. 201) refere-se à hipótese de embriaguez contumaz, em que o obreiro é vítima de alcoolismo, aspecto fático expressamente consignado no acórdão regional.

Logo, considerando que o apelo patronal veio calcado apenas em divergência jurisprudencial,

mostra-se inviável o processamento do apelo, nos termos do que dispõe aludido verbete.

Cumpra esclarecer que não é possível acolher a tese patronal no sentido de que não foi provada a dependência química do autor, pois, para tanto, faz-se necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório acostado aos autos, procedimento vedado nesta esfera recursal pela Súmula n. 126 desta Corte.

De todo modo, vale mencionar que a jurisprudência desta Corte tem entendido que o alcoolismo crônico, atualmente reconhecido como doença pela Organização Mundial de Saúde — OMS, não acarreta a rescisão contratual por justa causa. Nesse sentido:

EMBARGOS. JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO CRÔNICO. ART. 482, “F”, DA CLT. 1. Na atualidade, o alcoolismo crônico é formalmente reconhecido como doença pelo Código Internacional de Doenças — CID — da Organização Mundial de Saúde — OMS, que o classifica sob o título de — síndrome de dependência do álcool (referência F- 10.2). É patologia que gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Clama, pois, por tratamento e não por punição. 2. O dramático quadro social advindo desse maldito vício impõe que se dê solução distinta daquela que imperava em 1943, quando passou a vigor a letra fria e hoje caduca do art. 482, “f”, da CLT, no que tange à embriaguez habitual. 3. Por conseguinte, incumbe ao empregador, seja por motivos humanitários, seja porque lhe toca indeclinável responsabilidade social, ao invés de optar pela resolução do contrato de emprego, sempre que possível, afastar ou manter afastado do serviço o empregado portador dessa doença, a fim de que se submeta a tratamento médico visando a recuperá-lo. 4. Recurso de embargos conhecido, por divergência jurisprudencial, e provido para restabelecer o acórdão regional. (ED-E-RR — 586320-51.1999.5.10.5555, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 19.4.2004, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 21.5.2004)

RECURSO DE REVISTA. INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. O alcoolismo crônico, nos dias atuais, é formalmente reconhecido como doença pela Organização Mundial de Saúde — OMS, que o classifica sob o título de — síndrome de dependência do álcool —, cuja patologia gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Assim é que se faz necessário, antes de qualquer ato de punição por parte do empregador, que o empregado seja encaminhado ao INSS para tratamento, sendo imperativa, naqueles casos em que o órgão previdenciário detectar a irreversibilidade da situação, a adoção das providências necessárias à sua aposentadoria. No caso dos autos, resta incontroversa a condição do obreiro de dependente químico. Por conseguinte, reconhecido o alcoolismo pela Organização Mundial de Saúde como doença, não há como imputar ao empregado a justa causa como motivo ensejador da ruptura do liame empregatício. Recurso de revista conhecido e provido. (RR — 186400-95.2004.5.03.0092, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 13.2.2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 28.3.2008)

AGRAVO DE INSTRUMENTO DOS RECLAMANTES. Improperável agravo de instrumento quando não demonstrado que a revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT. RECURSO DE REVISTA PATRONAL ALCOOLISMO. Diante do posicionamento da OMS, que catalogou o alcoolismo como doença no Código Internacional de Doenças (CID), sob o título de síndrome de dependência do álcool (referência F-10.2), impõe-se a revisão do disciplinamento contido no art. 482, letra “f”, da CLT, de modo a impedir a dispensa por justa causa do Trabalhador alcoólatra (embriaguez habitual), mas, tão somente, levar à suspensão de seu contrato de trabalho, para que possa ser submetido a tratamento médico ou mesmo a sua aposentadoria, por invalidez. Recurso de Revista conhecido em parte e desprovido. (AIRR e RR — 813281-96.2001.5.02.5555, Relator

Ministro: José Luciano de Castilho Pereira, Data de Julgamento: 23.8.2006, 2ª Turma, Data de Publicação: 22.9.2006)

[...] **ALCOOLISMO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA JUSTA CAUSA. REINTEGRAÇÃO.** Revela-se em consonância com a jurisprudência desta Casa a tese regional no sentido de que o alcoolismo crônico, catalogado no Código Internacional de Doenças — CID, da Organização Mundial de Saúde — OMS, sob o título de síndrome de dependência do álcool, é doença, e não desvio de conduta justificador da rescisão do contrato de trabalho. Registrado no acórdão regional que — restou comprovado nos autos o estado patológico do autor —, que o levou, inclusive — a suportar tratamento em clínica especializada —, não há falar em configuração da hipótese de embriaguez habitual, prevista no art. 482, “f”, da CLT, porquanto essa exige a conduta dolosa do reclamante, o que não se verifica na hipótese. Recurso de revista não conhecido, integralmente. (RR – 153000-73.2004.5.15.0022, Relatora Ministra: Rosa Maria Weber, Data de Julgamento: 21.10.2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 6.11.2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ALCOOLISMO CRÔNICO. JUSTA CAUSA. DA VIOLAÇÃO AO ART. 482, “F”, DA CLT. A decisão do Regional,

quanto ao afastamento da justa causa, não merece reparos, porquanto está em consonância com o entendimento desta Corte Superior, inclusive da SBDI-1, no sentido de que o alcoolismo crônico é visto, atualmente, como uma doença, o que requer tratamento e não punição. Incólume o art. 482, alínea “f”, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR – 34040-08.2008.5.10.0007, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 14.4.2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 16.4.2010)

Por todo o exposto, **NÃO CONHEÇO** do recurso de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

Brasília, 18 de agosto de 2010.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

Flavio Portinho Sirangelo

Juiz Convocado Relator

Firmado por assinatura digital em 19.08.2010 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira.

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

- EXECUÇÃO CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA QUE ATACA BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA CORRENTE. LIMITES DE ATUAÇÃO DA SEDI. INOCORRÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RELATIVIZAÇÃO DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. Não é dado à Seção Especializada em Dissídios Individuais — SEDI — ainda que a pretexto de proteger a soberania de Estado estrangeiro, rejudgar questão já decidida por Turma integrante do mesmo Tribunal. É permitida a execução de órgão representativo de Estado estrangeiro, desde que existam, no âmbito espacial da jurisdição pátria, bens passíveis de constrição e que não estejam relacionados diretamente à representação diplomática ou consular. Não é presumível que todo o valor depositado em conta-corrente esteja vinculado à representação do Estado estrangeiro. A inviolabilidade é assegurada somente aos bens da Missão Diplomática.

Processo: 01140-2008-000-01-00-5 – MS
ACÓRDÃO – SEDI

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança n. TRT-MS-01140-2008-000-01-00-5, em que são partes: REPÚBLICA DE CÔTE D'IVOIRE (EMBAIXADA DE CÔTE D'IVOIRE), como Impetrante e JUIZ TITULAR DA 27ª VARA DO TRABALHO DO RIO DE JANEIRO como Impetrado, e JOSÉ LUIZ VIEIRA, como Terceiro Interessado.

I – RELATÓRIO

Adoto, na forma regimental, o relatório produzido na Sessão de Julgamento, nos seguintes termos, *verbis*:

“Trata-se de mandado de segurança impetrado por República de Côte d'Ivoire (Embaixada de Côte d'Ivoire), visando a atacar ato de bloqueio de valores na conta-corrente da impetrante.

Sustenta a impetrante que deve ser aplicado o princípio consagrado no Direito Internacional

Público do *par in parem non habeat imperium*, respeitando a igualdade jurídica dos Estados, em especial o princípio da imunidade de execução em favor dos estados estrangeiros e suas representações diplomáticas e consulares; que requerida pelo reclamante a penhora de bens que se encontravam no Consulado, o MM. Juiz indeferiu o requerido, num primeiro momento, em face dessa imunidade e da inviolabilidade da sede do consulado; que posteriormente foi negado provimento ao agravo de petição interposto pelo reclamante, aqui terceiro interessado, e apesar disso foi deferida a penhora e bloqueio de sua conta-corrente, conforme documentos de fls. 02/04; que, assim, passou a sofrer execução sem que lhe fossem asseguradas as suas prerrogativas de Estado estrangeiro; que não houve renúncia expressa de sua prerrogativa de imunidade de execução; que a autoridade impetrada desconsiderou que a imunidade de execução é absoluta, eis que deriva não só da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, mas

também da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e das regras costumeiras que não permitem a constrição de bens de Estado estrangeiro; que o constrangimento executório ao qual foi submetida somente seria possível se tivesse renunciado expressamente à sua imunidade; que é seu direito líquido e certo que essa imunidade seja reconhecida, com a paralisação da execução. Pede a concessão da segurança para que seja cassado o ato atacado em razão da imunidade de execução que invoca.

A liminar requerida na inicial foi deferida, conforme despacho de fls. 128/130.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de praxe a fls. 134/135.

Não houve manifestação do terceiro interessado, embora regularmente notificado (fls. 153 e 156).

O Ministério Público do Trabalho a fls. 158/161, em parecer da lavra do ilustre Procurador Reginaldo Campos da Motta, manifesta-se pela concessão parcial da segurança para determinar-se, em caráter definitivo, o desbloqueio da conta bancária da impetrante, evitando-se, por extensão, a prática de novos atos de natureza expropriatória.

É o relatório.”

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – MÉRITO

A. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO DE ESTADO ESTRANGEIRO

Sustenta a Impetrante, em suma, que: a autoridade dita coatora determinou o bloqueio de sua conta bancária mantida junto ao Banco do Brasil; é um Estado estrangeiro, pessoa jurídica de direito internacional público e soberano, subordinado ao direito das gentes e a todos os princípios e regras de Direito Internacional Público; deve ser aplicado o princípio da imunidade de execução consagrado pelo DIP, *par in prem non habet imperium* em favor dos Estados estrangeiros e das representações diplomáticas e consulares; em decorrência da penhora *on*

line de suas contas bancárias, os cheques emitidos para o pagamento de prestadores de serviços foram devolvidos por insuficiência de fundos; o ofício encaminhador da citação para o pagamento do débito não lhe foi entregue; o Ministério das Relações Exteriores afirmou a entrega do expediente; está a sofrer execução sem ter assegurada as prerrogativas de Estado estrangeiro; em 7.4.2007 foi surpreendida com a devolução de cheques por insuficiência de fundos, quando tomou conhecimento da ordem judicial; a presente não se enquadra na Orientação Jurisprudencial n. 60 da SBDI-I do c. TST; não renunciou a imunidade de execução prevista na Convenção de Viena; invocou a imunidade perante o Juízo da execução; a jurisprudência assegura a imunidade de execução; o bem penhorado serve única e exclusivamente ao uso da Embaixada, permitindo o desenvolvimento diário das atividades de representação diplomática; está disposto a pagar os valores referentes à condenação, mas desde o momento que lhe seja dada a oportunidade de se programar.

Com a devida vênia do MM. Relator, dele divirjo.

E o faço, de plano, porque o direito líquido e certo supostamente violado reside na impossibilidade de penhora de dinheiro, via BACENJUD, na conta corrente da Impetrante, tal como efetuado pela autoridade dita coatora, ao argumento da imunidade de jurisdição da Embaixada de *Cote D'Ivoire*.

Não obstante, o tema da imunidade já foi julgado, e refutado, pela MM. 7ª Turma deste Tribunal, segundo é informado na inicial, no § 6º de fls. 03, bem como provado às fls. 18/24.

A leitura do referido acórdão permite aferir que referido órgão colegiado estabeleceu, com base na doutrina, a distinção entre imunidade e inviolabilidade, ao dispor, *verbis*:

“Nas execuções pecuniárias contra entes externos muitas vezes não se vislumbra uma verdadeira ‘imunidade de execução’, mas apenas uma ‘inviolabilidade’ de bens.

Afinal, não existe nenhum óbice legal ao procedimento executório em si, mas apenas a existência de bens disponíveis à constrição e posterior conversão em pecúnia, hipótese que não difere em essência de outras usuais dificuldades executórias, como a impenhorabilidade de bens de família (Lei n. 8.009/90) e dos bens descritos no art. 649, do Código de Processo Civil Brasileiro.” (fls. 21) A partir de tal premissa, concluiu que:

“Feita a distinção, pode-se concluir que é possível a execução de sentença, desde que existam bens passíveis de constrição.” (fls. 21)

Portanto, não é dado a esta Seção Especializada em Dissídios Individuais reformar a decisão proferida pela MM. 7ª Turma, o que certamente acontecerá caso prevaleça a proposta de vedação da penhora de bens do Estado impetrante.

A ação mandamental não pode servir como instrumento de reforma, por via transversa, da decisão proferida em grau de recurso por Turma do Tribunal, quer porque assim o impede o art. 5º, inc. III, da Lei n. 12.016/2009 (Nova Lei do Mandado de Segurança), quer por se estar tratando de órgãos fracionários distintos de um mesmo Tribunal, compostos por magistrados com a mesma competência hierárquica.

Ante o exposto retro, poder-se-ia concluir pela extinção do processo sem resolução do mérito.

Contudo, penso não ser a solução mais adequada para a pretensão *sub examine*, na medida em que o Impetrante alega que o ato atacado excede os limites contidos no acórdão multicitado.

Mais uma vez se impõe a análise da decisão turmária para aferição do excesso alegado.

Neste sentido, reza o acórdão que competia à ora Impetrante:

“(…) indicar outros bens passíveis de penhora e conversão em pecúnia ou até mesmo de numerário ou aplicação financeira que não sejam destinados especificamente para os atos oficiais da missão.” (fls. 22) Atingido

o patrimônio, cabia ao Impetrante fazer comprovar que o dinheiro bloqueado estava destinado a fazer frente às necessidades da representação diplomática, o que inocorreu no caso *sub examine*.

Não é possível presumir, *data venia*, que todo e qualquer valor depositado em conta-corrente do órgão de representação diplomática esteja relacionado diretamente à representação do Estado estrangeiro.

E se tal presunção é inadmissível, obviamente não se pode cogitar de direito líquido e certo violado, no caso *sub examine*, considerando que por tal noção jurídica deve ser entendido, de acordo com o magistério de HELLY LOPES MEIRELLES, “o direito comprovado de plano”, pois, “se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança” (*Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 37).

Considerando, com amparo nas lições de SÉRGIO FERRAZ, que, “no mandado de segurança o direito líquido e certo é, a um só tempo, condição da ação e seu fim último (na primeira face, como Juízo provisório; na segunda, como objetivo da tutela jurisdicional)”, tem-se que a ausência de prova de que os bens constritos estão integralmente vinculados à atividade diplomática impede a concessão da ordem, pois, uma vez mais em palavras de SÉRGIO FERRAZ, “a dúvida quanto à existência do fato conduz à denegação do *writ*” (*Mandado de segurança*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 35-36).

Tais argumentos são suficientes, por si só, à denegação da segurança.

Mas, mesmo que assim não fosse, ainda que possível a rediscussão da matéria afeta à imunidade de jurisdição em sede mandamental, após tê-lo sido no agravo de petição, o que ora é admitido com fins estritos de argumentação, melhor sorte não ampararia a Impetrante.

Assim o é porquanto a imunidade de execução não se confunde com a imunidade de jurisdição.

O e. STF relativizou a imunidade jurisdicional dos Estados Estrangeiros, que gozam de soberania internacional — seja por força do direito consuetudinário internacional, seja por força de tratados internacionais —, com base no direito, jurisprudência e doutrina transcendentes de uma noção de imunidade absoluta.

A ementa do acórdão pioneiro bem sintetiza as razões de decidir do e. STF:

“EMENTA: Estado estrangeiro. Imunidade de jurisdição. Causa trabalhista.

1. Não há imunidade de jurisdição para o Estado estrangeiro, em causa de natureza trabalhista.

2. Em princípio, esta deve ser processada e julgada pela Justiça do Trabalho, se ajuizada depois do advento da Constituição Federal de 1988 (art. 114).

3. Na hipótese, porém, permanece a competência da Justiça federal, em face do disposto no parágrafo 10 do art. 27 do ADCT da Constituição Federal de 1988, c/c art. 125, II, da EC n. 1/69.

4. Recurso ordinário conhecido e provido pelo Supremo Tribunal Federal para se afastar a imunidade de jurisdição reconhecida pelo Juízo Federal de 1º grau, que deve prosseguir no julgamento da causa, como de direito.” (STF. Tribunal Pleno. Apelação Cível n. 9.696-3-SP. Relator Sydney Sanches. DJ 12.10.1990).”

Todavia, admitir a relativização da imunidade de jurisdição, sem fazer o mesmo com relação a imunidade de execução, ao menos em termos absolutos, é o mesmo que não assegurar a eficácia das decisões judiciais.

Isso porque, a partir do momento em que se admite o processo de conhecimento contra os Estados soberanos, quando o direito invocado decorre de sua atuação nas relações privadas, como é o caso das relações do trabalho, também deve ser admitida a execução contra esses mesmos Estados estrangeiros, quando o título executivo judicial decorre de uma relação de direito privado.

Essa questão foi levantada incidentalmente pelo Ministro Celso de Mello, no decorrer do julgamento do AgR-RE 222.368-PE, pela 2ª Turma, DJ 14.2.2003, *verbis*:

“É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição ora em exame), continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como prerrogativa institucional de caráter mais abrangente, ressalvadas as hipóteses excepcionais (a) de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens (RTJ n. 167/761, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – ACO n. 543/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE) ou (b) de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso País.

Cabe referir, neste ponto, a propósito da questão específica da imunidade de execução, o autorizado magistério de JOSÉ FRANCISCO REZEK (Direito Internacional Público, p. 176/177, item n. 97, 7. ed., 1998, Saraiva):

‘A execução forçada da eventual sentença condenatória, entretanto, só é possível na medida em que o Estado estrangeiro tenha, no âmbito espacial de nossa jurisdição, bens estranhos à sua própria representação diplomática ou consular — visto que estes se encontram protegidos contra a penhora ou medida congênere pela inviolabilidade que lhes asseguram as Convenções de Viena de 1961 e 1963, estas seguramente não derogadas por qualquer norma ulterior (...).’” (destaquei)

Mais adiante, prosseguiu o Ministro Celso de Mello, em seu voto:

“O fato irrecusável é um só: privilégios diplomáticos não podem ser invocados, em processos trabalhistas, para coonestar o

enriquecimento sem causa de Estados estrangeiros, em injusto detrimento de trabalhadores residentes em território brasileiro, sob pena de essa prática consagrar inaceitável desvio ético-jurídico, incompatível com o princípio da boa-fé e com os grandes postulados do direito internacional.

Cabe analisar, por necessário, que se mostra irrelevante — uma vez recusado, em sede de litígio trabalhista, o reconhecimento da imunidade de jurisdição — o possível surgimento, em momento subsequente, de obstáculos jurídicos decorrentes de um outro tipo de imunidade (a imunidade de execução).”

Diante dos fundamentos expendidos pelo e. STF, ainda que incidentalmente, é possível aceitar e realizar a execução forçada da eventual sentença condenatória, desde que o Estado estrangeiro tenha, no âmbito espacial de nossa jurisdição, bens estranhos à representação diplomática ou consular.

Tal conclusão se chega por exclusão, tendo em vista que somente os bens afetos ao interesse da representação diplomática ou consular estão protegidos contra a penhora ou medida congênere pela inviolabilidade que lhes asseguram as Convenções de Viena de 1961 e 1963.

Somente são invioláveis os bens da Missão Diplomática. A renúncia à imunidade de execução somente é exigível quando os atos de constrição atingirem o patrimônio afeto à Missão Diplomática.

Neste sentido, os seguintes precedentes do c. TST:

“REMESSA *EX OFFICIO*. MANDADO DE SEGURANÇA. A presente remessa *ex officio* é incabível, em face do disposto na Orientação Jurisprudencial n. 72 da SBDI-1 desta colenda Corte. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. PENHORA DA RESIDÊNCIA OFICIAL DO CÔNSUL. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. Seguindo a orientação do STF, a jurisprudência dos Tribunais de todo

o país já se pacificou no sentido de que os estados e organismos internacionais não gozam de imunidade de jurisdição na fase de conhecimento. No entanto, quando a questão diz respeito a execução, o tema suscita debates, quando inexistente renúncia, porque os estados estrangeiros gozam de imunidade de execução. Na questão *sub judice* foi determinada a penhora sobre a residência oficial do Cônsul, cujo bem está integrado ao patrimônio estrangeiro e, por isso, afeto à representação consular, resultando vulnerado o direito líquido e certo do impetrante, consubstanciado no direito à imunidade de execução da qual é detentor. No caso, a execução deve ser paralisada, a fim de que se encontrem outros bens a serem penhorados, desde que sejam eles desafetos ao Consulado.” (TST. SBDI-II. AG-RXOFROMS 62.268/2002-900-02-00.8. Relator Ministro Emmanoel Pereira. DJ 27.2.2004)

“AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA NOS AUTOS DE MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA ELETRÔNICA DE VALORES PERTENCENTES A ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE EXECUÇÃO. Não merece provimento o agravo regimental cujas razões não logram desconstituir os fundamentos norteadores do despacho que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela de mérito pretendida no mandado de segurança, firmemente alicerçados na existência de prova inequívoca da constrição judicial e na caracterização dos requisitos do art. 273 do CPC: I) a verossimilhança da alegação (direito do Estado Estrangeiro à imunidade de execução, por força da Convenção de Viena) e II) o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, caso se aguardasse o provimento jurisdicional definitivo, já que os valores encontrados nas contas bancárias de titularidade da impetrante estavam bloqueados pelo sistema penhora *on line*, limitada aos elevados créditos exequendos. Agravo desprovido.” (TST. SBDI-II. AG-RXOF e ROMS 282/2003-000-10-00. Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva. DJ 8.10.2004)

Portanto, concluo ser plenamente possível a adoção de procedimentos executórios contra representação diplomática ou consular, em se tratando de créditos reconhecidos em sentença proferida pela Justiça do Trabalho, desde que os bens atingidos não sejam afetos ao Estado Estrangeiro.

A própria natureza do bem alvo da constrição judicial — dinheiro — permite a sua penhora, sem que tal medida afete a soberania do país, estando em conformidade com a ordem jurídico-constitucional vigente o ato atacado.

Destarte, voto pela denegação da segurança, cassando os efeitos da liminar anteriormente concedida.

III – DISPOSITIVO

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por maioria, denegar a segurança cassando-se a liminar anteriormente deferida. Custas, pela impetrante, de R\$ 160,00, calculadas sobre o valor da execução dos autos em que emanado o ato atacado, de R\$ 8.024,17 (oito mil, vinte e quatro reais e dezessete centavos).

Rio de Janeiro, 5 de novembro de 2009.

Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha
Redator Designado

Ciente:

José Antonio Vieira de Freitas Filho
Procurador Chefe da PRT da 1ª Região

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

- MANDADO DE SEGURANÇA. INSS. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO RECONHECIDO EM SENTENÇA. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. Incabível o manejo da ação mandamental para discutir determinação judicial de averbação de tempo de serviço emanada em sentença, nas oportunidades em que a pretensão do impetrante possa ser satisfeita pela via recursal própria. Inteligência da jurisprudência pacificada pela Súmula n. 267 do E. STF, Orientação Jurisprudencial n. 92 da SDI-2 e Súmula 414, I, ambas do C. TST, bem como da Orientação Jurisprudencial n. 8 da 1ª SDI deste E. Regional.

Processo: 00000257-37.2010.5.15.0000 AgR
AGRAVO REGIMENTAL (EM MANDADO DE SEGURANÇA)

Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Agravado: Decisão Monocrática de fls. 24/25.

Trata-se de agravo regimental em face da decisão monocrática desta Relatora encartada às fls. 24/25, pela qual se extinguiu a ação mandamental impetrada sem a resolução de mérito, nos termos do inciso I do art. 267 do Código de Processo Civil.

Alega o agravante, em apertada síntese, que merece reforma a decisão desta Relatora que entendeu incabível o mandado de segurança; que o INSS não era parte na reclamação trabalhista que correu na Origem; que em face da Lei n. 11.457/07 o INSS não detém mais legitimidade para discutir as contribuições sociais nesta Especializada; que em sendo assim, ao receber o ofício, apenas cabe ao INSS cumprir a determinação judicial, não havendo que aviar recurso; que tal prerrogativa judicial passou a pertencer à União; e que a OJ n. 57 da SDI-2

do Colendo Tribunal Superior do Trabalho afasta a tese desta Relatora. Requer, desse modo, o provimento do agravo regimental, reformando-se a decisão objurgada, prosseguindo-se com a ação mandamental, apreciando-se a medida liminar requerida (fls. 29/37).

Despacho desta Relatora à fl. 39, recebendo o agravo em seu efeito devolutivo, mantendo a decisão agravada e determinando a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

Parecer da D. Procuradoria Regional do Trabalho às fls. 41/43, opinando pelo conhecimento e não provimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Conhece-se do agravo, uma vez que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade.

A decisão monocrática contra a qual se insurge o agravante extinguiu o presente processo nos seguintes termos:

“Autue-se e numere-se.

O impetrante, devidamente qualificado, propõe esta ação mandamental visando obter

declaração de nulidade da sentença proferida nos autos de origem, expungindo-se a determinação nela exarada ao INSS para que procedesse à averbação do tempo de serviço em favor da reclamante.

Alega, em apertada síntese, que a Orientação Jurisprudencial n. 57 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho fixa o cabimento do mandado de segurança para discutir a presente matéria; que recebeu intimação para averbar o tempo de serviço no prontuário da reclamante; que a Justiça do Trabalho é absolutamente incompetente para o reconhecimento de tempo de serviço para efeitos previdenciários, nos termos do art. 109 da Constituição Federal; e que não foi parte nos autos de origem, não sendo possível compelir a autarquia ao cumprimento da ordem judicial. Requer, desta forma, a concessão de medida liminar para suspender tal exigência, concedendo-se ao final a segurança, para declarar a nulidade da r. sentença proferida, no que se refere à determinação ao INSS, de averbação do tempo de serviço em favor da reclamante, ora tida como ato coator.

Atribuindo à causa o valor de R\$ 100,00 (cem reais), encartou cópias de documentos.

É a síntese do necessário.

DECIDO

Depreende-se, do quanto trazido a exame, que a pretensão do impetrante lançada no exórdio desta ação mandamental (declaração de nulidade da r. sentença proferida nos autos de origem) desafia medida recursal própria — art. 895, letra “a”, da CLT —, o que afasta, por consequência, o cabimento do mandamus.

Tal matéria deverá ser revolvada pela via recursal adequada, não sendo permitida a utilização da via mandamental como sucedâneo recursal em tais situações, mormente naquelas em que a tutela do direito possa ser satisfeita pelos remédios jurídicos apropriados, ainda que em momento diferido.

É cediço que “o mandado de segurança contra atos judiciais não pode apresentar-se como um remédio alternativo à livre opção do interessado, e sim como instrumento que completa o sistema de remédios organizados pelo legislador processual, cobrindo as falhas neste existentes no que diz com a tutela de direitos líquidos e certos. Daí por que não estará aberta a via do mandado de segurança para subverter o sistema legal” (cf. BEBBER, Júlio César. *Mandado de Segurança, Habeas Corpus e Habeas Data na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 153, citando WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional (Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional no Sistema Jurídico Brasileiro) e Mandado de Segurança contra Atos Judiciais*. São Paulo: RT, 1980. p. 106).

Com efeito, a recentíssima Lei n. 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança, em seu art. 5º, inciso II, estabelece que:

“Art. 5º. Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

(...)

II – de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo”.

Rememorando ser possível a obtenção de efeito suspensivo ao recurso ordinário trabalhista pelo manejo de ação cautelar, conforme pacífico entendimento desta Especializada consubstanciado na parte final do item I da Súmula n. 414 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, reitera-se, no esteio, o posicionamento do Excelso Supremo Tribunal Federal em sua Súmula n. 267:

“Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição”.

Também acompanha-se, mais amiúde, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho, conforme a Orientação Jurisprudencial n. 92, da SDI - II, que ora se transcreve in litteris:

“MANDADO DE SEGURANÇA. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. Não cabe mandado de segurança contra decisão

judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido.” (destacou-se).

Por derradeiro, esta E. Corte também pacificou o entendimento de não ser cabível o mandado de segurança para discutir ordem de averbação de tempo de serviço proferida em sentença, nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 8, da 1ª SDI:

8. Discussão de determinação ao INSS para averbação de tempo de serviço em sentença, mesmo na homologação de acordo. Recurso ordinário e não mandado de segurança.

Portanto, conclui-se por todo o acima exposto e em que pese o teor da OJ n. 57 da SDI-2 do C. TST, não vinculante, ser incabível a presente ação mandamental.

Diante do exposto, com fulcro no art. 10 da Lei n. 12.016/09, combinado com o art. 248 do Regimento Interno desta E. Corte, **decide-se indeferir a inicial do presente mandado de segurança, extinguindo-se o processo sem a resolução do seu mérito, nos termos do inciso I, do art. 267, do Código de Processo Civil.**

Custas isentas — art. 790-A, I, da CLT.
Intime-se a Procuradoria-Geral Federal.
Campinas, 19 de fevereiro de 2010.
(...)”

Pois bem.

Esta Relatora não vislumbra nas razões lançadas no apelo possibilidade de modificar o entendimento externado na decisão acima transcrita, os quais nesta oportunidade são reiterados, uma vez que a matéria relativa à utilização da ação mandamental como sucedâneo recursal, ora elevada à apreciação deste Colegiado, não comporta maiores digressões nesta Especializada.

A corroborar tal posicionamento, pede-se a devida vênia para trazer os ensinamentos de Égas Dirceu Moniz de Aragão (Mandado de Segurança contra ato judicial. In: *Revista dos Tribunais*, v. 81, n. 682, ago. 1992, p. 12) ao comentar o cabimento da ação mandamental, asseverando que:

“... **é admissível em tese contra ato ou decisão judicial mesmo que caiba recurso ou reclamação (ou correição parcial), sempre que, por ausência de efeito suspensivo (ou sua inocuidade no caso concreto, como se verá) ou inexistência de eficaz antecipação liminar, seja necessário para impedir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder, ou para afastar dano tido como irreparável, que, por outro meio, não seria possível evitar ou remediar prontamente**” (sem os negritos no original).

Com efeito.

Não é esta a situação que se afigura no presente caso.

Conforme constata-se nos documentos encartados, o INSS recebeu ofício da Vara de Origem aos 15 de janeiro p.p. para que cumprisse a determinação lançada na r. sentença, averbando o tempo de serviço da reclamante nela reconhecido (fls. 11/20). Sua representante judicial, a Advocacia-Geral da União, insurgiu-se em face de tal ordem judicial manejando esta ação mandamental (fl. 02), tida por incabível, inexistindo nestes autos qualquer comprovação de que o procedimento adotado pelo MM. Juízo “a quo” tenha tornado inviável o manejo do recurso próprio à satisfação de sua pretensão.

Nesse contexto, reputa-se totalmente infundada a alegação de não ser possível a utilização do recurso ordinário e da ação cautelar com pedido de liminar pelo representante judicial do INSS, merecendo prevalecer o entendimento desta Relatora pelo não cabimento do remédio heróico *in casu*.

Desse modo, não prosperando quaisquer das razões lançadas no presente agravo regimental, impõe-se negar-lhe provimento.

Diante do exposto, decide-se CONHECER do agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS para, no mérito, **NÃO O PROVER**, nos termos da fundamentação.

Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla
Desembargadora Relatora

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região

- ACORDAM os Juízes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, por unanimidade, superada a questão relativa à intempestividade do recurso da reclamada por força de decisão no Agravo de Instrumento; conhecer do recurso ordinário interposto pela reclamada e conhecer parcialmente dos recursos ordinários do reclamante e de João Batista Dallapíccola Sampaio & Advogados Associados, nos termos do voto do Relator; desconsiderar os documentos trazidos pelo reclamante às fls. 670-677, por força do disposto na Súmula n. 8, do C. TST; rejeitar a preliminar suscitada de nulidade da sentença; por maioria, rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho, suscitada no apelo dos patronos do reclamante. Decretar o segredo de Justiça e, no mérito, dar parcial provimento ao apelo obreiro para excluir a condenação do reclamante ao pagamento da indenização aplicada por litigância de má-fé, mantendo-a apenas em relação aos advogados, e deferir honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação; por unanimidade, negar provimento ao apelo dos patronos do reclamante; e negar provimento ao apelo da reclamada.

Processo: 00741.2007.011.17.00.6

RECURSO ORDINÁRIO

Recorrentes: João Batista Dallapíccola Sampaio & Advogados Associados Francisco Gasparini Neto Cotia Armazéns Gerais S.A.

Recorrido: Os mesmos

Origem: 11ª Vara do Trabalho de Vitória – ES

Relator: Juiz Claudio Armando Couce de Menezes

Revisora: Juíza Wanda Lúcia Costa Leite França Decuzzi

EMENTA: 1. CONDENAÇÃO DOS ADVOGADOS DA PARTE COMO LITIGANTES DE MÁ-FÉ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO — Alegam os procuradores do reclamante, em seu recurso próprio, a incompetência da Justiça do Trabalho para condenar advogado nos autos da reclamação trabalhista. O CPC ao regulamentar a

litigância de má-fé, confere ao juiz a atribuição de condenar, inclusive de ofício, aquele que de alguma forma participe do processo e venha a litigar de má-fé. Portanto, ao Juiz do Trabalho também é conferida esta competência na esfera trabalhista. Assim a lição de Leonel Maschietto, em sua obra *A litigância de má-fé na Justiça do Trabalho*, LTr, 2007. p. 132-133:

O preceito laboral discorre da seguinte forma: “Art. 877. É competente para a execução das decisões o Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originalmente o dissídio.”

Não há a menor razão de ser para que um juiz do trabalho após conduzir toda a ação, inclusive observando e apreciando a incidência de atos de má-fé, desloque o desfecho da punição a outra esfera. E, segundo Vicente José Malleiros da Fonseca, por economia processual, o dano causado deve ser apurado no mesmo feito, sem necessidade de ação própria, em

qualquer situação. Aliás, o ordenamento jurídico processual prevê um ato vinculado e não discricionário, quando impõe ao juiz o dever de condenar o litigante de má-fé. É o que consta expressamente do art. 18 do CPC,...

(...)

2. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO — Pode-se concluir que litigante de má-fé é todo aquele que participa do processo, seja como parte, interveniente, advogado, membro do MP, etc., e falte com os princípios da lealdade processual e da boa-fé. O respeito a esses princípios é dever de todos os sujeitos do processo, visando a probidade processual, a ser sempre resguardada. Assim a lição de Júlio César Bebbber, no livro *Processo do trabalho — temas atuais*, LTr, 2003. p. 12-14:

“A ideia de humanização do processo, timidamente discutida pela doutrina, traduz a noção de processo com feições mais humanas e menos técnicas, no sentido de valorizar o homem em sua essência. Lealdade processual e boa-fé, portanto, é o que se exige dos litigantes, não apenas por obrigação legal, mas por ordem de índole moral.

É reprovável, então, na feliz exposição de Alfredo Buzaid, que as partes se sirvam do processo “faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da Justiça” (Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973).

O uso abusivo do direito processual, que a ciência jurídica moderna entende caracterizado sempre que for ofendido o sentimento predominante de justiça, deve, portanto, ser severamente sancionado.

Não pode o juiz ser complacente na repressão ao abuso do direito processual, não obstante tenha de ser sereno e equilibrado para sopesar corretamente os fatos, sob pena de se tornar um mero espectador e cúmplice das atitudes comportamentais desonestas.

(...)

No exercício de seus poderes e na condição de reitor do processo o juiz, deve fazer cumprir a missão teleológica do processo, que é a justiça com resguardo da ordem jurídica. Impõe-se, por isso, postura intransigível para, sem subterfúgios ou compaixão, aplicar reprimenda corretiva e pedagógica por meio das sanções devidas, pouco importando se atingir aquele que tinha razão na causa, uma vez que, mesmo quem tem razão, deve agir corretamente.”

E continua o ilustre jurista, na obra citada, analisando a litigância de má-fé:

“f) *provocar incidentes manifestamente infundados* (CPC, art. 17, inciso VI) (O comando da norma dirige-se às partes e aos seus procuradores, ligando-se aos deveres de lealdade e boa-fé; ao de não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; de não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, e de não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais (CPC, art. 14, incs. II, III, IV e V).

Caracteriza-se como incidente manifestamente infundado “toda e qualquer provocação de providências ou decisões judiciais interlocutórias em situação de visível falta de direito.” (Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II, p. 262-263.) Frise-se: a falta de fundamento que tipifica a figura processual é somente aquela passível de ser constatada de plano.

Incidentes, nos termos do dispositivo legal, deve ser entendido no seu sentido amplo: qualquer incidente, como ocorre, v. g., com as insurgências ou provocações destituídas de fundamentação ou com fundamentação distorcida.”

No caso dos autos, a tentativa de protesto por prova pericial não requerida no momento processual oportuno, e, especialmente, o questionamento sem qualquer fundamento da imparcialidade do perito e, mais grave ainda, coagir o perito a não mais atuar nos processos em que os advogados, ora recorrentes, atuam, é evidente litigância de má-fé.

3. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO EXCLUSIVA DOS ADVOGADOS. POSSIBILIDADE – Responsáveis os advogados do reclamante pelos atos de má-fé que restaram evidentes nos autos, imputável somente a eles a condenação. A responsabilidade individual do advogado existe quando as condutas tidas como de má-fé possuem eminente caráter técnico. Neste sentido, Leonel Maschietto, na obra *Litigância de má-fé na Justiça do Trabalho*. LTr, 2007. p. 133, 142-44:

“São hipóteses principais aquelas decorrentes do exercício eminentemente técnico do advogado, cujo procedimento raramente as partes detêm conhecimento em razão da sua hipossuficiência técnica. (...)”

Nas hipóteses em que o advogado agir sozinho e sem a concorrência do cliente ou terceiro, deverá ele mesmo suportar as penas impostas nos preceitos legais, afastando-se, nestes casos, qualquer suposição de aplicação da culpa objetiva da parte pela outorga do mandato.”

Note aí que o legislador não elencou quaisquer requisitos impeditórios para a efetiva e eficaz condenação do litigante de má-fé, seja ele quem for: reclamante, reclamado, advogado, testemunha, perito, etc.

Ao contrário do que ocorre no parágrafo único do art. 14 do CPC e no art. 196 do CPC, não há no art. 18 do CPC qualquer obrigação do juiz em não condenar o advogado ou oficial à Ordem dos Advogados do Brasil.

Aliás, consta justamente o contrário, pois como podemos notar está expresso no § 2º do art. 18 do CPC a imposição de que o “valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz”, o que, nas palavras de Rui Stoco quanto a esta questão, “espanca qualquer dúvida e dispensa discepção.”

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, sendo partes as acima citadas.

1. RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários interpostos pela reclamada, reclamante e João Batista

Dallapíccola Sampaio & Advogados Associados (procuradores do reclamante), em face da sentença das fls. 399-406.

Em suas razões às fls. 421-455, os procuradores do reclamante buscam a reforma da sentença, alegando sua nulidade por existência de ilegalidade, em afronta ao art. 5º, II e LV da CF, por cerceio de defesa e por julgamento “*extra petita*”. Aduzem a incompetência da Justiça do Trabalho na condenação de advogado por litigância de má-fé, apontando também a ilegalidade desta condenação. Afirmam não existir a litigância de má-fé declarada na decisão recorrida e pugnam pela aplicação de multa por litigância de má-fé à Juíza de primeiro grau!

O reclamante, nas razões recursais apresentadas às fls. 456-539, pretende a declaração de nulidade da sentença recorrida, alegando cerceio de defesa e ilegalidade da decisão por violação ao art. 5º, II e LV da CF, e em razão da condenação solidária de seus advogados na indenização por litigância de má-fé. Afirmar a inexistência da litigância de má-fé apontada pela sentença. Requer a condenação da ré no pagamento de indenização por danos materiais em razão do acidente do trabalho que sofreu durante o contrato de trabalho, especialmente em decorrência da alegada redução da sua capacidade laborativa. Busca a reforma da decisão, com a cumulação dos danos morais com os danos estéticos, já deferidos em sentença, requerendo também sua majoração. Por fim, aduz preencher as condições para a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita e requer a condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios.

A reclamada também interpôs recurso ordinário (fls. 575-598), alegando nulidade da sentença por cerceio de defesa, buscando a exclusão da indenização por danos morais, afirmando que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do reclamante. Aduz inexistir redução da capacidade laborativa e pretende a redução do valor fixado a título de danos morais.

E, ainda, requer seja o reclamante responsabilizado pelo pagamento dos honorários periciais.

Contrarrazões da reclamada apresentadas às fls. 549-574 e 603-616, e do reclamante às fls. 638-661.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. CONHECIMENTO

RECURSO DA RECLAMADA

A intempestividade do recurso da reclamada foi superada por força do agravo de instrumento, assim julgado:

1. RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela reclamada contra a decisão (fls. 617-619), da 11ª Vara do Trabalho de Vitória, que denegou seguimento ao recurso ordinário por intempestivo.

Contraminuta às fls. 635-661.

2.1. CONHECIMENTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2.2.2. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ORDINÁRIO. INTERRUÇÃO DO PRAZO. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS POR INADEQUAÇÃO

Inicialmente, manifesto que meu posicionamento acerca da matéria: não conhecidos os embargos de declaração por inadequação, não há interrupção do prazo para recorrer. O recurso conhecido não existe. Em caso de não conhecimento dos embargos, não haverá a interrupção do prazo para a interposição de outro recurso, o qual terá a sua fluência a partir da data da publicação (intimação) da decisão embargada. No caso em comento, ultrapassado o oitavo dia do prazo recursal, imporia-se, inevitavelmente, a intempestividade do recurso ordinário, e o não provimento do agravo de instrumento.

Entretanto, tendo em vista o posicionamento deste Egrégio Tribunal, bem como da

jurisprudência dominante do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, o recurso deve ser provido pelos seguintes fundamentos:

Ao recurso ordinário foi negado seguimento, por intempestivo.

Segundo o Juízo *a quo*, os embargos declaratórios opostos pelo reclamante não foram conhecidos por inadequação e, por tal razão, não interromperam o curso do prazo para a interposição do recurso ordinário.

O agravante requer o provimento do agravo de instrumento para determinar o seguimento do recurso ordinário que, a seu ver, foi interposto no prazo legal.

Assiste-lhe razão.

Merece reparo a decisão agravada.

Este Regional, seguindo a jurisprudência dominante, entende:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Provido para determinar o regular processamento do apelo. Os embargos declaratórios interrompem o prazo para interposição de outros recursos. O fato de não terem sido conhecidos, por inadequação, em nada altera a interrupção do prazo recursal. (00152.2006.101.17.01-0 RO – DOE 15.3.2007 – Rel. Sérgio Moreira de Oliveira)

A título de enriquecimento, colho do Tribunal de Justiça catarinense esta decisão:

Dispõe o art. 538 do Código de Processo Civil que: “os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”.

Assim, analisando o preceptivo legal citado conclui-se que a interposição de embargos de declaração é o que basta para interromper o prazo para outros recursos, independentemente se forem admitidos ou não, porquanto o texto do dispositivo citado não menciona qualquer ressalva.

Pertinente, neste sentido, o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a interrupção do prazo dá-se ainda que acolhidos os embargos:

“Processual Civil. Recurso Especial. Prazo recursal. Embargos de declaração. Interrupção. Ainda que não acolhidos, a interposição de embargos de declaração interrompe o prazo para a interposição do recurso cabível” (STJ, REsp. n. 453.085/RS, DJ de 31.3.2003).

Também:

“Os embargos de declaração rejeitados pela inexistência da obscuridade, contradição ou omissão, na decisão embargada, interrompem o prazo para outros recursos.” (STJ, Resp. n. 153.324/RS, rel. Min. Cesar Rocha, DJ 22.6.98).

Desta forma, mesmo não tendo os embargos declaratórios sido admitidos tal não é motivo suficiente para que o prazo para interposição de recursos deixasse de ser interrompido, como caráter punitivo ao embargante, vez que o próprio preceptivo legal, em seu parágrafo único, prevê a sanção em caso de embargos procrastinatórios.

Pinça-se da jurisprudência pátria:

“Quando tempestivos os embargos de declaração operam a interrupção do prazo recursal, mesmo no caso de serem protelatórios (REsp. n. 316.034/SP), ou representarem mera reiteração dos anteriores (REsp. n. 283.614/MG) ou até quando manifestamente descabidos, porque se dirigem contra a fundamentação da decisão, como no caso.

A penalidade prevista para o caso de embargos de declaração sem fundamentação não é a não interrupção do prazo recursal, mas sim a multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, e, eventualmente, caso caracterizada a litigância de má-fé, também a responsabilidade por perdas e danos” (Ag n. 2000.021704-2, de Concórdia, rel. Des. Anselmo Cerello).

Desta forma, tendo sido interpostos os embargos declaratórios frente à sentença, opera *in continenti* a interrupção dos prazos recursais, sem prejuízo, caso comprovada má-fé do embargante, a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único do Código Instrumental. (Agravado de Instrumento n. 2005.031211-3, Des. Monteiro Rocha, julg. em 29.3.2007)

Trago também precedentes do Superior Tribunal de Justiça aplicáveis à espécie:

Aplica-se o enunciado da Súmula n. 211/STJ se, não obstante a oposição de embargos declaratórios, o Tribunal deixa de manifestar-se especificamente sobre a tese defendida. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, são cabíveis embargos declaratórios contra qualquer decisão judicial, ficando, consequentemente, interrompido o prazo para interposição de outros recursos, exceto se aviados intempestivamente (art. 538 do CPC). (REsp n. 768.526, DJ 11.4.2007, Rel^a Min. Eliana Calmon)

I. Ainda que considerados protelatórios os embargos de declaração, eles interrompem o prazo para o aviação de outros recursos. II. Sanções circunscritas à multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, e, eventualmente, à caracterização de litigância de má-fé, pela qual responde a parte faltosa por perdas e danos. (REsp n. 771.818, DJ 5.3.2007, Ministro Aldir Passarinho Júnior)

1. É entendimento pacífico desta Corte que os embargos declaratórios são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais. (ERESP 159317/DF, CE, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 26.4.1999). 2. Ainda que rejeitados, os embargos de declaração tempestivamente apresentados interrompem o prazo para a interposição de outros recursos. Precedentes: REsp 653.348/MG, 2^a T., Min. Castro Meira, DJ de 7.11.2005; REsp n. 643.612/MG, 2^a T., Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 26.9.2005, REsp n. 478.459/RS, 1^a T., Min. José Delgado, DJ de 31.3.2003. (REsp n. 762.384, DJ 19.12.2005, Min. Teori Albino Zavascki)

Como a intimação da decisão dos embargos de declaração (fls. 544), foi postada em 15.1.2008, presume-se que a reclamada foi intimada em 17.1.2008, contando-se o prazo a partir de 18.1.2008 (sexta-feira), e encerrando-se em 25.1.2008 (sexta-feira), data na qual fora protocolizado o recurso ordinário da reclamada, portanto, dentro do prazo legal.

Diante do exposto, **dou provimento ao agravo de instrumento** para afastar a intempestividade do

recurso ordinário, ressaltando-se, frise-se, meu entendimento pessoal.

Portanto, conheço do recurso ordinário da reclamada.

RECURSO DO RECLAMANTE E RECURSO DOS PROCURADORES DO RECLAMANTE

Não conheço do recurso ordinário do reclamante e dos procuradores do reclamante quanto ao requerimento de aplicação da multa por litigância de má-fé à MM. Juíza prolatora da sentença recorrida, por impossibilidade jurídica do pedido!

A possibilidade jurídica do pedido existe, segundo Mauro Schiavi, em sua obra *Manual do Direito processual do trabalho*, p. 53: “quando, em tese, é tutelado pelo ordenamento jurídico, não havendo vedação para que o judiciário aprecie a pretensão posta em juízo.”

Portanto, necessária que a pretensão esteja tutelada pelo direito. Não é o caso do que buscam o reclamante e seus procuradores, ao postularem a aplicação de multa por litigância de má-fé a magistrado.

Embora façam menção ao art. 14 do CPC, que dispõe sobre os deveres daqueles que participam do processo, o referido artigo não se aplica aos juízes, pois estão submetidos à LC n. 35/1979, que regulamenta seu exercício profissional.

Não obstante, a MM. Juíza de primeiro grau em nenhum momento descumpriu com o disposto tanto no art. 14 do CPC quanto na LOMAN.

Apenas por desagradar a uma das partes, e seus procuradores, não pode a Magistrada ser acusada de supostas arbitrariedades, sem qualquer fundamento ou prova, sendo totalmente absurdo o requerimento em questão!

Quanto aos demais tópicos, conheço dos recursos ordinários do reclamante e de João Batista Dallapíccola Sampaio & Advogados Associados, por restarem preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Desconsidero os documentos trazidos pelo reclamante às fls. 670-677, por força do disposto na Súmula n. 8, do C. TST, verbis:

8. RECURSO – JUNTADA DE DOCUMENTO

A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença. (RA n. 28/1969, DO-GB 21.8.1969)

Ressalto, que os documentos mencionados apenas constata a existência de lesões cutâneas, já verificadas quando da realização da perícia, apontando inclusive (fl. 671) as datas da internação do reclamante quando do acidente do trabalho.

2.2. PRELIMINARES

NULIDADE DA SENTENÇA (análise conjunta dos recursos)

O reclamante e seus procuradores alegam a nulidade da sentença, por ilegalidade, com violação do art. 5º, II da CF, e por cerceio de defesa. Os procuradores do autor pugnam também pela nulidade da decisão em razão de julgamento *extra petita*, aduzindo que não houve pedido de condenação solidária dos advogados por litigância de má-fé.

A reclamada também afirma ser nula a sentença por cerceio de defesa, em razão do indeferimento de oitiva de testemunha.

Vejamos.

Quanto à alegada nulidade por ilegalidade da decisão, na realidade, o que se discute é suposto *erro in iudicando*, portanto, matéria de mérito, que não empolga análise em preliminar.

No tocante à afirmação de nulidade de decisão por cerceio de defesa quanto à negativa de outra prova pericial, oitiva de testemunha e quesitos suplementares alegada pelo reclamante, também não merece prosperar.

O juízo monocrático se utilizou do poder conferido pelo art. 131 do Código de Processo

Civil para indeferir o depoimento das testemunhas das partes, por ter verificado sua inutilidade. Ao considerar desnecessária a produção de prova testemunhal, por já restar suficientemente esclarecida a matéria pelos demais elementos de convicção trazidos a conhecimento, pode o julgador dispensar a prova oral.

Na esfera trabalhista, o juiz tem ampla liberdade na direção do processo, conforme art. 765 da CLT, e pode indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Se o Juiz condutor da instrução considerar que já há provas suficientes à formação de seu convencimento para o julgamento da demanda, o indeferimento da produção de outras provas que julgar prescindíveis para o deslinde da controvérsia não configurará cerceio de defesa.

Não há que se falar em nulidade processual, pois a Juíza prolatora da decisão impugnada apresentou o motivo do indeferimento da produção de outra prova, *verbis* (fl. 358):

“Considerando-se que a matéria que remanesce depende exclusivamente de conhecimento técnico-científico, encerro a instrução processual no que concerne à prova oral.”

Assim, se a Magistrada já havia se convencido da existência de prova suficiente para a formação de seu convencimento, o indeferimento da prova oral não é capaz de ensejar cerceio de defesa.

Ademais, as razões do convencimento do juiz *a quo* acerca da matéria estão assentadas no *decisum*.

Da mesma forma, inexistente a alegada nulidade pela não concessão de ampla defesa, em razão da condenação solidária dos advogados do reclamante na multa por litigância de má-fé. Neste sentido:

“RECURSO DE REVISTA — EXECUÇÃO — ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA — ADVOGADO — CONDENÇÃO SOLIDÁRIA — OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO CONFIGURADA. (...)”

Ora, no caso em exame, onde se discute o procedimento próprio para a condenação

solidária da advogada em virtude de indenização aplicada por litigância de má-fé, por evidente que não se pode eficazmente argumentar que houve afronta à norma em exame. Ao contrário, deflui de toda a fundamentação do acórdão Regional, exatamente a interpretação da legislação infraconstitucional.

E, nesse contexto, igualmente, deve ser repelida a alegação de ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República. O devido processo legal, que compreende os direitos à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e a observância do contraditório, tem sua operatividade disciplinada pela legislação infraconstitucional. A análise da pretensão, por sua vez, deve ser desenvolvida com obediência ao procedimentos traçados no ordenamento processual.

O provimento jurisdicional contrário aos interesses da parte, mas resultante da interpretação da legislação infraconstitucional editada a fim de regular o curso do processo, não pode ser confundido com a exclusão de direitos ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. (...)” (RR n. 705.546/2000, DJ 26.10.2001).

Por fim, afirmam os procuradores do reclamante a existência de nulidade da sentença por julgamento “*extra petita*”, apontando não haver requerimento da parte contrária na condenação dos advogados do reclamante.

A argumentação não procede, pois nos termos do art. 18 do CPC o juiz pode de ofício condenar o litigante de má-fé.

Rejeito.

INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Alegam os procuradores do reclamante, em seu recurso próprio, a incompetência da Justiça do Trabalho para condenar advogado nos autos da reclamatória trabalhista.

Razão não lhes assiste.

O CPC ao regulamentar a litigância de má-fé, confere ao juiz a atribuição de condenar, inclusive de ofício, aquele que de alguma forma participe do processo e venha a litigar de má-fé.

Portanto, ao Juiz do Trabalho também é conferida esta competência na esfera trabalhista.

Assim a lição de Leonel Maschietto, em sua obra *A litigância de má-fé na Justiça do Trabalho*. LTr, 2007. p. 132-133:

“O preceito laboral discorre da seguinte forma:

“Art. 877. É competente para a execução das decisões o Juiz ou Presidente do Tribunal que tiver conciliado ou julgado originalmente o dissídio.”

Não há a menor razão de ser para que um juiz do trabalho após conduzir toda a ação, inclusive observando e apreciando a incidência de atos de má-fé, desloque o desfecho da punição a outra esfera.

E, segundo Vicente José Malheiros da Fonseca, por economia processual, o dano causado deve ser apurado no mesmo feito, sem necessidade de ação própria, em qualquer situação.

Aliás, o ordenamento jurídico processual prevê um ato vinculado e não discricionário, quando impõe ao juiz o dever de condenar o litigante de má-fé.

É o que consta expressamente do art. 18 do CPC,...

(...)

Rejeito.

2.3. MÉRITO

A) INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ e LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ADVOGADOS DO RECLAMANTE (análise conjunta dos recursos do reclamante e do recurso dos procuradores do reclamante)

Alegam o reclamante e seus advogados, em suas respectivas razões recursais, a inexistência de ato que fundamente a penalidade por litigância de má-fé aplicada pela decisão recorrida. Afirmam que requerimento de prova que a parte entende cabível para comprovação de verdade real dos fatos alegados em suas pretensões não configura litigância de má-fé. E,

ainda, aduzem que apontar parcialidade do perito nomeado pelo juízo, tendo em vista já ter atuado como assistente técnico de algumas empresas, não cria “incidente infundado”, como descrito na sentença, capaz de ensejar litigância de má-fé...

Vejamos.

A sentença recorrida, ao entender pela existência da litigância de má-fé, tanto por protestar o autor por prova pericial anteriormente não requerida e, principalmente, por imputar ao perito nomeado pelo juízo infundada parcialidade, assim concluiu:

“Este tipo de conduta, não pode ficar infensa à sanção, pois não só o cidadão, mas o advogado, tem de conceber e de encarar o Poder Judiciário como um espaço em que ele reivindica seus direitos de forma leal. É preciso que saiba que tal espaço não se presta à impermeabilizar condutas que não correspondem ao conteúdo ético do processo (art. 14 e 17 do CPC), muito menos com tentativas de transformá-lo em jogo provado do qual o jogador pode extrair a melhor carta.

A ética do processo constitui-se a um só tempo, como o um dever e um direito. Por isso, cabe não só às partes, mas aos seus advogados, atuarem como primeiro guardiões. A credibilidade do Judiciário se assenta na ética. Sem ela não há confiança. Daí, a razão de o legislador ter estabelecido de forma tão clara os deveres impostos às partes e aos seus patronos (art. 14 a 17 do CPC).

Por conseguinte, é dever do Judiciário, pôr cobro a este tipo de conduta, se valendo do sistema legal, porque a ordem jurídica não se conforma com tentativas pueris de transformar o seu espaço em lugar de resistência injustificada e de oposição infundada. (...)” (fl. 402)

A litigância de má-fé é definida legalmente nos termos do art. 17 do CPC, que em seus incisos definem as práticas assim considera-

Aqui, ressalto o previsto no inciso VI do mencionado dispositivo legal: “Art. 17, VI – provocar incidentes manifestamente infundados.”

Pode-se concluir que litigante de má-fé é todo aquele que participa do processo, seja como parte, interveniente, advogado, membro do MP, etc., e falte com os princípios da lealdade processual e da boa-fé.

O respeito a esses princípios é dever de todos os sujeitos do processo, visando a probidade processual, a ser sempre resguardada. Assim a lição de Júlio César Bebbler, no livro *Processo do trabalho — temas atuais*. LTr, 2003. p. 12-14:

“A ideia de humanização do processo, timidamente discutida pela doutrina, traduz a noção de processo com feições mais humanas e menos técnicas, no sentido de valorizar o homem em sua essência. Lealdade processual e boa-fé, portanto, é o que se exige dos litigantes, não apenas por obrigação legal, mas por ordem de índole moral.

É reprovável, então, na feliz exposição de Alfredo Buzaid, que as partes se sirvam do processo “faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da Justiça” (Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973).

O uso abusivo do direito processual, que a ciência jurídica moderna entende caracterizado sempre que for ofendido o sentimento predominante de justiça, deve, portanto, ser severamente sancionado.

Não pode o juiz ser complacente na repressão ao abuso do direito processual, não obstante tenha de ser sereno e equilibrado para sopesar corretamente os fatos, sob pena de se tornar um mero espectador e cúmplice das atitudes comportamentais desonestas.

(...)

No exercício de seus poderes e na condição de reitor do processo o juiz, deve fazer cumprir a missão teleológica do processo, que é a justiça com resguardo da ordem jurídica. Impõe-se, por isso, postura intransigível para, sem subterfúgios ou compaixão, aplicar reprimenda corretiva e pedagógica por meio das sanções devidas, pouco importando se atingir aquele que tinha razão na causa, uma vez que, mesmo quem tem razão, deve agir corretamente.”

E continua o ilustre jurista, na obra citada, analisando a litigância de má-fé:

“f) *provocar incidentes manifestamente infundados (CPC, art. 17, inciso VI)*. O comando da norma dirige-se às partes e aos seus procuradores, ligando-se aos deveres de lealdade e boa-fé; ao de não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; de não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito, e de não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais (CPC, art. 14, incs. II, III, IV e V).

Caracteriza-se como incidente manifestamente infundado “toda e qualquer provocação de providências ou decisões judiciais interlocutórias em situação de visível falta de direito.” (Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. II, p. 262-263.) Frise-se: a falta de fundamento que tipifica a figura processual é somente aquela passível de ser constatada de plano.

Incidentes, nos termos do dispositivo legal, deve ser entendido no seu sentido amplo: qualquer incidente, como ocorre, v. g., com as insurgências ou provocações destituídas de fundamentação ou com fundamentação distorcida.”

No caso dos autos, a tentativa de protesto por prova pericial não requerida no momento processual oportuno, e, especialmente, o questionamento sem qualquer fundamento

da imparcialidade do perito e, mais grave ainda, a tentativa de coagir o perito a não mais atuar nos processos em que os advogados, ora recorrentes, atuem, é evidente litigância de má-fé.

Ressalto que esta coação foi por demais evidenciada tanto pelas petições existente nos autos, quanto pela petição do próprio perito juntada à fl. 192:

“... requerer a destituição de seu nome, haja vista solicitação verbal do Patrono da Demandante para que não mais atuássemos em perícias judiciais que envolvessem o referido Escritório de Advocacia.”

A alegação de impedimento do perito para atuar como auxiliar do juízo pelo fato de já ter sido assistente técnico de algumas empresas, não tem fundamento, primeiro, porque o perito também já funcionou como assistente técnico de trabalhadores, como informado à fl. 221.

Ademais, em nenhum momento os advogados do reclamante comprovaram que o perito já tenha atuado como assistente técnico da ré, ou tenha feito algo que desabonasse o laudo técnico apresentado.

Portanto, está mais do que clara a intenção dos advogados do reclamante em provocar incidentes manifestamente infundados, questionando sem qualquer indício de prova o perito nomeado pelo juízo, que inclusive apresentou laudo (em parte) favorável ao seu cliente.

A atitude dos procuradores do reclamante, provocando incidentes do processo, pode ser demonstrada nas petições de fls. 157, 367-368 e 378-379, constitui evidente conduta de má-fé, que deve, sim, ser refutada com aplicação do disposto em lei, ou seja, a condenação prevista com o fim de coibir práticas contrárias à lealdade e boa-fé processual.

Fácil concluir-se, pois, que as atitudes configuradoras da má-fé são práticas de iniciativa dos próprios advogados, pois o reclamante não teria condições técnicas de realizá-las por sua vontade.

Em consequência, excluo a condenação do reclamante ao pagamento de indenização por litigância de má-fé, mantendo esta condenação apenas em relação aos advogados.

A condenação dos advogados como litigantes de má-fé, é plenamente possível, pois eles têm, especialmente na justiça do trabalho, o *status* de parte, como assevera o ADVOGADO Leonel Maschietto, ob. cit., p. 123-124 e 142-44:

“É que, ao nosso ver, o advogado é parte sim quando se fala em aplicação das penalidades pela litigância de má-fé, não cabendo aqui aquela responsabilidade objetiva da parte que contratou o advogado.

(...)

Para Cândido Rangel Dinamarco (*A reforma da reforma*. 6. ed. São Paulo, 2003. p. 66-70) são litigantes as partes de qualquer espécie (autor, réu, exequente, executado, assistentes e intervenientes de toda ordem, Fazenda e Ministério Público) e, por extensão, os advogados que lhes patrocinam os interesses. Os deveres éticos do processo, descritos no Código de Processo Civil, têm por destinatários todos os sujeitos que dele participam.

(...)

Mas para agir no processo — independente de seu *status* ou posição — há que se observar certos ditames legais e morais reguladores dos atos processuais. Nos referimos aí aos preceitos da lealdade processual e da boa-fé.

(...)

O advogado como parte e agente processual deve obedecer aos preceitos da boa-fé, dos quais suas sanções são plenamente aplicadas ao mesmo.

Nessa mesma linha as lições de Vicente José Malheiros da Fonseca (*Em defesa da justiça do trabalho*. São Paulo; LTr, 2001. p. 133), que defende ser concebível a responsabilização do advogado, pois assevera que todos aqueles que militam na Justiça do Trabalho têm conhecimento de que nem sempre a atitude

desleal ou maliciosa é provocada pelos litigantes, que, não raro, até desconhecem atitudes ilícitas cometidas por seus procuradores. A melhor sistematização da matéria em debate, com tratamento mais rigoroso ao litigante e ao advogado de má-fé, poderá contribuir para o descongestionamento dos processos judiciais. O advogado deve responder diretamente por perdas e danos, se provada que a litigância de má-fé decorreu de pretensão que envolva ato pessoal seu ou conhecimento técnico-especializado.”

Note aí que o legislador não elencou quaisquer requisitos impeditórios para a efetiva e eficaz condenação do litigante de má-fé, seja ele quem for: reclamante, reclamado, advogado, testemunha, perito, etc.

Ao contrário do que ocorre no parágrafo único do art. 14 do CPC e no art. 196 do CPC, não há no art. 18 do CPC qualquer obrigação do juiz em não condenar o advogado ou oficiar à Ordem dos Advogados do Brasil.

Aliás, consta justamente o contrário, pois como podemos notar está expresso no § 2º do art. 18 do CPC a imposição de que o “valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz”, o que, nas palavras de Rui Stoco quanto a esta questão, “espanca qualquer dúvida e dispensa discepção.”

Com relação à condenação dos advogados nos próprios autos da ação trabalhista, já firmamos o entendimento de sua possibilidade, na análise da alegada incompetência da Justiça do Trabalho. Ratificando essa posição, elucidativos os julgados a seguir transcritos:

“LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ — SOLIDARIEDADE — APLICABILIDADE QUANTO AO ADVOGADO — A previsão legal do inciso I, do art. 14, do Código de Processo Civil, deve ser adotada para coibir prática ilícita, também, do advogado, penalizando-o, nos termos do art. 16 do mesmo diploma e parágrafo único do art. 32 da Lei n. 8.906/96. Restando comprovado que o reclamante não poderia engendrar sozinho as postulações,

mais correto ainda se faz a aplicação da litigância de má-fé ao seu patrono, visto que este deve agir com lealdade, dada a sua capacidade de discernimento.” (TRT 24ª Região, RO n. 1.679/98 – *Revista LTr* 63-09/1244).

“LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ — RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA — ADVOGADO (...)

Afinal de contas, se, no processo do trabalho, a parte abre mão do *jus postulandi* e contrata advogado para defender seus direitos em juízo, quem possui a capacidade postulatória de representação da parte no processo, quem elabora a petição inicial, a resposta do réu, as razões finais, as razões recursais etc., senão o procurador judicial legalmente habilitado!? Agindo em nome da parte, por meio de mandato, o advogado é suscetível de praticar atos processuais próprios do litigante de má-fé, isoladamente ou em conjunto com seu constituinte.

(...)

De igual modo é desprovida de base jurídica a tese no sentido de que a responsabilidade do procurador judicial somente pode ser apurada em *ação própria*, consoante faz supor a leitura literal e menos atenta do disposto no parágrafo único do art. 32 da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). Nada mais inexato, *data venia*, e, por que não dizer, cuida-se de visão canhestra do problema, em descompasso com o princípio hermenêutico, segundo o qual, “a lei não contém palavras ou expressões inúteis, desnecessárias e ociosas.”

Quando o legislador utilizou a expressão *ação própria*, quis referir-se à responsabilização do causídico causador do dano processual, na *própria ação onde o dano foi praticado*, descabendo, *data venia*, outra interpretação. Ainda que assim não fosse, o precitado dispositivo do Estatuto da Advocacia restringe-se à hipótese de *lide temerária* — *diz-se da ação que alguém propõe de má-fé, sem legítimo interesse moral e econômico ou sem justa causa, causando danos à outra parte indevidamente chamada a juízo* (NÁUFEL, José. Ob. cit., p. 672) — o que não é o caso dos autos. (...)” (TRT 8ª Região, AgR n. 521/2000, *Revista LTr* 65-01/53-54).

“RECURSO DE REVISTA — EXECUÇÃO — ATO ATENTÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA — ADVOGADO — CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA — OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO CONFIGURADA.

(...)

Quanto à legalidade da condenação solidária da advogada da reclamada, fundamentou-a na interpretação do art. 32 da Lei n. 8.906/94, c/c os arts. 14 e 18, § 2º, do CPC, com a redação conferida pela Lei n. 8.952/94. Concluiu que esta, ao determinar a fixação do valor da indenização pelo juiz ‘desde logo’, ou seja, nos próprios autos em que declarada a má-fé processual, revogou a parte final do art. 32 da Lei n. 8.906/94, que dispõe sobre a ação própria para a condenação solidária do advogado da parte, in verbis: “De fato, o art. 32 e seu parágrafo único, da Lei n. 8.906/94, combinado com o disposto no art. 18 e parágrafos, do CPC, não deixam qualquer margem de dúvida quanto à responsabilidade e solidariedade do advogado quando litiga de má-fé, propõe lide temerária ou age fraudulentamente em juízo. A única e derradeira dúvida reporta-se à parte final do parágrafo único do art. 32, onde se registra a expressão ‘que será apurado em ação própria’. Por aplicação analógica do parágrafo único do art. 37 do CPC, c/c o art. 99 da revogada Lei n. 4.215/63, mesmo antes das modificações do CPC levadas a efeito no ano de 1994 e da edição da Lei n. 8.906/94, a solidariedade entre parte e advogado podia ser aplicada nos mesmos autos em que a parte e litigante de má-fé foi apenada. De fato, o primeiro dispositivo sempre foi assim entendido, e o segundo, ao facultar ao advogado a promoção da execução de seus honorários nos próprios autos, em seu próprio nome, evidentemente autorizava ser ele também nos próprios autos, polo passivo no que tange à solidariedade nas perdas e danos decorrentes da violação das normas dos arts. 14 e 18 do CPC. Na atualidade, além dessas razões legais, jurisprudenciais e doutrinárias, socorre-nos o estatuído no § 2º do art. 18 do CPC, com a redação que lhes foi dada pela Lei n. 8.952/94, que determina

a fixação pelo juiz, ‘desde logo’, ou seja, imediatamente, nos próprios autos em que ocorreu o deslize profissional, ‘do valor da indenização’. Não se tratando, portanto, de multa, não há que se falar em ação própria, ou autos apartados, o que excluiria, sem dúvida, ação do juiz, determinada no caput do art. 18, CPC, tornando inócua a determinação legal. A expressão ‘ação própria’, para não desfigurar o instituto, somente pode ser entendida como ação de liquidação, de apuração do valor da indenização, desde que não haja nos autos, ‘desde logo’ (§ 2º, art. 18, CPC), elementos suficientes à determinação do valor devido. Acresce, ex abundancia e ultima ratio, que, induvidosamente, ao determinar a fixação ‘desde logo’ do valor da indenização, a Lei n. 8.952/94 revogou expressamente a parte final do parágrafo único do art. 32 da Lei n. 8.906/94. Este é, inquestionavelmente, o entendimento que mais se coaduna com o remoto desejo estatal de manter os procedimentos judiciais no mais alto nível ético (fls. 347/348). (...)” (RR n. 705.546/2000, DJ 26.10.2001).

Assevero por fim que, responsáveis os advogados do reclamante pelos atos de má-fé que restaram evidentes nos presentes autos, imputável somente a eles a condenação fixada na sentença recorrida. A responsabilidade individual do advogado existe quando as condutas tidas como de má-fé possuem eminente caráter técnico, como no caso dos autos, com a comprovada prática do escritório de advocacia em rejeitar o perito do juízo (fl. 192), sem qualquer fundamento. Neste sentido, reporto-me novamente as lições do advogado Leonel Maschietto, ob. cit., p. 142-144:

“6.2. Responsabilização individual

Esta segunda hipótese de responsabilização difere apenas quanto ao agente causador do ato malicioso, ou seja, nesta caso somente ao advogado deverá imputar-se as penas da litigância de má-fé.

Ao contrário da hipótese anterior, há ocasiões em que somente ao advogado poderá atribuir os atos ditos de litigância de má-fé.

São hipóteses principais aquelas decorrentes do exercício eminentemente técnico do advogado, cujo procedimento raramente as partes detêm conhecimento em razão de sua hipossuficiência técnica.

(...)

Nas hipóteses em que o advogado agir sozinho e sem a concorrência do cliente ou terceiro, deverá ele mesmo suportar as penas impostas nos preceitos legais, afastando-se, nestes casos, qualquer suposição de aplicação da culpa objetiva da parte pela outorga do mandato.”

Ainda no tocante ao percentual fixado em sentença, não há se falar em percentual superior ao previsto em lei, eis que a condenação foi no pagamento de indenização por litigância de má-fé e não na multa prevista em 1%. Portanto a indenização em 5% está na faixa permitida em lei, que prevê até 20% sobre o valor da causa, nos termos do § 2º do art. 18 do CPC. E mais, em relação ao valor ter sido revertido em favor da União, apropriada é a decisão eis que as condutas dos advogados do autor afetaram, principalmente, o JUDICIÁRIO.

Assim sendo, nego provimento ao recurso de João Batista Dallapíccola Sampaio & Advogados Associados e dou provimento parcial ao recurso do reclamante, para excluir a condenação do reclamante ao pagamento da indenização por litigância de má-fé, mantendo-a apenas em relação aos advogados.

B) DANOS MATERIAIS. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA (recurso do reclamante).

O reclamante busca a reforma da sentença, alegando a existência de danos materiais em razão do acidente de trabalho, que lhe trouxe redução de sua capacidade laborativa e, em consequência, diminuição das suas condições profissionais, ensejando o pagamento de lucros cessantes. Aduz, ainda, que com o mencionado acidente passou a ter despesas que antes não tinha, o que fundamentaria também a indenização por danos materiais requerida.

A autor sofreu acidente do trabalho em 6.6.2006, como constatado inclusive no laudo pericial, em razão de curto circuito ocorrido quando desligava capacitor existente nas dependências da ré, vindo a lhe causar queimaduras.

As queimaduras restaram evidentes, tanto pelo laudo pericial, quanto pela simples observação das fotografias juntadas aos autos.

No entanto, não houve redução da capacidade laborativa, eis que após o término do auxílio acidentário o reclamante retornou ao trabalho nas mesmas funções exercidas, sem redução no desenvolvimento de suas atividades. O próprio reclamante admite que está empregado em outra empresa. No mais, o laudo pericial é claro:

“O Reclamante, atualmente, não apresenta qualquer sequela relacionada com os citados sistemas. Apresenta, conforme descrito no item exame físico, lesões cutâneas hipocrômicas.” (fl. 206)

“20) Necessário esclarecer se as sequelas que acometem a parte autora reduzem sua capacidade laborativa, seja no âmbito físico ou mental, comprometendo seu rendimento e eficiência?

Não reduzem e o Reclamante laborou normalmente após o retorno do benefício previdenciário acidentário, até a sua demissão da Reclamada e continua laborando em outra empresa, realizando as mesmas atividades e sem redução da sua capacidade de labor.” (fl. 207)

“O Reclamante não necessitou e não necessita de reabilitação profissional. Encontra-se apto para o trabalho, sem restrições físicas e sem redução da sua capacidade de labor.” (fl. 218)

Portanto não existindo a redução da capacidade laborativa, e não tendo o reclamante demonstrado eventuais despesas durante o tratamento das lesões decorrentes do acidente, indevida a indenização por danos materiais e a

pensão requerida. Mantenho a sentença recorrida.

Nego provimento.

C) DANOS MORAIS. CULPA DO RECORRIDO. DANOS ESTÉTICOS. (análise conjunta dos recursos do reclamante e da reclamada)

Afirma o reclamante que a indenização por danos morais é devida independentemente da condenação em razão dos danos estéticos, insurgindo-se em relação ao entendimento exposto na sentença recorrida. Pugna pela condenação também por danos morais, alegando que sofreu abalos psíquicos e ainda sofre pela simples lembrança do acidente. Ressalta, ainda, o caráter punitivo e compensatório do valor a ser fixado a título de danos morais.

A reclamada pretende a reforma da sentença que a condenou no pagamento de danos morais. Alega que o acidente ocorreu exclusivamente por culpa do reclamante, que agiu de forma imprudente e negligente, fazendo manutenção de gerador, o que não era sua atribuição. Aduz que não se aplica no caso de acidente do trabalho a teoria da responsabilidade objetiva. Por fim, afirma que não há motivo para condenação em danos morais, vez que não houve redução da sua capacidade laborativa e, ainda, que existindo lesões estéticas, estas são resultado de conduta culposa do próprio reclamante.

Quanto à responsabilidade objetiva da ré em relação aos danos decorrentes do acidente do trabalho, há forte corrente doutrinária que demonstra tendência à aplicação da responsabilidade civil objetiva ao direito do trabalho, com base na previsão do parágrafo único do art. 927 do CCB/02, o qual dispõe que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Como brilhantemente assentado por Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri

Filho (*Comentários do novo Código Civil*, v. XIII, 2004, p. 39-40):

O movimento que se acentuou nas últimas décadas do século findo, no sentido da socialização dos riscos, deverá continuar cada vez mais forte, expandindo ainda mais o campo da responsabilidade civil objetiva. Se antes a regra era a irresponsabilidade, e a responsabilidade, a exceção, porque o grande contingente de atos danosos estavam protegidos pelo manto da culpa, agora, e daqui para a frente cada vez mais, a regra será a responsabilidade por exigência da solidariedade social e da proteção do cidadão, consumidor e usuário de serviços públicos e privados. O legislador, a jurisprudência e a doutrina continuarão se esforçando, pelos mais variados meios e processos técnicos apropriados, para estarem sempre ao lado da vítima a fim de lhe assegurar uma situação favorável. A vítima do dano, e não mais o autor do ato ilícito será o enfoque central da responsabilidade civil. Em outras palavras, a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido. O dano, nessa nova perspectiva, deixa de ser apenas contra a vítima para ser contra a própria coletividade, passando a ser um problema de toda a sociedade. Ao fim e ao cabo, a sociedade de nossos dias está em busca de uma melhor qualidade de vida, e o direito é instrumento poderoso para garantir essa aspiração maior das pessoas humanas. (grifos nossos).

A própria reclamada admite que a função do reclamante era de “Coordenador de Manutenção”, portanto, compreensível que o empregado responsável pela manutenção verifique eventual situação problemática com o capacitor da empresa ré, sendo evidente que o risco a que esteve submetido foi em consequência de suas atividades. Assim, insere-se na ressalva disposta no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Logo, mesmo para aqueles

que não admitem a responsabilidade objetiva nas relações de trabalho, impõe-se aqui a responsabilização do empregador. Em condições de risco, a responsabilidade é objetiva.

Dessa forma, entendo correto o posicionamento fixado na Jornada I do STJ, Verbete n. 38:

“A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

A reclamada, portanto, necessitava de empregado que respondesse por função de alto risco, que não pode ser transferido para o trabalhador, em afronta à legislação vigente (art. 927, parágrafo único, do Código Civil).

Como corolário da aplicação da teoria do risco, a investigação da culpa do empregador no caso em apreço será dispensada, restando examinar os outros requisitos que dão forma ao dever de indenizar, quais sejam, o dano e o nexo causal.

O laudo pericial atesta a ocorrência do **dano** em seu parecer (fl. 206 e 209):

12) Queira a Perícia informar se a parte autora é portador de sequelas advindas do acidente sofrido? E caso positivo descrevê-las?

Sim, as lesões cutâneas hipocrômicas
(...)

H) Resultou dano estético?

Sim. O reclamante apresenta dano estético (Manchas hipocrômicas nos membros superiores). (...)”

Diante da prova pericial, mostra-se clara a ocorrência do **dano** que afeta o reclamante.

Quanto ao **nexo de causalidade** entre a doença e o labor prestado pelo reclamante, resta igualmente demonstrado.

Conforme leciona o festejado Sebastião Geraldo de Oliveira, em sua excelente obra *Indenizações por acidente do trabalho ou doença*

ocupacional, 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 131, o nexo causal é

“... o vínculo que se estabelece entre a execução do serviço (causa) e o acidente do trabalho ou doença ocupacional (efeito).
(...)”

Assim, uma vez constatado que o empregado foi vítima de algum acidente ou doença cabe verificar em seguida o pressuposto do nexo causal, isto é, se há uma relação de causa e efeito ou liame de causalidade entre tal evento e a execução do contrato de trabalho”.

Ainda na obra citada, o ilustre autor (ob. cit, p. 134), evidenciando a diversidade de tratamento do nexo causal na lei acidentária e na responsabilização civil (objetiva), ensina que: “(...) no terreno da responsabilidade civil só haverá obrigação de indenizar se houver nexo causal ou concausal ligando o acidente ou doença com o exercício do trabalho a serviço da empresa.”

No caso dos autos, mais do que evidente o nexo causal entre as sequelas de que o reclamante é portador, como descrito no laudo pericial (fl. 218):

“As lesões cutâneas hipocrômicas apresentam **nexo causal ocupacional** relacionado com o relatado acidente de trabalho que sofreu na Empresa Reclamada.”

Assim, **reconhecido o dano**, devida sua reparação. Passo à análise do requerimento de dano moral independentemente do dano estético.

A Constituição da República elegeu o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana como fundamentos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um de seus objetivos. Por isso, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Corolário lógico destes princípios constitucionais previstos nos arts. 1º, 3º e 170 é que o ser humano trabalha para ter dignidade e não para perdê-la em razão de acidentes no

trabalho ou por doenças profissionais ou ocupacionais.

A Constituição instituiu também como direito fundamental a intangibilidade da honra, do nome, da vida privada, da intimidade e da imagem das pessoas, garantindo-se ao ofendido indenização em caso de dano material ou moral.

A expressão dano moral compreende todo o patrimônio imaterial do ser humano, podendo ser resumido no trinômio corpo, mente e psique. Tudo que viola esses três elementos é considerado dano moral.

No caso de acidente do trabalho que gere sequelas é indubitável a violação ao corpo e à alma da pessoa, razão pela qual deve ser fixado um valor a título compensatório, porquanto é impossível a reparação material de um bem imaterial.

Assinale-se, então, que a aptidão para a atividade laboral não tem qualquer relação com a violação da esfera não patrimonial do trabalhador.

A empresa alega que não se pode cumular danos morais com danos estéticos.

O dano estético configura-se quando uma lesão ao corpo humano resulta em deformidade, defeito físico ou aleijão de maneira a comprometer a harmônica estética humana.

“O dano estético vem sendo considerado pela jurisprudência brasileira como uma forma autônoma de dano extrapatrimonial, ou seja, como um dano diferente do dano moral. Nesse sentido, o enquanto o dano moral se caracterizaria pela ofensa injusta causada à pessoa (como dor e sofrimento, por exemplo, mas também visto como desrespeito à dignidade da pessoa), o dano estético se caracteriza pela ofensa direta à integridade física da pessoa humana.

Resta bem clara essa diferença quando lembramos que enquanto o dano moral pode ser causado à pessoa jurídica, o dano estético só pode ser causado à pessoa física, única que possui integridade física, corpo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro já vem conferindo essa autonomia e concedendo reparações em valores apartados para esses danos (por exemplo, em caso de perda das duas pernas, reparação de dano moral pelo sofrimento e desrespeito à pessoa e reparação de dano estético pela gravíssima ofensa à integridade física da vítima, que perdeu suas duas pernas)”. (fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Dano_estetico>).

A indenização por danos estéticos foi fixada em R\$ 50.000, 00.

Nego provimento ao recurso da reclamada.

Quanto ao recurso do reclamante, transcrevo os fundamentos da tese vencedora, apresentada pela Exm.^a Desembargadora Revisora, *in verbis*:

Na inicial o reclamante requereu, além de dano material, indenização por danos morais e estéticos (separadamente — pedidos “c” e “d” da f. 11), alegando que “o referido acidente causou grande impacto negativo no autor, inclusive por ver grande parte do seu corpo queimado. Na hora pensou inclusive que iria a óbito, imaginando ter que deixar seus filhos e esposas” — f. 03.

O d. Colegiado negou provimento ao apelo obreiro no item “DANOS MATERIAIS. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA”, quando restou assentado que:

— o autor sofreu acidente do trabalho em 6.6.2006, em razão de curto circuito ocorrido quando desligava capacitor existente nas dependências da ré, vindo a lhe causar queimaduras;

— as queimaduras restaram evidentes;

— não houve redução da capacidade laborativa, eis que após o término do auxílio acidentário o autor retornou ao trabalho nas mesmas funções exercidas, sem redução no desenvolvimento de suas atividades;

O juízo de origem entendeu que o dano estético é indissociável do dano moral e por

entender ter ocorrido lesão à moral do reclamante arbitrou a respectiva indenização em R\$50.000,00. Fundamentou que: “(...) além da própria dor física causada pelas queimaduras, o desconforto de ser hospitalizado, há sofrimento íntimo, pois não é preciso ser psicólogo para compreender que as manchas, sobretudo nas mãos, as quais são expostas ao olhar público, causam-lhe tristeza e sofrimento (...)” — fls. 403/405.

Recorre o autor, alegando que a indenização por danos morais é devida independentemente da condenação em razão dos danos estéticos, insurgindo-se em relação ao entendimento exposto na sentença recorrida. Pugna pela condenação também por danos morais, alegando que sofreu abalos psíquicos e ainda sofre pela simples lembrança do acidente. Ressalta, ainda, o caráter punitivo e compensatório do valor a ser fixado a título de danos morais.

Vejamos.

Considero, apesar de existente divergência respeitável, que o dano estético nada mais é que uma espécie de dano moral e o valor arbitrado pelo magistrado *a quo* (R\$ 50.000,00), a título de indenização imaterial, já ressarcirá qualquer dor moral, incluindo a questão estética.

Ora, o dano moral é o que visa a reparação de prejuízo não material, tais como desconforto íntimo, humilhação, vergonha, baixa autoestima, dores físicas, ansiedade, angústia, enfim, dores da alma.

O transtorno psicológico e sentimentos oriundos de um dano estético não causam outro prejuízo senão os mesmos ligados ao dano moral.

Logo, o prejuízo na estética poderá até agravar o dano, mas ainda assim não perde a característica de ressarcimento da dor moral.

Por todo o exposto, nego provimento.

D) QUANTUM DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS ESTÉTICOS (análise conjunta do recurso do reclamante e da reclamada)

Busca o reclamante a majoração da indenização dos danos morais (estéticos) fixada em sentença. Destaco o caráter punitivo e compensatório da indenização.

A reclamada, por sua vez, pretende a diminuição do montante arbitrado na decisão recorrida.

O dano estético, assim como o dano moral possui natureza jurídica compensatório-punitiva. Visa compensar a dor sofrida pelo lesado, através de uma REPARAÇÃO, e tem, ainda, por finalidade punir o lesante.

A quantia a ser encontrada deve ser quantificada de acordo com o prudente critério do magistrado e não pode ser tão elevada a ponto de gerar um enriquecimento sem causa para o lesado e, também, não pode ser tão ínfima que não sirva de lição ao lesante, para que não mais pratique a conduta lesiva.

Assim, entendo que a quantia de R\$ 50.000,00 atende os critérios *supra*.

Nego provimento, aqui, aos recursos do reclamante e da reclamada.

E) HONORÁRIOS PERICIAIS (recurso da reclamada)

Mantida a condenação por danos morais e estéticos.

Nego provimento.

F) ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA (recurso do reclamante)

Para o deferimento da assistência judiciária são necessários dois requisitos: a assistência sindical e declaração de situação econômica precária.

E o reclamante não preenche os requisitos, pois não se encontra assistido por sindicato, mas por advogado de sua confiança, razão porque não prospera o inconformismo.

Vale ressaltar precedentes desta Corte:

RECURSO ORDINÁRIO. NÃO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS E DO DEPÓSITO RECURSAL. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Não merece ser conhecido o recurso ordinário, quando não procedido

o recolhimento das custas e do depósito recursal em que a parte fora condenada, sendo irrelevante a circunstância de ter, a mesma, requerido o benefício da assistência judiciária gratuita no apelo (AI – 00258.2006.121.17.01.9 – DO 4.12.06)

RECURSO. INSURGÊNCIA INCLUINDO, TAMBÉM, PLEITO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DESERÇÃO. O juízo de admissibilidade é questão preliminar ao mérito, de modo que a apreciação dos pedidos constantes do apelo pela instância *ad quem* depende de prévio juízo de admissibilidade positivo. Agravo de instrumento desprovido. (AI 00227.2006.011.17.00.0 – DO 10.10.06)

Assim, entendo que quando há declaração de miserabilidade jurídica, como é o caso dos presentes autos, os benefícios da assistência judiciária gratuita somente podem ser deferidos se o advogado renuncia — expressamente — à percepção de honorários advocatícios previamente contratados com o titular do direito material.

Com efeito, considerando que a concessão dos benefícios da assistência judiciária isenta o reclamante do pagamento de custas e despesas processuais, dentre eles encontrando-se os “honorários advocatícios”, necessária a renúncia expressa do advogado do reclamante à percepção de honorários.

Entendo ainda que o causídico, em casos como o presente, assume a postura de defensor público e, em sendo assim, incabível percepção dupla de honorários (sucumbenciais e pré-contratados).

Inexistindo o ato de renúncia, improcede o pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária.

Assim, **nego provimento**.

G) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A concessão de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho exige o preenchimento de dois requisitos, quais sejam: o primeiro, estar assistido por sindicato da categoria profissional

e, o segundo, comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família, na forma do entendimento das Súmulas ns. 219 e 329 do TST.

Contudo, o objeto da condenação é a indenização por danos morais e estéticos.

Após a Emenda Constitucional n. 45 o C. TST editou a Instrução Normativa n. 27/2005, que no art. 5º diz: “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios serão devidos pela mera sucumbência”.

Indenização por dano moral, ainda que decorra de acidente de trabalho, não é parcela trabalhista, mas civil, pois decorre de ilícito civil.

Assim, **dou provimento** ao recurso para condenar a ré ao pagamento da verba honorária no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, atento ao grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, na forma do art. 20, §3º, do CPC.

3. CONCLUSÃO

ACORDAM os Juízes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, por unanimidade, superada a questão relativa à intempestividade do recurso da reclamada por força de decisão no Agravo de Instrumento; conhecer do recurso ordinário interposto pela reclamada e conhecer parcialmente dos recursos ordinários do reclamante e de João Batista Dallapíccola Sampaio & Advogados Associados, nos termos do voto do Relator; desconsiderar os documentos trazidos pelo reclamante às fls. 670-677, por força do disposto na Súmula n. 8, do C. TST; rejeitar a preliminar suscitada de nulidade da sentença; por maioria, rejeitar a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho, suscitada no apelo dos patronos do reclamante. Decretar o segredo de Justiça e, no mérito, dar parcial provimento ao apelo obreiro

para excluir a condenação do reclamante ao pagamento da indenização aplicada por litigância de má-fé, mantendo-a apenas em relação aos advogados, e deferir honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação; por unanimidade, negar

provimento ao apelo dos patronos do reclamante; e negar provimento ao apelo da reclamada.

Vitória – ES, 19 de fevereiro de 2009.

Juiz Claudio Armando Couce de Menezes
Relator

Jurisprudência

Sentenças



7ª Vara do Trabalho de Salvador – BA

- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, Autor, qualificado à fl. 01, ajuizou ação civil pública, em face de BANCO BRADESCO S/A, Ré, igualmente qualificada, narrando os fatos e formulando os pedidos descritos na petição inicial (fl. 01/13), juntando documentos (fl. 14/124). Audiência em 19.08.2008. Conciliação recusada. Deferida a expedição de carta precatória inquiritória (fl. 154/155). A Ré apresentou defesa escrita (fl. 156/203), juntando documentos (fl. 204/768). O Autor se manifestou (fl. 777/782). Testemunha do Autor ouvida no juízo deprecado (fl. 27/28 do apenso). A Ré se manifestou (fl. 803/808), juntando documentos (fl. 809/813). O Autor se manifestou (fl. 817/818). Audiência em 3.11.2009. Ouvidas testemunhas da Ré. Encerrada a instrução. Razões finais. Conciliação recusada (fl. 823/824). É o relatório.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Processo: 00732-2008-007-05-00-2

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Ré: BANCO BRADESCO S/A

Juiz: GUILHERME LUDWIG

FUNDAMENTAÇÃO

1. DAS PRELIMINARES DE MÉRITO.

1.1. DA ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

Em preliminar de mérito, a Ré alegou que a presente ação civil pública versa em torno de direitos individuais “*divisíveis e disponíveis*”, bem assim que a defesa destes não seria cabível ao Ministério Público. Razão não assiste à Ré em seus dois argumentos. Em primeiro lugar, porque se trata sim de interesse tipicamente coletivo (em sentido estrito), “*de natureza indivisível de que seja titular grupo (...) de pessoas ligadas (...) com a parte contrária por uma relação jurídica base* (Lei n. 8.078/90, art. 81, parágrafo único, II)”. Em relação aos interesses metaindividuais discutidos em petição inicial,

vale enfatizar: quanto aos sujeitos, estes são meramente determináveis e compatíveis com grupo certo (empregados da Ré); quanto ao objeto, este é indivisível, ou seja, tanto a lesão quanto a satisfação repercutem de forma unívoca em todos os componentes do grupo; quanto à origem, esta é baseada em uma relação jurídica básica (os contratos de emprego). No caso dos autos, a pretensão ministerial encontra-se fundada em prática de discriminação em relação a determinados grupos de empregados, tema decorrente do quanto trazidos aos autos pelo Procedimento Preparatório n. 638/04 (fl. 14/124). A partir de uma breve análise da petição inicial, é possível facilmente constatar que nenhum dos pedidos ali formulados pelo Ministério Público do Trabalho no item 4.1 (fl. 11/13) pode ser individualmente exigido por intermédio de reclamação individual proposta por qualquer dos empregados da Ré. É evidente, por fim, que eventual indenização por dano moral pleiteada em sede de reclamação trabalhista individual não se confunde com o dano moral coletivo cujo reconhecimento é ora requerido, uma vez que este último se refere aos valores essenciais de toda a coletividade.

Em segundo lugar, por mera hipótese, mesmo que se tratasse de direitos individuais homogêneos — **o que não é o caso dos autos** —, ainda assim, o Ministério Público teria legitimidade ativa conforme o entendimento atual e pacífico no Supremo Tribunal Federal, tal como se observa nos seguintes precedentes: STF – 2ª T. – RE/472489/AgR/RS – Rel. Ministro Celso de Mello – DJ 29.4.2008; STF – 2ª T. – RE/470135/AgR-ED/MT – Rel. Ministro Cezar Peluzo – DJ 22.5.2007; STF – 2ª T. – RE/394180/CE – Rel. Ministra Ellen Gracie – DJ 10.12.2004. A atual jurisprudência do TST conforma-se ao entendimento *supra* no Supremo Tribunal Federal, tal como se observa nos seguintes precedentes: TST – SBDI-1 – E-ED-RR/1108/1999-002-23-00.0 – Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga – DEJT 6.3.2009; TST – SBDI-1 – E-RR-734211/2001.7 – Relª Ministra Maria de Assis Calsing – DEJT 31.10.2008. Nestes termos é REJEITADA a preliminar.

1.2. DA “SUBSTITUIÇÃO INADMISSÍVEL”.

Razão não assiste à Ré. Cabe apenas lhe esclarecer que na presente demanda o Autor não atua como substituto processual, mas sim como legitimado autônomo, o que tecnicamente são conceitos totalmente distintos. Nestes termos é REJEITADA a preliminar.

1.3. DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR.

O interesse de agir, como as demais condições da ação, é apreciado em abstrato, ou seja, conforme a causa de pedir e os pedidos: a prestação jurisdicional solicitada deve ser necessária e adequada. Necessária, porque impossível obter a satisfação do alegado direito sem a intervenção do Estado; adequada, porque apta a corrigir a lesão de direito apontada. Na hipótese em tela, ao contrário do que alegou a Ré, a presente petição inicial mostra-se, em tese, como o instrumento útil e necessário a que o Autor faça valer sua pretensão, o que é suficiente para afastar a alegação de ausência de interesse de agir. Assunto completamente

distinto é o exame de proporcionalidade da condenação requerida, que, por seu turno, requer prévia apreciação da extensão e da gravidade da lesão, bem assim do comportamento do agressor, que eventualmente venham a ser demonstrados em concreto, o que dependerá da prova produzida, prendendo-se assim ao mérito da causa, pelo que, com este deverá ser decidida. Nestes termos é REJEITADA a preliminar.

1.4. DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER. DA TUTELA INIBITÓRIA.

A impossibilidade jurídica do pedido, como as demais condições da ação, é apreciada em abstrato, ou seja, conforme a causa de pedir e os pedidos. Entende-se que há possibilidade jurídica do pedido quando presente a admissibilidade, em abstrato, do provimento reclamado, o que ocorre no caso em tela. Os pedidos formulados pelo Autor, como se verá adiante, encontram amparo no ordenamento jurídico (CPC, art. 461; Lei n. 7.347/85, art. 11; Lei n. 8.078/90, art. 84, § 4º; CLT, art. 769), não sendo obviamente exigida (até porque impossível ao Legislador diante da gama infinita de possibilidade oriundas da realidade fática) a previsão específica e individualizada em lei de cada uma das obrigações de fazer ou não fazer passíveis de dirimir cada caso concreto. Nestes termos é REJEITADA a preliminar.

1.5. DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL.

A petição inicial atende ao comando celetista no sentido de “*uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio*” (CLT, art. 840, § 1º), sendo tal o suficiente para afastar a inépcia no processo do trabalho. Da leitura da petição inicial é possível deduzir, com um mínimo de discernimento, a causa de pedir suficiente de cada pedido, sendo que todos guardam perfeita pertinência, em tese, com a prevenção da lesão alegada. Em sentido análogo, o entendimento neste Regional: “*Não se deve, em*

face das peculiaridades do processo trabalhista, no qual vigora a ausência de formalismo rigoroso, declarar a inépcia da inicial, quando da narração dos fatos se pode perfeitamente entender o pedido ali formulado (TRT – 5R – 2T – RO/00039-2004-003-05-00-0 – Rel. Des^a Dalila Andrade – DJ 7.3.2006)”. Não houve nenhum prejuízo à produção de defesa útil, como será adiante analisado. Nestes termos é REJEITADA a preliminar.

1.6. DO PROTESTO EM FACE DO INDEFERIMENTO DA CONTRADITA. DA APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 357 DO TST.

Razão não assiste ao polo passivo. Não há que se falar em nulidade. O entendimento contante na Súmula n. 357 do TST tem aplicabilidade mesmo que a ação proposta tenha idêntico objeto. Conforme a jurisprudência pacífica na SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho: “A circunstância de a testemunha litigar contra a reclamada em processo com idêntico objeto não a torna suspeita. Inteligência da Súmula n. 357 desta Corte. Embargos não conhecidos (TST – SDI1 – E-RR-746.610/2001.5 – Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga – DJ 26.10.2007)”. No mesmo sentido, os precedentes: E-ED-RR-199/2003-042-01-00.3, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DEJT 21.08.2009; E-ED-RR-798169/2001, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ 22.8.2008; E-ED-RR-613619/1999, Rel^a Min. Maria de Assis Calsing, DJ 27.6.2008; E-ED-RR-38918/2002-900-03-00, Rel^a Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 8.2.2008; E-ED-RR-623/2001-023-04-00.3, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DJ 20.4.2007, E-RR-167/2003-281-04-00.0, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 30.6.2006; E-RR-461.201/1998, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 10.9.2004; E-RR-337.469/97.7, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 29.11.2002.

Raciocinar em sentido contrário, tal como sustentou a Ré, seria o mesmo que entender peremptoriamente inviabilizada a produção

de prova testemunhal por qualquer empregado em qualquer processo trabalhista, bastando simplesmente que a empresa tivesse a cautela de lesionar a todos de maneira uniforme, acarretando assim a suspeição recíproca de todos para com todos. Aliás, pelos mesmos fundamentos, levando-se adiante a tese patronal, chegar-se-ia mesmo à conclusão absurda da impossibilidade concreta de produção de prova testemunhal em desfavor de qualquer empresa nas lides que versassem sobre lesão a direitos coletivos de todos os empregados da empresa, tornando-se assim letra morta toda a disciplina normativa das ações coletivas no particular. Não há, portanto, como prevalecer a tese patronal, na medida em que viola o princípio constitucional de ter acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), aqui entendido como o direito a uma ordem jurídica justa e à efetiva tutela jurisdicional, assegurada inclusive a possibilidade de produção de prova das alegações.

2. DO MÉRITO.

2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA APRECIÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL.

Quanto à testemunha do Autor em sede do Procedimento Preparatório n. 638/04 (fl. 88/90), a sua condição de dirigente sindical, ao invés de enfraquecer a força probante de seu testemunho, o valoriza nos autos da presente ação coletiva, como se verá agora. Ainda em 1978, identificando a segunda onda de facilitação do acesso à Justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth já observavam que a concepção tradicional do processo não deixava campo para a defesa dos interesses metaindividuais, na medida em que era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus interesses individuais. Verificavam então um movimento mundial em direção aos litígios metaindividuais, o que proporcionara transformações da legitimação ativa, no papel do juiz, nos conceitos e institutos jurídicos.

Em suas palavras, “*A visão individual do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva*” (In: *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 49-51). No mesmo sentido, destaca José Roberto Freire Pimenta que “*O processo civil dos nossos tempos, através da superação do conceitualismo positivista pelo instrumentalismo substancial a partir da segunda metade do século XX e da colocação da luta pela universalização da tutela jurisdicional e pela ampliação do acesso à justiça no centro das preocupações dogmáticas e metodológicas dessa disciplina, tem procurado conceber novas e mais adequadas soluções para a baixa efetividade da prestação jurisdicional, preordenando novos institutos e procedimentos capazes de atender às novas necessidades das modernas e democráticas sociedades de massa pós-industriais*” (In: *Tutela Metaindividual Trabalhista*. São Paulo: LTr, 2009. p. 11)”. É certo, portanto, que o movimento de coletivização do litígio fez nascer um novo paradigma na teoria do processo, sendo necessário interpretar os seus conceitos e institutos de forma apta a conferir máxima efetividade à tutela jurisdicional metaindividual. Isso porque, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “*A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional, e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material. O encontro da técnica processual adequada exige a interpretação da norma processual de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*” (In: *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006. p. 114)”. A partir destes breves parâmetros doutrinários já se torna claro que não é possível conferir, à produção da prova testemunhal nas lides coletivas, o mesmo tratamento dispensado ao modelo clássico das lides individuais. Em consequência, o Órgão Julgador entende, em primeiro lugar, perfeitamente válida a prova testemunhal produzida em sede de inquérito civil público,

sob a direção do Ministério Público, desde que regularmente oportunizada a participação da Ré, tal como se verifica nestes autos. Em segundo lugar, no âmbito da lide coletiva, que trata exatamente de interesses que transcendem a esfera estritamente individual, a circunstância da testemunha ser dirigente sindical valoriza a prova produzida, pois lhe confere a aqui necessária visão panorâmica das eventuais lesões sofridas pelos titulares dos direitos apresentados. Não é demais ressaltar que, especialmente em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro — tal como o estabelecido após a Constituição Federal de 1988 e o fim do regime militar —, a simples circunstância de qualquer testemunha ser um dirigente sindical não lhe acarreta evidentemente nenhuma pecha de ser indigna de fé quanto às suas declarações, motivo pelo qual não há porque o Órgão Julgador diminuir ou menosprezar o valor de tal testemunho quando comparado ao de qualquer outro indivíduo. Muito pelo contrário, considerando a sua retro mencionada visão panorâmica, é, em verdade, uma espécie de testemunho privilegiado, o que, para o Órgão Julgador, apenas valoriza a prova, seja quando favorável à pretensão do Ministério Público, seja inclusive quando não o for. Sob esses enfoques objetivos e fundamentados é que será apreciada a prova testemunhal produzida nestes autos.

2.2. DA PRÁTICA DE RACISMO CONTRA AS EMPREGADAS DE ETNIA NEGRA. DA PROIBIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE CABELO CRESPO AO NATURAL. DO DANO MORAL COLETIVO.

Em defesa foi negada a prática discriminatória, cabendo ao Autor o ônus da prova, mister do qual não se desincumbiu. As fichas funcionais de fl. 351/577 apresentam diversas funcionárias da etnia negra, com cabelo crespo ao natural. A testemunha do Autor, Sr. Flávio José Barreto de Olivera, ouvido em sede do Procedimento Preparatório n. 638/04, declarou: “*que existe no Banco normas com relação às bancárias, que*

não podem usar cabelo natural quando se tratam de pessoas de diferentes raças que não a branca (fl. 89)”, tendo, porém, mitigando a informação, ao afirmar que “existem pessoas no banco que possuem cabelos encaracolados, mas devem ser bem tratados (fl. 90)”. Por outro lado, o informante próprio do Autor, Sr. Eric Leon Schmulder Oliveira, ouvido no mesmo procedimento administrativo, declarou: “que não sabe se existe algum penteado específico para o sexo feminino (fl. 91)”. A testemunha do Autor ouvida no juízo deprecado, Sr. Marcos Bispo dos Santos, não trouxe nenhuma informação acerca da proibição de utilização de cabelo crespo ao natural por empregadas negras (fl. 28 do apenso). Quanto à primeira testemunha da Ré, Sra. Quessia Barbosa Mendes dos Santos, que é uma empregada de etnia negra, esta declarou “trabalha no réu há 4 anos; (...) que neste período não houve nenhuma determinação por parte do réu para que a depoente alterasse o seu padrão estético, inclusive em relação ao cabelo; que utilizou o corte ‘mega trança’, que corresponde à foto da sua carteira de identidade, até fevereiro de 2008; (...) que recorda do nome da empregada Bruna Almeida que usa ‘mega trança’; (...) que o cabelo da Sra. Bruna tende a cacheado ou a ondulado, cabelo crespo, sendo que a sua pele é branca; (...) que além de utilizar ‘mega trança’, a depoente já utilizou o estilo ‘miojo’, enquanto empregada da ré; que deixou de utilizar ‘mega trança’ porque o cabelo estava pesando; que não havia nenhuma área restrita à circulação da depoente (fl. 823/824)”. A segunda testemunha da Ré, Sr. Cristovão José dos Santos, declarou que “trabalha no réu desde 1981, inicialmente pelo Baneb, tendo passado para o Bradesco há cerca de 10 anos; que se considera negro; que o depoente é gerente de agência há cerca de 12 anos, tendo sido gerente nas cidades de Senhor do Bonfim, Feira de Santana, além de, em Salvador, nos bairros de Periperi e atualmente no centro na Praça Municipal; (...) que na agência do depoente existem empregados de cabelos crespos que os utilizam de forma natural, sem nenhum penteado específico; que não se recorda do nome

de nenhum empregado de cabelo crespo que utilize tranças ou penteados ‘afro’; (...) que por ‘cabelo de forma natural’ entende aquele que é apenas lavado e penteado sem a utilização de produtos químicos; que conhece vários outros funcionários do réu, não sabendo, entretanto, especificar a função de cada um (fl. 824)”. Logo, não assiste razão ao Autor no particular, pois não foi demonstrada a prática de racismo contra as empregadas de etnia negra (CLT, art. 818 c/c CPC, art. 333, I). Nestes termos é julgado IMPROCEDENTE o pedido “4.1.5” da petição inicial.

2.2. DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA OS EMPREGADOS HOMENS.

2.2.1. DA PROIBIÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE BIGODE.

Em defesa foi negada a prática discriminatória, cabendo ao Autor o ônus da prova (CLT, art. 818 c/c CPC, art. 333, I). Ocorre, todavia, que o informante do próprio Autor, Sr. Eric Leon Schmulder Oliveira, ouvido em sede do Procedimento Preparatório n. 638/04, disse que não gostaria de afirmar que não conhece ninguém que usasse bigode (fl. 91), o que é acolhido pelo Órgão Julgador como o reconhecimento da possível existência de empregados usando bigode no âmbito da Ré. Por outro lado, a primeira testemunha da Ré, Sra. Quessia Barbosa Mendes dos Santos, afirmou conhecer o Sr. Cesar, chefe de departamento de recuperação de créditos da Ré, que usava bigode (fl. 823/824). A segunda testemunha da Ré, Sr. Cristovão José dos Santos, declarou que quando encontrava em Salvador o Sr. Fernando Tenório, um dos diretores do banco, ele estava usando bigode (fl. 824). Logo, não assiste razão ao Autor no particular, pois não demonstrou a alegada proibição da utilização de bigode.

2.2.2. DA PROIBIÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE CAVANHAQUE.

Em defesa foi negada a prática discriminatória, cabendo ao Autor o ônus da prova (CLT,

art. 818 c/c CPC, art. 333, I). A testemunha do Autor, Sr. Flávio José Barreto de Olivera, ouvido em sede do Procedimento Preparatório n. 638/04, não trouxe nenhuma informação acerca da proibição de utilização de cavanhaque (fl. 88/90), o mesmo ocorrendo com a testemunha do Autor ouvida no juízo deprecado, Sr. Marcos Bispo dos Santos (fl. 27/28). Por outro lado, as declarações do Sr. Eric Leon Schmuler Oliveira, na condição de mero informante no mesmo procedimento administrativo, em favor da própria parte Autora, não apresentam robustez suficiente a, por si só, trazer convencimento ao Órgão Julgador (fl. 90/92). As testemunhas da Ré, por seu turno, não favoreceram a tese do Autor (fl. 823/825). Logo, não assiste razão ao Autor no particular, pois não demonstrou a alegada proibição da utilização de bigode.

2.2.3. DA PROIBIÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE BARBA.

Em defesa foi negada a prática discriminatória. Disse também a Ré que, conforme pesquisa realizada pelo Grupo Catho, depois da competência a aparência é um dos traços mais importantes para o sucesso profissional, sendo 81% dos entrevistados declararam que a barba “*piora a aparência e/ou charme* (fl. 181)”. Em seguida, afirmou: que “*mesmo que houvesse alguma norma expressa do BRADESCO que proibisse o uso de barba, cavanhaque, bigode ou costeleta, essa conduta do Réu não poderia ser tida por discriminatória, porquanto integrante do poder diretivo e discricionário do empregador* (fl. 182)”; que “*é impossível negar-se que o BRADESCO, em razão do seu poder diretivo, possui a liberdade de impor determinados padrões de conduta a serem respeitados por seus empregados. Trata-se de uma consequência natural do liberalismo econômico, sempre voltado à ampliação dos meios e da capacidade de produção das empresas* (fl. 182)”; que “*não está correto o autor quando afirma que a simples proibição ao uso de barba, cavanhaque, bigode e costeleta, caso houvesse, seria capaz de violar*

esse princípio [da dignidade da pessoa humana] (fl. 187)”.

Quanto à matéria de fato, a contestação parece praticamente confessar a conduta proibitiva, pois flagrantemente contraditória. Isso porque, apesar de apresentar diversos argumentos no sentido de que tal proibição supostamente não afronta ao ordenamento jurídico (fl. 182/190) e de que a utilização da barba pelos empregados supostamente prejudica a imagem da empresa (fl. 181), a Ré também aduz que não a proíbe (fl. 178/179), conduta então que não faz nenhum sentido lógico ou prático em termos de política empresarial. Ora, se realmente fosse lícita a proibição e se lhe fosse prejudicial a utilização da barba, como quer dizer a Ré, não seria razoável entender que, dentro do ambiente de concorrência acirrada em que atua no setor das instituições bancárias, simplesmente tenha se recusado a adotar tal medida proibitiva supostamente necessária a aumentar o seu desempenho. É claro que mesmo o princípio da eventualidade não pode sacrificar, a partir de parâmetros de razoabilidade e das máximas da experiência, a necessidade de alguma mínima coerência lógica em relação ao conjunto das teses de defesa em determinado tema, sob pena de se admitir, por via transversa, alegações em desconformidade com a verdade dos fatos e com a lealdade processual, o que é rigorosamente vedado (CPC, art. 14, I e II; art. 17, II). É evidente que, a partir dos próprios argumentos (supostas ausência de ilicitude e existência de prejuízo) que elege — **com os quais o Órgão Julgador não concorda, como se verá adiante** —, a única conduta que restaria logicamente à Ré seria mesmo proibir a utilização da barba, não sendo razoável entender que assim não o fez.

As conclusões *supra* são definitivamente corroboradas pela prova oral produzida nestes autos. A testemunha do Autor, Sr. Marcos Bispo dos Santos Andrade, ouvido no juízo deprecado, declarou “*que há ordem verbal da matriz repassada pelas chefias no sentido de que os funcionários do gênero masculino não poderiam cultivar*

barba ou cabelo; que na hipótese de descumprimento seria determinado que o empregado retornasse à sua residência, não sabendo declinar qual seria a consequência na hipótese de persistência da conduta por parte do empregado, tendo em vista que, para salvaguardar o emprego, os empregados sempre cumpriam a determinação; (...) que as práticas referidas persistiram durante todo o tempo em que trabalhou para o Reclamado; (...) que no Bradesco ordem não se discute (fl. 28 do apenso)”, demonstrando claramente a tese do Autor em torno da proibição de utilização de barba. A testemunha do Autor, Sr. Flávio José Barreto de Olivera, ouvido em sede do Procedimento Preparatório n. 638/04, declarou: “que frequenta as agências do Bradesco três a quatro vezes na semana para entregar o jornal do sindicato, que vai na agência que trabalha pegar o contracheque, conversar com os bancários etc.; (...) que já sofreu discriminação com relação a traço estético, desde quando entrou no banco em 1985; que a discriminação se referia ao uso de barba e corte de cabelo; que não é permitido aos empregados do Bradesco hoje usarem barba; que faz essa afirmação em razão de conversas com colegas; (...) que tem como orientação nas agências que não pode usar barba, não pode usar tênis; que geralmente essa orientação é verbal; que teve notícia há dois meses atrás que a empresa continua proibindo o uso de barba e de tênis e camisa de manga curta; (...) que no seu círculo de amigos entende que pelo menos umas dez pessoas gostariam de usar barba (fl. 89/90)”, sendo certo que a circunstância da testemunha desconhecer alguém que tenha sido punido ou despedido pelo fato de usar barba pode significar a plena eficácia da determinação proibitiva patronal, inclusive como se observa nos trechos do relato anterior *supra* transcrito. Quanto à primeira testemunha da Ré, Sra. Quessia Barbosa Mendes dos Santos, esta declarou “que não recorda o nome de nenhum empregado que usa barba (fl. 823/824)”, o mesmo sendo dito pela segunda testemunha da Ré, Sr. Cristovão José dos Santos (fl. 824). Como se não bastasse, tratando ainda da prova

oral, o Órgão Julgador pondera ainda que, caso realmente não existisse a proibição da utilização de barba, a tese patronal poderia ser fortalecida — é óbvio — se a Ré simplesmente trouxesse alguma testemunha-empregado que efetivamente utilizasse barba, sendo que tal omissão nesse caso representa um forte indício da veracidade da tese do Autor. Ressalta-se, por fim, que na prova documental trazida pela Ré aos autos (fl. 496/517, 551/577 e 664/728) não é possível identificar empregados usando barba, o que representa outro forte indício da veracidade da tese do Autor.

Ainda que se tratasse mesmo de uma “*tradição*”, passada de empregado para empregado, como quer fazer crer sem sucesso a Ré, mesmo assim não restaria ela eximida de idêntica responsabilidade, na medida em que é seu dever garantir aos seus empregados um meio ambiente de trabalho livre de qualquer forma de discriminação, ainda que horizontal.

Em face de todos os elementos *supra*, o Órgão Julgador reconhece a existência da proibição oral da utilização de barba dirigida pela Ré em relação aos seus empregados, conduta patronal que viola inequivocamente o direito fundamental à liberdade de dispor de e construir a sua própria imagem em sua vida privada (CF, art. 5º, X), um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Conforme o texto constitucional:

“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: (...) a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)”.

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (CF, art. 5º, X)”.

Os direitos à intimidade, à vida privada e à própria imagem (art. 5º, X) são direitos fundamentais. Enquanto tais, transcendem da esfera meramente individual, para se constituir a base da própria convivência em sociedade,

sendo exigíveis não apenas em face do Estado, mas também dos próprios particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). De acordo com o jurista espanhol Antonio Enrique Pérez Luño, “*A incorporação do direito à honra, à intimidade e à própria imagem ao sistema de direitos fundamentais, portanto, requer uma importante mudança em seu fundamento, seu alcance e seu estatuto jurídico. Primeiro, supõe substituir a abordagem privatista e estritamente individual por um enfoque jurídico-fundamental, em que esse direito — como o valor da dignidade humana que o informa — não aparece como uma faculdade do indivíduo isolado, mas como um direito de coexistência. Não em vão, a esfera da personalidade não pode ser visto apenas do ponto de vista do indivíduo, mas a partir de uma perspectiva relacional, a partir da qual se considera que a violação da personalidade humana envolve um perigo para a solidariedade e convivência entre os homens. Mas, ademais, a consagração constitucional supôs um sistema de positivação, baseado em princípios e cláusulas gerais que, ao contrário da disciplina analítica e da regulamentação de outros tipos de normas, não é suscetível de uma interpretação literal e rígida que exclua a possibilidade de falar sobre novas manifestações de direito impensáveis na época da promulgação da norma constitucional. (...) Finalmente, convém advertir que a constitucionalização do direito fundamental à honra, à privacidade e à própria imagem não pode ser entendida como uma tutela limitada às relações entre o Estado e os particulares, irrelevante na esfera das relações interprivadas*” (in: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 332 — tradução livre). A aparentemente simples opção de usar ou não barba é algo que diz respeito exclusivamente à intimidade, à vida privada e à própria imagem do indivíduo, consistindo, portanto e em verdade, no exercício de uma liberdade garantida pelo texto constitucional. Considerando a eficácia horizontal de tais direitos fundamentais, é certo que estes são oponíveis também em

face dos particulares, como na hipótese, em face do empregador.

A conduta patronal proibitiva em questão não se restringe ao ambiente de trabalho, gerando, pelo contrário, reflexos desnecessariamente invasivos na própria esfera privada do indivíduo, na medida em que este fica privado de livremente dispor de sua própria imagem perante a família, a comunidade e a sociedade. E ninguém está obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II) e desde que garantido o respeito ao princípio da proporcionalidade. Sobre o tema, destaca o jurista Ingo Wolfgang Sarlet que “*também a garantia da identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando-se, dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade, bem como ao direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito à sua esfera particular, assim como à garantia de um espaço privativo no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal. Na medida em que o exercício do poder constitui permanente ameaça para a dignidade da pessoa humana, há quem considere a limitação do poder como uma exigência diretamente decorrente desta, acarretando, dentre outras consequências, a necessidade de se tolerarem ingerências na esfera pessoal apenas com base na lei e desde que resguardado o princípio da proporcionalidade*” (In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 117-118). ”

Na hipótese discute-se a eventual prevalência do princípio da preservação da unidade produtiva (CF, art. 1º, IV) e do correspondente direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII) sobre o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e dos respectivos direitos à

intimidade, à vida privada e à própria imagem (art. 5º, X). Quanto ao conflito de princípios, esclarece o jurista alemão Robert Alexy que *“Se dois princípios colidem — o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro permitido —, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta (In: Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93)”*. Trata-se de verificar no caso concreto, por intermédio da técnica de ponderação de bens e interesses, qual princípio possui prioridade entre aqueles em disputa, observando-se o princípio da proporcionalidade, sendo certo, porém, como adverte o jurista Ricardo Maurício Freire Soares, que sempre haverá manifesta preponderância do princípio da dignidade humana, pois *“O sistema jurídico encontra, (...), coerência e unidade substancial na ideia de respeito à dignidade da pessoa humana. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido de certo modelo normativo, deve-se priorizar aquela que torne o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana mais eficaz, ao mesmo tempo em que cada norma jurídica se encontra mais bem fundamentada e legitimada quanto mais o hermenêuta otimizá-la diante de um caso concreto. (In: Curso de Introdução do Estudo do Direito. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 206)”*. Dessa forma, a perspectiva da apreciação da questão será realizada considerando se existem ou não condições favoráveis a mitigar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Feitas essas considerações, tem-se que **NÃO** há suporte fático (condições) neste autos que sustente a eventual prevalência do princípio da preservação da unidade produtiva sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, não houve demonstração

rigorosa e convincente que o uso de barba pelos empregados acarreta realmente algum prejuízo à confiabilidade e à imagem da instituição bancária perante os seus clientes, pois a pesquisa organizada pelo Grupo Catho e trazida aos autos (fl. 616/635) foi realizada apenas entre executivos, público este com um perfil extremamente refinado e específico, que não se confunde com o do brasileiro médio, que, por seu turno, corresponde à grande massa de consumidores do banco. Como se não bastasse, a pesquisa nem mesmo se encontra direcionada direta ou indiretamente à avaliação da confiabilidade das instituições bancárias a partir da aparência de seus empregados. Trata-se assim de uma discriminação absolutamente injustificada e desprovida de qualquer razoabilidade. Dessa forma, a mitigação do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e dos respectivos direitos à intimidade, à vida privada e à própria imagem (art. 5º, X) em favor do princípio da preservação da unidade produtiva (CF, art. 1º, IV) não é adequada e nem necessária.

Aliás, apenas a título de ilustração em torno da inexistência de alguma relação direta entre a utilização de barba e a confiabilidade do indivíduo perante o seu público, é de se observar que, em pesquisa divulgada em 4.1.2010, no ranking de 27 personalidades brasileiras em várias áreas de atuação, o Instituto Datafolha apontou o Presidente Luís Inácio Lula da Silva (que sempre utilizou barba em toda a sua trajetória política) como a pessoa mais confiável entre as 27, com nota 7.9 numa escala de 0 a 10 (Fonte: <http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=937>). Na religião, igualmente, a Igreja Católica que contava em 2005 aproximadamente com 1.115 milhões de membros, mais de um sexto da população do planeta, apresenta Jesus Cristo (a quem é atribuída a utilização de barba) como figura central do Cristianismo (Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Igreja_Cat%C3%B3lica>). No próprio órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro,

o Supremo Tribunal Federal, podem ser apontados os exemplos dos brilhantes Ministros Eros Roberto Grau e José Paulo Sepúlveda Pertence — este último, inclusive, aposentado e atual consultor geral da banca de advocacia que assiste à Ré neste processo —, que utilizam barba. Seguem-se exemplos na psicanálise, com Sigmund Freud; na literatura, com Machado de Assis; na política americana, com Abraham Lincoln; na música, com John Lennon; na ciência, com Charles Darwin; entre tantas outras personalidades historicamente representativas e confiáveis. Logo, torna-se mais do que claro que realmente não há nenhuma relação de causa e efeito entre a circunstância de um indivíduo utilizar barba e alguma desvalorização de sua imagem ou da “marca” que ele representa perante a sociedade.

As instituições militares seguem regras estatutárias rígidas, diversamente da iniciativa privada, em que os empregados recebem uma ampla gama de normas tutelares, motivo pelo qual a comparação pretendida pela Ré mostra-se, no todo, inadequada. Como se não bastasse, existem questões de táticas operacionais de combate que legitimam a referida proibição no meio militar. Por outro lado, as vestes talares dos magistrados são utilizadas apenas durante a sua permanência na repartição pública, não gerando nenhum efeito na esfera privada, ao contrário do caso em tela.

A decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (fl. 187/188) reflete o convencimento da respectiva Turma em um determinado caso concreto, é aparentemente isolada e não vincula aos demais Órgãos da Justiça do Trabalho, nem tampouco a este Magistrado. Por outro lado, as decisões da Justiça Americana (fl. 187/190), além de evidentemente também não vincularem, não se prestam sequer à comparação com a hipótese dos autos, uma vez que nos Estados Unidos da América não há uma verdadeira rede tutelar em favor dos empregados — o que se reflete diretamente em seus julgados —, situação absolutamente distinta

da realidade brasileira, em que a própria Constituição Federal e a legislação infraconstitucional asseguram uma série de direitos e garantias. A título de simples ilustração, cabe ressaltar que a socióloga americana Barbara Ehrenreich, em pesquisa de campo na Flórida, no Maine e em Minnesota ao término da década de 90, apresentou um quadro desalentador do assalariados americanos de baixa renda, concluindo que *“Se os trabalhadores de baixa renda nem sempre se comportam de um modo economicamente racional, ou seja, como agentes livres dentro de uma democracia capitalista, é porque vivem num lugar que não é livre nem de modo algum democrático. Quando se entra no local de trabalho de baixa renda — e em muitos locais de trabalho de média renda também —, você deixa suas liberdades civis na porta, abandona os Estados Unidos e tudo o que o país supostamente representa e aprende a fechar a boca durante toda a jornada. As consequências desta rendição rotineira vão além da questão dos salários e da pobreza (In: Miséria à Americana. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 238-239)”*.

Por derradeiro, no entendimento deste Órgão Julgador — amparado na lição do Juiz João Batista Sales Souza —, admitir qualquer tipo de critério para admissão ou permanência em um emprego que não sejam aqueles necessariamente relacionados à capacidade, competência, grau de escolarização ou perfil psicológico para o exercício do labor a ser realizado configura discriminação injustificável. Trata-se sim de um atentado à dignidade humana porquanto esta implica na proteção à integridade moral e à individualidade da pessoa. Qualquer exigência em termos de estética, se não assentada em evidente critério de razoabilidade — o que inexistiu no caso concreto — viola a dignidade humana porque atinge o ser humano naquilo que ele tem de mais precioso: sua liberdade. O poder discricionário do empregador, salvo razões bastante razoáveis, não pode invadir a esfera da individualidade do empregado. O eventual interesse empresarial mercadológico, salvo situações excepcionais

como a do mercado da moda, não pode se sobrepor ao direito do trabalhador no tocante a questões tão pessoais, tais como, por exemplo, o corte de cabelo ou a utilização de barba, bigode, cavanhaque ou tatuagem. A Constituição Federal aponta claramente o caminho que a sociedade quer seguir como nação: democrática, inclusiva, pluralista, multi-étnica e tolerante com a diversidade e as minorias religiosas, raciais e culturais.

Tudo conduz à conclusão, portanto, que a proibição patronal em questão encontra-se embasada em puro e simples preconceito, o que é absolutamente intolerável em um Estado Democrático de Direito, sendo certo que “*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (CF, art. 3º, IV). Encontram-se violados os art. 1º, III; 3º, IV; e 5º, X; todos da Constituição Federal, todas normas de aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º), o que justifica a condenação da Ré nos termos a seguir delimitados.

2.2.3.1. DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER. DA TUTELA INIBITÓRIA.

Em petição inicial o Autor requereu a publicação de nota em jornal e a veiculação de mensagem em redes de televisão com o texto descrito às fl. 11/12, obrigações estas vinculadas diretamente às lesões decorrentes da proibição da utilização de barba, bigode, cavanhaque e costeleta. No caso concreto, entretanto, apenas foi reconhecida pelo Órgão Julgador a existência da proibição patronal quanto à utilização de barba (item 2.2.3 desta sentença).

Quanto à imposição de obrigações de fazer requeridas pelo Ministério Público do Trabalho, não é demais lembrar a lição de Luiz Guilherme Marinoni, ao comentar os art. 461 e 461-A do Código de Processo Civil, para quem, “*Diante da transformação do Estado — que de inimigo público passou a ser visto como alguém que, colocando-se ao lado do cidadão, deve zelar pela*

proteção dos seus direitos — e, por consequência, da necessidade de se dar tutela efetiva aos direitos, o legislador rompeu com o engessamento do poder executivo do juiz, dando-lhe a mobilidade necessária para prestar tutela efetiva aos direitos. (...) Estas normas evidenciam a superação do princípio da tipicidade, deixando claro que, para o processo tutelar de forma efetiva as várias situações de direito substancial, é indispensável não apenas procedimentos e sentenças diferenciados, mas também que o autor e o juiz tenham amplo poder para requerer e determinar a modalidade executiva adequada ao caso concreto” (In: *Execução*. São Paulo: RT, 2007. p. 51-52). Noutro momento, disserta ainda o mesmo jurista paraense que “*Considerando-se as antigas normas, que apenas distribuíam direitos, o medo de violação de um direito nada mais podia ser do que o temor de uma ação positiva, ou seja, de um fazer. Porém, quando se percebeu o dever do Estado editar normas para proteger os direitos fundamentais, por exemplo, o dever de proteger o consumidor e o meio ambiente —, as normas jurídicas ‘civis’ também assumiram função preventiva, que até então era reservada às normas penais. Essa função preventiva passou a ser exercida através de normas proibitivas e impositivas de condutas. Na verdade, com a evolução da sociedade, cada vez mais surgiram direitos dependentes de algo que deveria ser feito, não mais bastando a simples abstenção (ou não violação). Ou seja, o próprio direito material passou a depender de ações positivas. Essas últimas passaram a ser imprescindíveis para a prevenção dos direitos. Isso significa que a prevenção deixou de se contentar apenas com a abstenção, passando a exigir um fazer. Nessa perspectiva, ficou fácil perceber que o ilícito poderia ser, além de comissivo, também omissivo. Se alguém possui dever de fazer para que um direito não seja violado, é evidente que o não fazer implica em ato contrário ao direito, o qual pode ser qualificado de ilícito omissivo. Dessa forma, torna-se fácil compreender que a ação inibitória não visa somente impor uma abstenção, contentando-se, assim, com um não fazer. O seu objetivo é evitar*

o ilícito, seja ele comissivo ou omissivo, razão pela qual pode exigir um não fazer ou um fazer, conforme o caso. O direito brasileiro possui normas processuais (art. 84, CDC, e 461, CPC) que autorizam ao juiz não apenas impor um fazer ou um não fazer, como também impor um fazer quando houver sido pedido um não fazer, desde que o fazer seja mais adequado à proteção do direito no caso concreto. De modo que, se o direito material exige um não fazer, nada impede que o juiz ordene um fazer para que o direito seja efetivamente tutelado (In: Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 272, 5 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5041>>). Os pedidos formulados pelo Autor, portanto, encontram amparo no ordenamento jurídico (CPC, art. 461; Lei n. 7.347/85, art. 11; Lei n. 8.078/90, art. 84, §4º; CLT, art. 769), não sendo obviamente exigida (até porque impossível ao Legislador diante da gama infinita de possibilidade oriundas da realidade fática) a previsão específica e individualizada em lei de cada uma das obrigações de fazer ou não fazer passíveis de dirimir cada caso concreto.

As medidas pretendidas pelo Ministério Público do Trabalho mostram-se úteis e necessárias, pois visam a tornar efetivamente público a toda a sociedade que se fez cessar a discriminação em prejuízo dos seus empregados do sexo masculino que desejam utilizar barba, o que, em última análise, inibe evidentemente a conduta patronal transgressora para o futuro, tutelando de forma efetiva a situação de direito substancial referida. Conforme disserta o juiz José Hortêncio Ribeiro Júnior, “*Note-se que as ações de natureza inibitória possuem sua ação voltada para o futuro, buscando evitar a prática de um ilícito. Ao ser atendida, a tutela inibitória impede a lesão ao direito. No campo prático, mediante a tutela inibitória, verifica-se na esfera subjetiva a irradiação dos efeitos jurídicos do direito juridicamente amparado, afastando-se a possibilidade de lesão pela prática de ato ilícito. Esta característica*

impõe sua maior utilização no campo das lides cujo objeto seja a preservação da dignidade da pessoa humana. Aliás, em sua própria origem no direito italiano, a medida inibitória está atrelada, dentre outras, às medidas cujos objetos estejam voltados aos direitos da personalidade (In: Tutela Inibitória nas Ações Coletivas. In: Ação Coletiva na Visão de Juízes e Procuradores do Trabalho. São Paulo, LTr, 2006. p. 143)”. Assim, o caráter amplo e aberto da divulgação perante os meios de comunicação é justamente o contra-ponto necessário à natureza velada da prática discriminatória patronal aqui reconhecida, pela própria formação de um consenso de reprovação na comunidade de clientes efetivos ou potenciais, eliminando a possibilidade de persistência da conduta que a Ré entende por “*justificada*” diante de suposto preconceito desses mesmos clientes.

Nestes termos, considerando o respeito incondicional ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III); considerando a vedação constitucional aos preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV); considerando os direitos fundamentais à intimidade, à vida privada e à própria imagem (art. 5º, X); considerando os termos do CC, art. 186, 187 e 932, III (Súmula n. 341 do STF) c/c CLT, art. 8º, parágrafo único; considerando a gravidade da situação reconhecida nesta sentença; considerando a razoabilidade, a proporcionalidade e a viabilidade prática das medidas pleiteadas pelo Ministério Público, no que tange especificamente à prevenção e à repressão da prática discriminatória, além do caráter manifestamente pedagógico de tais medidas; considerando a capacidade econômica da Ré; são julgados **PROCEDENTES** os pedidos “4.1.1” (restringindo-se a uma nota por dia, durante dez dias seguidos, em cada um dos jornais) e “4.1.2” (restringindo-se a uma mensagem por cada rede de televisão aberta) da petição inicial (eliminando dos respectivos textos de ambos as expressões “*bigode, cavanhaque e costeleta*”), fixando-se prazo de 30 (trinta) dias, a partir do trânsito em julgado,

para que sejam efetivamente cumpridas, pela Ré, tais medidas no âmbito deste Município, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelo descumprimento de cada obrigação de fazer (CPC, art. 461, § 4º; Lei n. 7.347/85, art. 11; Lei n. 8.078/90, art. 84, § 4º; CLT, art. 769), valor reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei n. 7.347/85, art. 13; Lei n. 7.998/90, art. 11, V).

2.2.3.2. DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO.

Consoante o entendimento majoritário no Tribunal Superior do Trabalho, “*RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL COLETIVO. PROVIMENTO. O dano moral, por ter previsão constitucional (art. 5º, V e X) e por ser uma das facetas da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), possui caráter publicista e interessa a toda sociedade. Logo, se o dano moral pode atingir a própria coletividade, é justo e razoável que o direito admita a reparação decorrente da lesão de interesses coletivos* (TST – 7ª T. – RR-54340-93.2004.5.08.0004 – Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos – DEJT 19.2.2010)”.

Por outro lado, conforme o Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, “*A sociedade moderna edificou-se sobre a liberdade, a produção, o consumo e o lucro. A pós-modernidade, exacerbadora desses valores, luta para inserir o homem neste quarteto, isto é, nestes quatro fios com os quais se teceu o véu do desenvolvimento econômico global, uma vez que a exclusão social muito aguda poderá comprometer o sistema. Produção em massa, consumo em massa, trabalho em massa, lesão em massa, desafiando um típico processo trabalhista para a massa, concentrando o que está pulverizado, e que, em última análise, nada mais é do que um processo em que se procura tutelar direitos metaindividuais, também denominados de coletivos em sentido amplo, transindividuais, supra-individuais, globais, e tantos outros epítetos, mas todos com a marca indelével da lesão em massa, que é o seu núcleo, a sua alma, a sua essência, ou o seu diferencial. A evolução do dano moral no nosso sistema jurídico permite, atualmente, com base na Constituição*

e na legislação ordinária, a reparação dos danos morais coletivos. Objetiva-se, com essa indenização, oferecer à coletividade de trabalhadores, tendo como pano de fundo a sociedade, uma compensação pelo dano sofrido, atenuando, em parte, as consequências da lesão, ao mesmo tempo em que visa a aplicar uma sanção de índole inibitória pelo ato ilícito praticado pela empresa (TRT – 3ª R. – 4ª T. – RO/00611-2007-021-03-00-7 – DJMG 11.6.2008)”. Assim, de acordo com a lição de Xisto Tiago de Medeiros Neto, a “*Ideia e o reconhecimento do dano moral coletivo (lato sensu), bem como a necessidade de sua reparação, constituem mais uma evolução nos contínuos desdobramentos do sistema da responsabilidade civil, significando a ampliação do dano extrapatrimonial para um conceito não restrito ao mero sofrimento ou à dor pessoal, porém extensivo a toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, a qualquer ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, e que refletem o alcance da dignidade dos seus membros* (In: *Dano Moral Coletivo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 136)”.

Referindo-se a sequelas que dizem respeito ao foro íntimo, tal é insuscetível de prova direta. No caso, basta que se prove o fato gerador (o que já foi demonstrado nestes autos), para que se presumam suas decorrências lógicas, tendo em vista a reação do homem médio diante de tais circunstâncias (Precedentes: STJ – 3ª T. – RESP/261.028/RJ – Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 20.8.2001; STJ – 4ª T. – RESP/173.124/RS – Rel. Ministro César Asfor Rocha – DJ 19.11.2001). No mesmo sentido, o magistério de Sérgio Cavalieri Filho, “*o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum* (in: *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 102)”.

Nestes termos, considerando o respeito incondicional ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III);

considerando a vedação constitucional aos preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV); considerando os direitos fundamentais à intimidade, à vida privada e à própria imagem (art. 5º, X); considerando os termos da Lei n. 7.347/85, art. 1º e 21; CC, art. 186, 927 e 932, III (Súmula n. 341 do STF) c/c CLT, art. 8º, parágrafo único; considerando a gravidade da situação reconhecida nesta sentença, com ofensa a valores fundamentais compartilhados pela coletividade; considerando, como parâmetro, a reação natural do homem médio; considerando a repercussão do fato no próprio ambiente de trabalho; considerando desproporcional o valor pleiteado pelo Ministério Público do Trabalho; considerando que sequer se pode falar em tentativa de enriquecimento sem causa da parte Autora, na medida em que a indenização não lhe é destinada; considerando a capacidade econômica da Ré; é julgado **PROCEDENTE** os pedidos “4.1.4” da petição inicial, para condenar a Ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos no importe de **R\$ 100.000,00 (cem mil reais)**, valor reversível ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (Lei n. 7.347/85, art. 13; Lei n. 7.998/90, art. 11, V).

3. DOS TÓPICOS FINAIS.

Juros de mora na forma da Lei n. 8.177/91, 1,0% ao mês, simples e *pro rata die*, contados do ajuizamento da presente reclamação. “Ao fixar indenizações por dano moral e patrimonial, o juiz o faz em valores atualizados, razão porque a época própria de incidência da correção monetária sobre tais vantagens é a publicação da sentença que as fixou, e não a data do ajuizamento da ação ou, ainda, a data do trânsito em julgado da sentença (TRT – 5ª R. – 5ª T. – RO/01119-2004-005-05-00-6 – Rel. Desembargador Norberto Frerichs – DJ 23.3.2009)”. Diante da natureza da condenação, não há recolhimentos previdenciários ou fiscais a serem realizados. Oficie-se ao INSS.

Por fim, nos termos de Enunciado n. 71 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na

Justiça do Trabalho em Brasília/DF, promovida e realizada pelo TST, pela ANAMATRA e pela ENAMAT: “A aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC atende às garantias constitucionais da razoável duração do processo, efetividade e celeridade, tendo, portanto, pleno cabimento na execução trabalhista”. Caso a devedora, aqui condenada ao pagamento de quantia certa, não o efetue no prazo de quinze dias do trânsito em julgado, respeitado o benefício de ordem, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento (CPC, art. 475-J c/c CLT, art. 769), prosseguindo-se então a execução nos moldes da CLT, art. 880 e seguintes (Precedentes: TST – 1ª T. – RR/1.358/2006-006-13-00.0 – Red. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho – DEJT 4.12.2009; TST – 6ª T. – RR/314/2005-023-03-41.0 – Rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado – DJ 26.9.2008; TRT – 5ª R. – 2ª T. – RO/01203-2007-015-05-00-0 – Relª Desembargadora Dalila Andrade – DJ 10.12..2008; TRT – 3ª R. – 4ª T. – AP/01040-1999-021-03-00-7 – Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault – DJ 18.12.2009; TRT – 13ª R. – 1ª T. – AP/00335-2007-005-13-00-3 – Relª Desembargadora Margarida Alves de Araújo Silva – DJ 12.2.2009).

DISPOSITIVO

Pelo exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, são rejeitadas as preliminares de mérito suscitadas em defesa; no mérito, são julgados **PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos desta ação civil pública formulados pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO** em face de **BANCO BRADESCO S/A**, condenando a Ré a cumprir e pagar, com os acréscimos legais, as obrigações deferidas na fundamentação *supra*, que passa a integrar este dispositivo como se aqui estivesse transcrita. Custas, pela Ré, de R\$ 2.000,00, em face do valor da condenação de R\$ 100.000,00. Nada mais. Encerrou-se. Intimem-se.

Salvador, 23 de fevereiro de 2010.

GUILHERME LUDWIG

Juiz do Trabalho

1ª Vara do Trabalho de Feira de Santana – BA

Reclamação Trabalhista

Processo: 00893-2007-191-05-00-0

Reclamante: GUTEMBERG DA SILVA FILHO

Reclamado (A): PIRELLI PNEUS S.A.

SENTENÇA

RELATÓRIO

Cuida-se de ação trabalhista ajuizada por GUTEMBERG DA SILVA FILHO, já qualificado, em face da PIRELLI PNEUS S.A., igualmente qualificada, postulando as verbas declinadas na inicial (fls.01/14), fundamentando a lide nos fatos lá narrados. Junta procuração e documentos. Conciliação rejeitada. Alçada fixada em R\$ 20.000,00. Regularmente notificada, a reclamada compareceu à audiência apresentando contestação (fls. 27/50) acompanhada de procuração e diversos documentos, sobre os quais se manifestou o autor às fls. 95/100. Laudo pericial às fls. 135/156. Manifestação das partes litigantes às fls. 188/190 e 192/194. Ata de fls. 202/205, onde constam os depoimentos do Autor, da preposta e de uma testemunha. Instrução encerrada. Razões finais remissivas pelos litigantes, que não conciliaram. É o relatório, passa-se a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

QUESTÕES PRELIMINARES

I. INEPCIA DA INICIAL

Não assiste razão à reclamada quando pugna pela ineptia da inicial, alegando que a peça não preenche os requisitos dos arts. 282 e 283 do CPC, pois o art. 840, § 1º da CLT informa que a petição inicial deve conter apenas uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, como fora elaborado na exordial. **Refuta-se.**

II. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA

Não conheço da impugnação ao valor da causa, tendo-se que o procedimento previsto no § 1º do art. 2º da Lei n. 5.584/70 foi ignorado pela Ré.

MÉRITO

III. ACIDENTE DE TRABALHO

Restou incontroverso nos autos que o Reclamante sofreu acidente de trabalho tipo, restando a esta Magistrada tão somente a análise da participação da Reclamada no infortúnio e o seu grau de culpabilidade, tendo-se que o art. 186 do Código Civil dispõe que *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito* e que mais adiante, o art. 927 do mesmo Diploma Legal, em homenagem ao princípio secular da *restitutio in integrum*, assevera que *aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*.

A Lei n. 8.213/91 é autoexplicativa quando define o acidente de trabalho nos seguintes termos:

“Art. 19. Acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.”

O caso dos autos é um típico acidente de trabalho, onde o Reclamante sofreu infortúnio quando no exercício de suas atividades laborativas habituais, tendo, inclusive, já se aposentado por invalidez diante da gravidade do mesmo.

A Carta Política de 1988 consagrou proteção ao meio ambiente de trabalho (art. 200, VIII e art. 225); e, por este ser o tipo de meio ambiente construído pelo Homem, restou ao empregador a responsabilidade pelo equilíbrio do mesmo (art. 7º, XXII), com a obrigação de reduzir ao máximo o risco inerente ao trabalho, devendo a instituição observar todas as normas de saúde, higiene e segurança no trabalho, tanto que na esfera infraconstitucional, em obediência à Norma Maior, a Consolidação das Leis do Trabalho previu em seu art. 157, I, que cabe às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho.

Friso desde já que não adoto a teoria objetiva da responsabilidade para fins de reparação dos danos decorrentes de acidente de trabalho como preceito. Isso porque o inciso XXVIII do art. 7º da CRFB/88 prevê a utilização da teoria da responsabilidade subjetiva como regra, sendo a outra teoria — a objetiva — exceção, que somente pode ser utilizada em casos específicos, como exemplificativamente quando o empregador normalmente desenvolva atividade de risco tamanho que possa, por sua natureza, causar danos a terceiros (parágrafo único do art. 927 do CC), o que não é o caso dos autos, vez que a Ré não desempenha atividade de risco tão elevado que possa atrair a hipótese aludida.

O que realmente restou configurado nos autos é que, de fato, houve um grande desequilíbrio no meio ambiente de trabalho do Reclamante, causado exatamente pela imprudência da Reclamada, o que atrai a hipótese de aplicação da responsabilidade objetiva por ofensa ao texto do § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, tendo-se que a própria Carta Política em seu art. 225, § 3º estatui que o responsável pelo dano ao meio ambiente — nele incluído o do trabalho (art. 200, VIII da CRFB/88 — responde independentemente de culpa.

O **nexo causal** findou evidenciado pela emissão da CAT e também pela conclusão do Sr. Perito, que às fls. 152, em resposta ao 1º quesito formulado pelo Reclamante assim

confirmou e em suas conclusões de fls. 151 asseverou que este, de fato, sofreu acidente de trabalho.

Como já dito ao norte, a mera confirmação do nexo de causalidade já bastaria para a confirmação do dever da Ré em indenizar, haja vista ser totalmente aplicável ao caso dos autos a teoria da responsabilidade objetiva com fulcro no desequilíbrio do meio ambiente de trabalho, porquanto a única testemunha ouvida pelo Juízo confirmou a negligência da Reclamada quando ignorou um defeito na fotocélula da máquina Calandra Z, o que levou o Reclamante a manusear mecanicamente aludida máquina, a fim de não parar a produção e comprometer o setor; todavia, passo à análise do grau de culpabilidade da Demandada, em observância a todos os fundamentos expendidos na inicial.

Assevera Sebastião Geraldo de Oliveira que “*o núcleo conceitual da culpa está apoiado na falta de observância do dever geral de cautela ou de agir de modo a não lesar ninguém*”.⁽¹⁾

A culpa do empregador se caracteriza quando este adota uma conduta que revela imprudência, negligência ou imperícia (art. 186 do CC). Tais formas de exteriorização da conduta culposa foram bem sintetizadas por Carlos Roberto Gonçalves:

“A conduta imprudente consiste em agir o sujeito sem as cautelas necessárias, com açodamento e arrojo, e implica sempre pequena consideração pelos interesses alheios. A negligência é a falta de atenção, a ausência de reflexão necessária, uma espécie de preguiça psíquica, em virtude da qual deixa o agente de prever o resultado que podia e devia ser previsto. A imperícia consiste sobretudo na inaptidão técnica, na ausência de conhecimentos para a prática de um ato, ou omissão de providência que se fazia necessária; é em suma, a culpa profissional”.⁽²⁾

(1) In: *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*, 2008. p. 159.

(2) In: *Responsabilidade civil*, 2007. p. 35.

Na questão da segurança e saúde do trabalho, o empregador tem obrigação de adotar a diligência necessária para evitar os acidentes relacionados com o trabalho, devendo considerar todas as hipóteses razoáveis previsíveis de danos ou ofensas à saúde do trabalhador.

Voltando à hipóteses dos autos, diante do depoimento da testemunha, conclui esta Magistrada que a Reclamada agiu com **culpa grave** na modalidade **negligência**, pois o infortúnio sofrido pelo Reclamante somente ocorreu por um defeito na fotocélula da máquina que este operava, o que levava aludida máquina à não centralização do tecido e forçava o Autor a centralizar o mesmo manualmente, tendo tal ato sido o mote do acidente no trabalho. Tais deformidades na fotocélula eram sabidas pela Ré, tanto que pouco antes do infortúnio a referida máquina foi vistoriada, mas o seu defeito ignorado pela Reclamada, que preferiu deixar seu empregado na iminência de sofrer um acidente, que, de fato, ocorreu. Vejamos o depoimento da testemunha, que comprova veementemente a **culpa grave** da Ré no evento danoso:

“trabalhou para a reclamada de 2003 a outubro de 2005, na função de técnico de segurança do trabalho; afirma que laborava fazendo avaliação do risco do maquinário da reclamada, que compreende a calandra Z; não se encontrava presente no momento do infortúnio; pouco tempo antes do acidente o depoente havia feito a avaliação de risco da aludida máquina, sendo certo que sua conclusão, assim como a de técnicos que fiscalizavam anteriormente na referida máquina, foi no sentido de apresentação de defeito na centralização do tecido; a descentralização dos serviços é causado por defeito na fotocélula e esta se encontrava prejudicada até o momento do acidente ocorrido com o reclamante, sendo certo que, como observou o depoente, os empregados que trabalhavam com a referida máquina, diante do desajuste na centralização do tecido que deveria se acoplar à borracha,

precisava fazer a centralização do mesmo manualmente, expediente que estava sendo praticado por orientação dos próprios empregados que percebiam o defeito na máquina; não tem conhecimento se a reclamada ordenou se a centralização do tecido fosse feita manualmente; o problema na fotocélula é gerado pela falta de manutenção da máquina; entre o dia em que o depoente fiscalizou a máquina e expediu a sua conclusão com análise de risco, não foi tomada qualquer providência em relação a fotocélula até o dia do acidente, pois, como afirma o depoente, era necessário parar a produção o conhecimento do risco e o ordenamento pelo setor de manutenção da cessação do serviço, e como a reclamada naquele momento gozava de grande demanda, não foi possível a paralisação da produção; não há qualquer técnico ou engenheiro de segurança trabalhando no turno noturno; após o infortúnio ocorrido com o reclamante a máquina continuou funcionando normalmente, não tendo o depoente conhecimento de paralisação da produção para manutenção da máquina; o risco da máquina aludida era no número de quatro, estabelecido pelo Ministerio do Trabalho; logo após o acidente foi posto um guarda-corpo para impedir que o operador da referida máquina tivesse acesso manual ao tecido, instrumento este que logo após alguns dias foi retirado por ordem da gerência, porque a máquina diante do problema com a fotocélula estava causando um grande refugo e operador da máquina não poderia mais ter acesso manual e impedir o desperdício; a referida máquina era antiga, não moderna, porém funcionava; acredita o depoente que o reclamante apenas participou do treinamento de integração, não tendo feito curso específico para operar a referida máquina; na reclamada havia diálogo de segurança, porém não de forma satisfatória, pois havia uma grande demanda na ré.”

Diante de tal depoimento, ficou claramente comprovado que a Reclamada contribuiu de forma decisiva para o infortúnio que vitimou o Reclamante, sendo certo que se o defeito na fotocélula houvesse sido restaurado, ou se pelo menos o Autor tivesse sido capacitado para manusear mecanicamente a referida máquina, o acidente de trabalho não teria ocorrido, o que demonstra a prática de culpa grave da Ré pela negligência no equilíbrio do meio ambiente de trabalho e do menoscabo com as normas imperativas que protegem a saúde do trabalhador, como a preceitua o art. 184 consolidado, configurando, também, a culpa não só pela inobservância do dever geral de cautela, mas também pela ofensa à legalidade.

Nesse sentido, o seguinte aresto:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO — RESPONSABILIDADE CIVIL DO DIREITO COMUM — ACIDENTE DE TRABALHO — CULPA DO EMPREGADOR — DESVIO DE FUNÇÃO — ATUAÇÃO LABORAL EM MÁQUINA SEM TREINAMENTO PRÉVIO-ESPECÍFICO — INCAPACIDADE PARCIAL E PERMANENTE DECORRENTE DO ACIDENTE — DANO ESTÉTICO EM DECORRÊNCIA DE AMPUTAÇÃO DO SEGUNDO QUIRODÁCTILO DIREITO — DANOS MORAIS E MATERIAIS INCIDENTES. 1. Viola normas básicas de segurança do trabalho e configura culpa grave a conduta do empregador que submete ao empregado a operar máquina sem o necessário treinamento, desempenhando função para a qual não estava preparado. 2. O acidente de trabalho por desvio de função por si só revela culpa grave do empregador a ensejar a indenização pelo direito comum. Provimento parcial do apelo do município. Negado provimento ao recurso adesivo” Rio de Janeiro. TJRJ, 2ª Câmara. Ap. Cível n. 2004.001.09105, Rel.: Des. Antônio Saldanha Palheiro, julgado em 26 de maio de 2004.

Como se se dirigisse à hipótese dos autos, acrescenta Cavalieri Filho que *a culpa será considerada grave quando o causador do acidente do trabalho tiver agido com extrema negligência ou imprudência, com grosseira falta de cautela,*

atuando com descuido injustificável ao empregador normal. Pode ser também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal.⁽³⁾

QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Evidenciada, assim, a **culpa grave** da reclamada esta tem o dever de indenizar, haja vista que não empregou a tempo e modo as diligências necessárias, ou seja, não tomou as precauções devidas para que o dano não ocorresse, existindo assim uma responsabilidade legal ou objetiva da Ré em ressarcir os danos causados, pois não há como negar que o tratamento dispensado ao autor causou-lhe profundo sentimento de dor e frustração e pela maneira como o acidente ocorreu lhe acarretou certamente angústia e depressão, merecendo assim uma satisfação capaz de substituir de certa forma, o patrimônio moral atingido. Assim, concluo ser a Reclamada responsável pelo acidente de trabalho sofrido pelo Autor nos termos da fundamentação *supra*, posto que lhe foram causados danos morais que devem receber uma compensação econômica, que servirá como lenitivo.

Nesse trilhar, a Justiça do Trabalho vem cada vez mais se revelado apta ao restabelecimento da ordem jurídica e social e como tal, deve servir à democracia, envidando esforços para a dignificação do cidadão, valendo ressaltar, que os valores sociais e o da livre iniciativa são iguais, não se podendo ignorar um procedimento como o adotado pela acionada, que interfere e compromete a construção de uma sociedade mais justa e ética, que respeite o indivíduo, a fim de que se alcance a cidadania plena: o Ordenamento Jurídico Pátrio coloca a valorização do trabalho e a dignidade humana como esteios da ordem econômica, ao contrário do que vem ocorrendo com algumas empresas nos dias atuais, que habitualmente visam o lucro em detrimento da saúde dos seus

(3) In: *Programa de responsabilidade civil*, 2007. p. 37.

trabalhadores. Vale transcrever as palavras do Ministro aposentado do TST José Luciano de Castilho Pereira transcrito na Revista Anamatra ano XVII, n. 55, 2º semestre de 2008, fls. 21: “O Direito do Trabalho não nasceu de uma necessidade da Economia. Ao contrário, ele surgiu para assegurar dignidade ao homem que trabalha, libertando-o da tragédia humana imposta pela Revolução Industrial do final do Século 19, quando o trabalhador passou a ser instrumento descartável da economia, que não tinha nenhum compromisso social” (grifo nosso).

No caso em exame, restou patente que a Ré certamente a fim de não interromper os serviços, permitiu negligentemente que o Reclamante operasse manualmente maquinário para o qual não havia recebido treinamento adequado e isso somente ocorreu, segundo se apurou na prova oral produzida nos autos, porque a máquina Calandra Z padecia de defeito na fotocélula, fato sabido pela Reclamada, posto haver constantemente vistoria na empresa, mas ignorado pela intenção em não comprometer a produção.

O Prof. Pinho Pedreira, estudando o tema, enfatiza que o trabalhador deve cumprir pessoalmente a principal prestação a seu cargo, permanentemente, incorporando-se a uma organização alheia, com a obrigação de realizar suas tarefas em lugar e condições determinadas. Isso significa que, enquanto nas contratações privadas, via de regra, está em jogo valores econômicos, no contrato de trabalho, o trabalhador, em razão de sua dependência, arrisca permanentemente seus bens mais valiosos, como sua vida, integridade física, honra, dignidade.

A reclamada, *in casu*, é a única responsável pelo acidente, respondendo pela sua negligência, ineficiência ou incúria na fiscalização e promoção de ambiente de trabalho adequado, a fim de assegurar a seus empregados segurança, de modo a impedir a ocorrência de infrações dessa natureza futuramente.

Ante o exposto, uma vez admitido que o dano moral é suscetível de incidência no âmbito do

direito do trabalho, nos termos do quanto disposto na Constituição Federal, no sentido de que “*a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos do estado Democrático de Direito*”, (art. 1º, item III), preceituando, ainda, que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação*”, (art. 5º, item X), e levando-se em conta que foi a Ré responsável pelo fato gerador —nexo causal—, e considerando as consequências danosas de dor e da tristeza sofridas pelo reclamante, pois não se pode negar que o reclamante sofreu desgastes emocionais advindos do acidente de trabalho, o que afetou seu patrimônio moral em razão do menosprezo pelo seu bem-estar por parte da acionada, entendo patente a existência efetiva de um dano de ordem psíquica diretamente decorrente deste fato. Tal, no entanto, é insuscetível de prova direta; no caso, basta que se prove o fato gerador, para que se presumam suas decorrências lógicas, tendo em vista a reação do homem médio diante de tais circunstâncias (Precedentes: STJ – 3ª T. – RESP/261.028/RJ – Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – DJ 20.8.2001; STJ – 4ª T. – RESP/173.124/RS – Rel. Ministro César Asfor Rocha – DJ 19.11.2001). No mesmo sentido, o magistério de Sérgio Cavalieri Filho (In: *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 80), “o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”.

A jurisprudência trata da quantificação da indenização por danos morais:

Ementa: DANO MORAL — VALOR DA INDENIZAÇÃO. Não há critérios objetivos, previstos em lei, para fixar o valor da indenização por danos morais. Fica sempre a mercê da sensibilidade, do equilíbrio e do bom senso do juiz, que nada obstante, dispõe de

algumas diretrizes traçadas pela doutrina e pela jurisprudência. O *quantum* arbitrado não deve ser elevado a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido e abalar financeiramente o ofensor. Também não será tão ínfimo que não venha a cumprir duas finalidades básicas: aplacar, em parte, a dor íntima da vítima e servir de lição ao que agiu com dolo ou culpa, a fim de que não repita a ação. Processo 00990-2006-019-05-00-7 RO, Ac. n. 030.732/2007, Rel. Des.r Raymundo Pinto, 2ª Turma, DJ 30.10.2007. Ementa: DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Ainda que a dor moral não tenha peso, odor, forma, valor ou tratamento eficaz, a indenização a ela correspondente não objetiva ressarcir ao empregado prejuízo de todo incomensurável, mas, enquanto pena pecuniária e pedagógica que é, impor sanção ao agressor para que este, atingido no seu patrimônio, possa redimir-se do ato faltoso praticado, além de compensar o ofendido em pecúnia, pelo prejuízo moralmente experimentado.

Nestes termos, considerando os danos morais sofridos pelo reclamante em razão do acidente de trabalho, o flagrante prejuízo à sua dignidade e honra, a mácula ao princípio da dignidade humana, a violação à ordem Constitucional e Celetista, a culpa grave da Reclamada, a condição econômica do reclamante, as condições econômicas da Reclamada (empresa de porte multinacional), que a indenização por danos morais também tem o escopo de inibir a prática de condutas similares pelo reclamado (escopo pedagógico) e tudo o mais que dos autos consta, entendo cabível e justa a **indenização por danos morais no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), deferindo o pleito.**

Deixo de apreciar a indenização pelo dano estético, embora existente, como se apurou na prova técnica, por não ter sido a mesma pleitada na inicial.

Danos materiais

O dano material é o *prejuízo financeiro efetivo sofrido pela vítima, causando por consequência*

uma diminuição do seu patrimônio, avaliável monetariamente.⁽⁴⁾

Enfatiza Maria Helena Diniz que “o dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável”⁽⁵⁾.

O Código Civil estabelece que o ressarcimento dos danos abrange parcelas de duas naturezas: o que efetivamente o lesado perdeu e o que razoavelmente deixou de ganhar. Na apuração do que a vítima efetivamente perdeu temos os chamados danos emergentes ou danos positivos; na avaliação do que deixou de ganhar estaremos diante dos lucros cessantes ou danos negativos.

Lucros cessantes

O art. 402 do Código Civil determina o cômputo dos lucros cessantes, considerando-se como tais aquelas parcelas cujo recebimento, dentro da razoabilidade, seria correto esperar.

No caso dos autos, restou patente, como já frisado ao norte, que o Reclamante, pelo acidente de trabalho sofrido, ficou totalmente incapacitado para a função que antes desempenhava, tanto que até já se aposentou por invalidez. Eis as conclusões do Sr. Perito:

“Da análise da presente avaliação médico pericial, conclui este perito que o Reclamante em decorrência do acidente de trabalho, é portador de **sequelas permanentes** decorrente de uma lesão completa do nervo radial e parcial do nervo unhar direitos, evoluindo com paralisia na mão direita, debilidade permanente de membro e função, movimentos de preensão e pinça comprometidos, limitação para elevar o membro superior direito acima de 90º, ausência de sensibilidade em face posterior do membro superior

(4) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Op. cit.*, p. 200.

(5) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7, 2002. p. 62.

direito, garra, face e lesão do nervo radial, dano estético relevante, sofrimento psicológico e social de monta.

As lesões constatadas não são passíveis de obter-se uma *restitutio ad integrum* mediante as técnicas atuais da cirurgia reparadora.

Considerando-se que o Reclamante é destro e o transtorno funcional evidenciado ao exame, **podemos afirmar que existe incapacidade laborativa total para a função que exercia na Reclamada e limitações para outras funções, existindo uma incapacidade multiprofissional (...)**”.

O Código Civil de 2002, aplicado subsidiariamente ao Processo do trabalho por força do art. 8º da CLT, trata das indenizações provenientes de lesões ou outra ofensa à saúde, como é o caso dos acidentes de trabalho, em dois artigos que se complementam:

“Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

No caso dos autos, findou incontroverso que o Reclamante, após o acidente de trabalho, detém incapacidade laborativa total em relação à profissão que antes desempenhava e que também as técnicas atuais de medicina ainda não permitem a melhora no seu quadro clínico, como concluiu o Sr. Perito.

O já citado art. 950 do CC estatui que a reparação do dano material nos acidentes que acarretaram invalidez permanente abrange as despesas de tratamento até o fim da convalescença; os lucros cessantes também até o fim da convalescença; e a pensão correspondente

à importância do trabalho para que a vítima se inabilitou, sendo certo que depois da concarescência ou da consolidação das lesões, decidindo-se pela incapacidade para o trabalho, o valor que era devido mensalmente pelo empregador como reparação dos lucros cessantes passa a ser devido a título de pensão vitalícia. Isso porque se o Reclamante é totalmente incapacitado aos 27 anos de idade, não será diferente quando tiver 65 anos.

É que o termo final da pensão devida à própria vítima não sofre a limitação relativa à expectativa de vida ou de sobrevivência, como ocorre no caso de morte do acidentado. A duração vitalícia da pensão garante harmonia com o princípio da reparação integral (art. 944 do CC) porque a vítima, não fosse o acidentado, poderia trabalhar ou auferir rendimentos enquanto viva estivesse, mesmo depois de aposentada pela Previdência Social.

Eis a lição de Rui Stoco:

“Se a vítima sobrevive, mas fica total ou parcialmente incapacitada para o trabalho, deve receber pensão vitalícia, ou seja, enquanto viver, sem qualquer limitação temporal. E a razão é simples: se é ela incapaz hoje em razão do infortúnio, o será aos 25 anos de idade, bem como quando alcançar os 65 anos. Se hoje não tem condições de exercer uma atividade produtiva e remunerada, muito menos as terá quando estiver com idade mais avançada. Ora, nada se justifica estabelecer tempo provável de vida àquele que necessitará para o resto da sua sobrevivência de amparo mensal. A ficção não pode sobrepor-se à realidade.”⁽⁶⁾

Não obstante tenha restado patente que o Reclamante está totalmente incapaz para o exercício da profissão que antes desempenhava, sem esperança de evolução do quadro clínico pelas técnicas contemporâneas da medicina, possuindo, em tese, direito à pensão vitalícia, esta

(6) *Op. cit.*, p. 1.331-1.332.

Magistrata é restrita aos limites da *litiscontestatio*, razão porque somente **defiro** o pleito de lucros cessantes, condenando a Reclamada a indenizar o Reclamante a um valor mensal de R\$ 385,63 (média salarial auferida pelo Autor durante o tempo laborado), desde a data do acidente (8.11.2004) até o dia em que o Reclamante completaria 65 anos de idade. **Asseguro ao Demandante o recebimento do montante de uma só vez**, com fulcro no art. 950 do CC.

Condeno, ainda, a Reclamada a manter vitaliciamente o plano de saúde do Reclamante.

Indefiro o pleito de pagamento das despesas referentes ao tratamento especializado ou qualquer outro dano advindo do ato ilícito, porquanto não há nos autos elementos de prova para mensuração do aludido dano material.

DISPOSITIVO

Ante o exposto e considerando o que mais dos autos consta, decido:

1. Rejeitar as preliminares;
2. Julgar **PROCEDENTE, EM PARTE**, o pedido objeto da reclamação trabalhista

ajuizada por **GUTEMBERG DA SILVA FILHO**, para condenar a reclamada **PIRELLI PNEUS S.A.** a pagar àquele, no prazo de 48 horas após o trânsito em julgado, os valores correspondentes aos títulos deferidos na fundamentação e na planilha de cálculo em anexo, ambas integrando este dispositivo, como se nele transcritas. Honorários periciais definitivos pela Reclamada, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Incidência de juros e correção monetária, a teor do art. 39 da Lei n. 8.177/91 e da Súmula n. 381 do TST

Não há recolhimento tributário (imposto de renda e contribuições previdenciárias) incidente sobre os valores da condenação.

Custas pela reclamada, no importe de R\$, calculadas sobre R\$

Ofício à PGF.

Prazo de lei para interposição de recurso. INTIMEM-SE.

Feira de Santana, 08 de agosto de 2009.

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira

Juíza Federal do Trabalho

7ª Vara do Trabalho de Florianópolis – SC

Processo: 07540-2009-037-12-00-1

Autores: Edgar Luiz Peruzzo e Nelson Zanotelli

Réu: Empresa de Pesquisa Agropecuária e Extensão Rural do Estado de Santa Catarina S.A. — EPAGRI

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

EDGAR LUIZ PERUZZO e NELSON ZANOTELLI, devidamente qualificados nos autos, ajuizaram a presente ação trabalhista em face de EMPRESA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA E EXTENSÃO RURAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA S.A. — EPAGRI, pleiteando direitos elencados às fls. 22/23. Atribuiu-se à causa o valor de R\$ 20.000,00. Advogado regularmente constituído conforme procurações às fls. 27 e 43; declarações de hipossuficiência econômica às fls. 29 e 45. Juntaram, ainda, os documentos de fls. 28, 30/41, 44 e 46/50.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela de mérito foi rejeitado, em primeira análise (fl. 24).

Regularmente notificados, a autora conforme fls. 51 e a ré conforme citação às fls. 52, a ré apresentou defesa na forma de contestação escrita (fls. 52/62), pugnando pela improcedência dos pedidos, defesa esta que foi acompanhada dos documentos de fls. 63/83, sobre os quais os autores se manifestaram (fls. 85/87)

Os autores e a ré compareceram à audiência, termo de fls. 84, e não havendo outras provas a produzir, foi encerrada a instrução processual.

Razões finais remissivas.

Propostas conciliatórias finais rejeitadas.

Em síntese, eis o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Alegam os autores que, ambos aposentados e empregados da ré, receberam, em 4 de novembro de 2009, o Comunicado M.GGP n. 1.337, determinando aos funcionários aposentados que optem entre a percepção dos proventos de aposentadoria e os rendimentos/salários, pois, segundo a empresa, não é admitida a acumulação de percepção de rendimentos. Argumentam que não há impedimento na continuidade do vínculo de emprego, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal nas ADINs ns. 1.770-4 e 1.721-3, muito menos cumulação indevida, pois os autores nunca receberam vencimentos, mas salários, não sendo servidores públicos regidos pelo regime previdenciário próprio, estatutário, nem membros da Polícia Militar ou Corpo de Bombeiros. Com base nisso, pretendem a manutenção do emprego e que a ré se abstenha de exigir, para a continuidade do trabalho, a opção de suspensão da percepção dos proventos de aposentadoria recebidos do INSS.

A demandada, por sua vez, apresenta defesa, sustentando ser empresa pública, prestadora de serviços públicos, integrante da Administração Pública Indireta, estando vinculada aos pareceres da Procuradoria Geral do Estado e que o ato atacado trata-se do acatamento de determinação da PGE, acrescentando que o Ministério Público do Trabalho instaurou procedimento investigatório para averiguar a permanência dos aposentados na empresa, haja vista os inúmeros concursados aprovados no concurso público realizado em 2006, intimando-a de que a permanência dos aposentados no trabalho somente é lícita se optarem entre o salário percebido e os proventos pagos pelo INSS, devendo ser estendida aos empregados de

empresas públicas e sociedades de economia mista a vedação da acumulação remunerada de cargos públicos. Aduz a demandada que a aposentadoria é causa impeditiva à formação de um novo vínculo de emprego, diante da impossibilidade de acumulação de proventos da inatividade com a remuneração paga, sendo legítima a opção imposta aos demandantes.

No tocante ao argumento da demandada da impossibilidade de continuidade do vínculo após a aposentadoria, a questão do rompimento do vínculo de emprego em função da aposentadoria é polêmica, e não data de pouco tempo.

Heresia jurídica ou não, o problema é que a lei assim dispõe — não há obrigação do trabalhador romper o vínculo de emprego para se aposentar voluntariamente pelo Regime Geral de Previdência Social.

No âmbito trabalhista, contudo, a discussão se resumia na controvérsia entre: (1) os que consideravam que a aposentadoria extingua o primeiro contrato de trabalho, e, a partir daí, surgia um segundo contrato de trabalho entre as mesmas partes, ou (2) os que defendiam que, não havendo ruptura da relação laboral (primazia da realidade), há que se considerar o contrato como sendo único, desde a admissão até a efetiva extinção da relação contratual entre as partes (princípio da continuidade da relação de emprego).

Com a edição da Lei n. 8.213/91 restabeleceu-se a não exigibilidade do “desligamento” da atividade laboral para a concessão da jubilação, previsto que era este pela Lei n. 5.890/73, revogada nesse aspecto pela Lei n. 6.887/80 e novamente estabelecido pela Lei n. 6.950/81.

Já em termos de Legislação do Trabalho, a CLT dispunha na redação original do art. 453 que era reconhecida a unicidade do contrato de trabalho toda vez que houvesse prestação laboral contínua para o mesmo empregador, salvo se o obreiro tivesse sido dispensado e recebido indenização ou tivesse sido despedido por justa causa.

Com a intenção de manter a interpretação que aposentadoria extingua o contrato de emprego, foram publicadas sucessivas medidas provisórias adicionando os §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, sendo que posteriormente, 10.12.1997, essas medidas provisórias foram convertidas na Lei n. 9.528/97.

No entanto, foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs ns. 1.770-4 e 1.721-3) em face dos parágrafos adicionados, sendo que o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente, num primeiro momento, até a decisão final, a eficácia dos §1º e § 2º do art. 453 da CLT.

O Tribunal Superior do Trabalho, apesar disso, publicou a Orientação Jurisprudencial n. 177 da SDI- I do TST, em 8.11.2000, com o entendimento que a aposentadoria espontânea extingua o contrato de trabalho e que o empregado que se aposenta e continua trabalhando tem direito a indenização de 40% sobre o FGTS somente sobre o segundo período contratual, pós-aposentadoria.

Em razão das decisões de fundo, de natureza *erga omnes*, do Supremo Tribunal Federal no sentido da aposentadoria não extinguir o contrato de emprego, no julgamento das ADINs mencionadas, em 11.10.2006, mantendo a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, a OJ n. 177 da SDI-I do TST foi cancelada em 25.10.2006.

De nossa parte, antes mesmo da decisão prolatada pela Suprema Corte e do cancelamento da OJ n. 177, vínhamos nos posicionando no sentido de que a aposentadoria voluntária, sem rompimento espontâneo da relação de emprego, não importava ruptura contratual. E assim pensamos por dois motivos: o primeiro porque sendo o contrato de trabalho um acordo de vontades, somente pela manifestação de uma das partes, ou pelo falecimento, ou por força maior, pode-se dar a ruptura da relação jurídica. O Estado não pode intervir para extinguir contratos entre particulares, pois aí não chega o poder coercitivo estatal. Em segundo

lugar, o Direito do Trabalho se rege por princípios, dentre os quais o da primazia da realidade e o da continuidade da relação de emprego.

Demais disso, a nosso ver, os proventos de aposentadoria a que se referem os arts. 40, 42 e 142 da Constituição Federal são aqueles percebidos por servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, bem como das forças armadas, os quais têm regimes próprios de previdência, financiados pelo Poder Público, e não os decorrentes de aposentadoria concedida pelo Regime Geral de Previdência Social, como é o caso dos autores.

A finalidade da norma que veda a acumulação é evitar que um mesmo agente público receba, simultaneamente, duas rendas decorrentes de vinculação com a Administração Pública, mediante o exercício de **mais de um** cargo, emprego ou função pública.

Ocorre que os autores **somente exerceram um emprego público**, e não dois ou mais, não havendo acumulação decorrente de duas atividades prestadas a entidades da Administração Pública.

Destarte, conclui-se que:

— A aposentadoria obtida pelos autores junto ao INSS é **ato jurídico perfeito, sendo legítima a sua percepção**;

— Da mesma forma, é **regular a permanência dos autores no emprego**, já que não há vício algum na relação empregatícia, e assim, é **devido o salário, já que presente a atividade laboral**, sob pena de locupletamento da ré por utilizar mão de obra sem a devida contraprestação;

— Os proventos de aposentadoria dos autores **são pagos pelo INSS, e não pela Fazenda Pública Estadual**, e decorrem do Regime Previdenciário dos trabalhadores em geral, e não do Regime de que trata o art. 40 da Constituição;

— A decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI que tratou da inconstitucionalidade

do § 2º do art. 453 da CLT, ao declarar que a aposentadoria dos empregados públicos não extingue, por si só, o vínculo de emprego, deve ser interpretada de forma a respeitar o princípio da razoabilidade, ou seja, **se é possível aposentar-se no emprego público e permanecer trabalhando, por certo que também é possível receber, ao mesmo tempo, proventos pagos pelo RGPS-INSS e a remuneração auferida pelo trabalho**;

— Sequer é razoável falar-se em “acumulação” no presente caso, pois esta se dá quando o indivíduo exerce duas atividades distintas (dois cargos, empregos ou funções públicas), **sendo que os autores exercem somente uma atividade**.

Logo, nada impedindo a cumulação dos proventos das aposentadorias dos demandantes provenientes do Regime Geral da Previdência Social com o exercício de suas atividades na demandada e restando incontroversa a garantia de emprego (fl. 59-v) mencionada na inicial até 31.3.2010, declaro a inexistência de vedação legal para a cumulação de proventos de aposentadoria provenientes do Regime Geral da Previdência Social e os salários pagos pela ré, determino que a demandada se abstenha de exigir, para a manutenção dos contratos de trabalho dos autores, a suspensão dos proventos de aposentadoria recebidos por estes, provenientes do referido Regime, **mantendo os autores no emprego enquanto vigente a garantia convencional, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por empregado prejudicado, a partir da publicação da presente decisão, em caráter de tutela antecipada**.

Considerando que os autores na defesa não comprovam que foram dispensados e, embora a ré na defesa mencione que estes não foram dispensados (fl. 61-v e 62), os autores não impugnaram tal alegação (fls. 85/87), rejeito o pedido formulado na letra *d* da inicial.

Presentes os requisitos da Lei n. 5.584/70 (declaração de hipossuficiência econômica — fls. 29 e 45), defiro aos autores os benefícios da assistência judiciária gratuita para isentá-los do pagamento das custas, emolumentos e demais despesas processuais.

O autor postula condenação da ré em honorários advocatícios. Na I Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho ficou firmado o entendimento:

79. 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.”

Todavia, havendo sucumbência recíproca, rejeito os honorários advocatícios.

III – DISPOSITIVO

Pelo exposto, julgo PROCEDENTES EM PARTE os pedidos formulados por EDGAR

LUIZ PERUZZO e NELSON ZANOTELLI para declarar a inexistência de vedação legal para a cumulação de proventos de aposentadoria provenientes do Regime Geral da Previdência Social e os salários pagos pela ré e determino que a demandada se abstenha de exigir, para a manutenção dos contratos de trabalho dos autores, a suspensão dos proventos de aposentadoria recebidos por estes, provenientes do referido Regime, mantendo os autores no emprego enquanto vigente a garantia convencional, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) até o limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por empregado prejudicado, a partir da publicação da presente decisão, em caráter de tutela antecipada.

Concedo aos autores os benefícios da assistência judiciária gratuita. Custas, pela ré, no importe de R\$ 400,00 (quatrocentos reais), calculadas sobre o valor provisoriamente arbitrado à condenação de R\$ 20.000,00.

Cumpra-se, em oito dias; descumprida, ao cumprimento forçado.

Intimem-se as partes. Prestação jurisdicional entregue. Nada mais.

CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO
Juiz do Trabalho

1ª Vara Federal do Trabalho de Taubaté – SP

TERMO DE AUDIÊNCIA

Processo: 1.364/09-9

Aos 18 (dezoito) dias (sexta-feira) do mês de dezembro do ano de dois mil e nove, às 17h36, na sala de audiências desta Vara, por ordem do Meritíssimo Juiz do Trabalho, Doutor GUI-LHERME GUIMARÃES FELICIANO, foram apregoadas as partes DAMARIS APARECIDA DA SILVA, reclamante, e SUPERMERCADO SHIBATA LTDA, reclamada.

Ausentes as partes.

Submetido o processo a julgamento, profiro a seguinte

SENTENÇA

1. RELATÓRIO

DAMARIS APARECIDA DA SILVA, qualificada à fl.02, ajuizou ação reclamationária trabalhista em face de SUPERMERCADO SHIBATA LTDA. TAUBATÉ LTDA, alegando, em síntese, que se ativou para a ré, como operadora de caixa, de 2.4.2008 a 24.6.2009, com salário último de R\$ 773,29/mês, tendo sido demitida com justa causa sob a alegação de fazer uso de atestado médico falsificado. Obtemperou, porém, não ter se inteirado dessa realidade no momento da expedição do atestado, tendo efetivamente passado em consulta com o médico O. NOYORI; alegou, de resto, ter sempre agido de boa-fé para com a empresa. As rasuras lançadas no documento teriam partido do próprio médico emitente. À justa causa aplicada teria faltado, ademais, o requisito da imediatidade, além do que a ré sequer teria lavrado B.O., a despeito da prática de crime em tese (art. 304/CP). A empresa-ré teria por hábito imputar faltas a seus empregados para

rescindir contratos com justa causa (processos ns. 767/2007 e 768/2007); por isso, como também porque as imputações dizem com a prática de crime em tese, faria a reclamante jus a uma indenização por danos morais, além da reversão da justa causa e de todos os direitos rescisórios. Horas extras trabalhadas não foram devidamente quitadas. O FGTS da rescisão não foi depositado. Deduziu, assim, os pedidos de fls. 10-11, juntando procuração e documentos e dando à causa o valor de R\$ 30.000,00.

Em audiência una, a ré juntou a defesa de fls. 71-79, arguindo inépcia, violação de sigilo judicial e, «*de meritis*», ponderando que a justa causa apenas tardou porque, antes de se decidir, a ré buscou investigar os fatos junto à entidade de saúde supostamente emitente, descobrindo então a falsidade; a rescisão fora inclusive homologada pelo sindicato profissional; tampouco se haveria falar em danos morais, porque a ré não denegriu a imagem da reclamante, nem deu publicidade indevida aos fatos dos autos, de modo que, “*se o fato chegou à polícia foi a reclamante quem procurou a Delegacia*”; alfim, ponderou que os registros de ponto juntados refletiriam a realidade da jornada, sendo certo que as horas extras realizadas foram regularmente pagas. Juntou procuração e documentos. Ouvida, a reclamante reconheceu, sem exceções, a regularidade dos controles de ponto de fls. 101-107 (contrariando o exórdio, em que os tomava por infiéis). Réplica remissiva. Ouviu-se única testemunha, pela reclamante (o médico emitente, Dr. OSVALDO NOYORI).

Encerrou-se a instrução processual.

Razões finais escritas, pela reclamante (com apontamentos de diferenças a título de horas extras) e pela reclamada, às fls. 111-131 e 132-134,

respectivamente. Certidão da Ilma. Diretora da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté à fl. 135, por ordem deste Magistrado.

Última proposta conciliatória rejeitada (fl. 70).

É o breve relatório.

DECIDO.

2. FUNDAMENTAÇÃO.

Quanto aos documentos de fls. 27-44, **assiste razão à reclamada**. A certidão de fl. 135 é clara no sentido de que os autos de n. 768/2007, de onde foram extraídas aquelas cópias, *ainda tramitam em segredo de Justiça*, a pedido das próprias partes. Por isso, recentemente, baixou-se na 1ª Vara do Trabalho de Taubaté instrução no sentido de que, em caso de sigilo judicial, *os autos não saiam do cartório*, senão para carga rápida. Havia um grande descaso em relação ao instituto, a par de abusos marginais, como revelam estes autos. Banalizou-se a figura, com prejuízo potencial — ou real — àqueles que efetivamente experimentavam riscos à imagem, à intimidade/privacidade ou a direitos personalíssimos. Assim, desentranhem-se os documentos de fls. 27-44, destruindo-os e certificando-se nos autos, independentemente do trânsito em julgado. Ademais, oficie-se ao reclamante JOÃO PAULO APARECIDO DE AGUIAR, reclamante nos autos do processo n. 768/2007-3, com cópia desta sentença, dando-lhe ciência do vazamento patrocinado nestes autos (para as providências que acaso entender cabíveis, na condição de potencial prejudicado). De resto, por não reconhecer qualquer predisposição dolosa na conduta da reclamante ou de seus patronos — divisando, antes, *erro de proibição* (art. 21/CP), haja vista a banalização reportada *supra*, ou mesmo *erro de tipo* (art. 20/CP), ao supor haver «justa causa» para a indevida revelação —, deixo de promover outras apurações. Entretanto, atentem os patronos, no futuro, a que a conduta em questão perfaz, formalmente e em tese, o **ilícito penal** previsto no art. 154 do Código Penal brasileiro.

Todos os pedidos formulados pela autora são juridicamente possíveis, estão fundados

em causas de pedir idôneas, das quais decorrem logicamente, e não guardam incompatibilidade entre si. A autora evidentemente não podia «apontar diferenças» desde a petição inicial (fl. 134), se não tinha às mãos os controles de ponto de fls. 101-107. Daí porque não vislumbro, na petição inicial, qualquer inépcia. **Rejeito a preliminar.**

E, sem outras, passo de imediato ao «*meritum causae*».

Princípio com a questão da *justa causa* aplicada, ao ensejo do art. 482, «a», da CLT (fl. 19: “[...] *por ter ENTREGUE ATESTADO MÉDICO FALSIFICADO*”). Pois bem. O que se apurou nos autos, a partir do documento de fl. 89 e da própria oitiva do médico emitente (Dr. O. NOYORI, fls. 68-69), é que [a] houve **rasura** no atestado, mas por obra do próprio médico emitente; e que [b] houve realmente **falso ideológico** na lavratura do atestado, mas [b.1] quanto à *origem* do documento e também [b.2] quanto à *condição funcional* do médico emitente; **não quanto ao atendimento em si e/ou quanto à enfermidade noticiada** (CID M-54?! *dorsalgia*, sem especificação de região). Basta ler o teor da prova oral única:

“é fato que, na visita de junho de 2009, emitii o atestado médico que consta como documento 01 da defesa; o depoente entende que a sua conduta não foi irregular, ‘pois aposentado pode clinicar’; é fato que, quando emitii o atestado médico já estava aposentado dos serviços junto à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo; emitii o atestado médico tal como está porque, no momento em que atendia a reclamante, não tinha ao seu alcance papel de receituário ou qualquer impresso de atestado médico que pudesse emitir, a não ser aquele que usava no SUS; é fato que a reclamante estava com quadro de lombalgia; não sabe dizer a etiologia, porque isso exigiria exames mais cuidadosos; nada obstante, indicou à reclamante o uso do medicamento Voltaren, que o depoente tinha em sua casa e já franqueou à autora, independentemente

da emissão de receita; também recomendou à reclamante que, se a dor não passasse, procurasse um especialista; o depoente é clínico geral e sanitarista; [...] que reconhece como sendo sua, e não da reclamante, a rasura constante do documento 1 da defesa; esclarece que ‘às vezes escreve rápido e sai errado’, o que aconteceu no caso com relação ao mês, mas foi o próprio depoente quem fez a alteração” (g. n.).

Diante disso, resta claro que, acima de tudo, o médico atendente (Dr. OSVALDO NOYORI) é que se houve muito mal. Andou mal ao receber a reclamada em sua própria casa (em que nem mesmo se sabe se funciona, regular e oficialmente, um consultório médico, embora a testemunha diga ser aquele o lugar “onde atende”), emitindo atestado que reporta o «Ambulatório Regional de Especialidades de Taubaté» (fl. 89). E, viu-se, não era sequer a primeira vez (atendera a reclamante neste mesmo local, em outra ocasião, e *emitiu atestado* — que a ré, ao que se vê, não refutou). Também andou mal ao assinar um *pretense* “documento oficial emitido por instituição pública” (fl. 89), quando já não estava mais vinculado ao Sistema Único de Saúde e/ou à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Andou mal, enfim, ao *rasurar o documento*. Não se lhe censura, nem por um minuto, o fato de *clinar* após ter se aposentado do serviço público. É direito seu, legítimo e irretorquível. O que se censura é — dolosamente ou não — *fazê-lo lançando mão de talonário de atestados com armas oficiais e origem pública* (que, ao tempo do atendimento e da emissão, já não correspondia à realidade). Com a aposentadoria, o Dr. NOYORI não deixou de ser médico, é fato; mas deixou de ser servidor público estadual ativo. Logo, não poderia ter emitido o atestado de fl.89, do modo como fez. A questão não está na *substância* (porque, segundo relata, *havia mesmo um quadro clínico de lombalgia a inspirar cuidados*); está na *forma* (fazê-lo com um documento pseudo-público). A ele, médico, aplicava-se, sem sombra de dúvidas, a vedação

legal revelada pela ré à fl. 132 (*usar formulários de instituições públicas para prescrever ou atestar fatos verificados em clínica privada* — norma deontológica que, na verdade, não está na Lei n. 3.268/57, mas no art. 82 da Resolução CFM n. 1.931/2009 [Código de Ética Médica]). E essa vedação foi violada $\frac{3}{4}$ o que decerto é passível de censura e punição.

Por conta dessas constatações, e inclusive para se prevenir novos deslizos, *oficie-se* [a] *ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CRM-SP), para apuração da falta ética e respectivas sanções*; [b] *à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, à qual a testemunha está vinculada como servidor público aposentado, para apuração da falta funcional e respectivas sanções*; e [c] *ao órgão local do Ministério Público Estadual, nos termos do art. 40 do CPP, para apuração de eventual ilícito penal* (em especial o do art. 302/CP, a se entender que a objetividade jurídico-penal alcança a dimensão da *falsidade de origem*, ou o do art. 299/CP, a se entender que a inserção indevida de condição funcional pretendeu “*alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*”, a saber, a *origem oficial ou não oficial do atestado*), *a critério do «Parquet»*. Em todos os casos, *instruam-se os ofícios com cópias da petição inicial, da contestação, do termo de audiência, do documento de fl.89 e desta sentença*.

Assim decidido, porém, resta apreciar a questão crucial para o julgamento dos pedidos da autora: a *conduta irregular do médico comunica-se ao paciente* («*in casu*», a trabalhadora), *para efeitos jurídico-trabalhistas* (= configuração de *ato de improbidade* ou, ao menos, de *mau procedimento*)?

Para responder à questão, importa lembrar, com Wagner D. Giglio, que

“Todos os atos que acarretam consequências no campo do Direito contêm dois elementos: o material e o intencional, isto é, um ato real, existente no mundo objetivo, e a intenção, a

vontade de quem o praticou, no mundo subjetivo. [...] Ora, as faltas trabalhistas não constituem exceção. No caso específico da improbidade, o elemento material é o atentado aos bens corpóreos, e o intencional, a desonestidade do empregado. [...] Em conclusão: é a desonestidade do empregado que precisa ser provada, para caracterizar a improbidade. Mas a intenção desonesta só se revela através de manifestações externas concretas. É a interpretação dessas atitudes que enseja a configuração da improbidade”⁽¹⁾.

E o mesmo vale, «*mutatis mutandi*», para o mau procedimento (que termina sendo uma vala comum para todas as transgressões sérias da boa-fé objetiva no seio da relação de emprego, desde que não admitam concomitantemente subsunção a tipos penais).

Nesta hipótese, porém, há elementos bastantes para se afirmar que a **reclamante** agiu com malícia ou má-fé, com intenção de *desonestamente* impor uma obrigação à empresa-ré? Parece-nos que a resposta é **negativa**.

A uma, porque, na espécie, a reclamante podia **confiar** em que o médico, Dr. O. Noyori, não se haveria mal no seu atendimento e no ato de atestar a lombalgia. Afinal, tratava-se do mesmo médico que, até há pouco, atendia no ambulatório regional do SUS. Por que desconfiaria? Simplesmente por sabê-lo (se é que sabia) aposentado? Trata-se, aqui, de se aplicar os rigores da **teoria da imputação objetiva** — que é, antes de tudo, uma **teoria geral jurídico-deontológica**, não adstrita à seara do Direito Penal — às relações normativas decorrentes do contrato de trabalho. Como disse alhures,

“Do cidadão não se exige que controle de maneira permanente todos aqueles que com ele se relacionam; não fosse assim, a sociedade de relações desapareceria. A essa proposição agrega-se, inclusive, razão de ordem utilitária, presa à ideia de proteção de bens jurídicos: quem está permanentemente

controlando terceiros não pode concentrar-se em suas próprias tarefas sociais; pela negligência com seus próprios negócios, tal pessoa — como a própria sociedade — experimentaria perdas maiores do que os eventuais ganhos auferidos com o controle alheio. Essa, porém, não é a razão fundamental. O fundamento maior da instituição é que todos os demais (como Eva, no Gênesis) são, por sua vez, sujeitos responsáveis; a ideia mesma de responsabilidade (*Haftung*) quedaria destruída, se na situação concreta todos os sujeitos intervenientes fossem concebidos de maneira exclusivamente cognitiva, e não como sujeitos responsáveis”⁽²⁾.

Adiante:

“Retomando o pensamento de JAKOBS, e apontado o fundamento jurídico do princípio da confiança (a responsabilidade do autor pelo comportamento de tantos quanto com ele se relacionam importa em negar a responsabilidade dos demais intervenientes), apresenta-se-nos o seu fundamento *sociológico*: a divisão do trabalho, que só é possível à vista daquele princípio; a repartição do trabalho perde sentido e ocasião quando um dos atores sociais não faz jus à confiança de que cumprirá com as exigências de seu rol. Com endereço próximo, outrossim, YESID ALVARADO. Como em praticamente todos os setores de tráfico jurídico e social há repartição do trabalho, a confiança manifesta-se em todos os âmbitos vitais, o que autoriza, pela generalidade, erija-se em princípio ou instituição. Conforme seja essa divisão mais — *e. g.*, equipe de cirurgiões, equipe de navegação em uma aeronave — ou menos — *e.g.*, tráfico de automotores, em que se confia que os demais motoristas respeitarão a sinalização — intensa, tanto maior será o grau de confiança *interpartes*”⁽³⁾.

(1) GIGLIO, Wagner. *Justa causa*. 6. edi. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 57-58.

(2) FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005. p. 101 (g. n.).

(3) *Idem* (trecho não publicado).

Na espécie, relacionavam-se socialmente, na função *médico-paciente*, por um lado uma *trabalhadora de nível médio* (operadora de caixa) e, por outro, um *clínico geral e servidor público*. Não é preciso dizer que, sob tais circunstâncias, o grau de confiança que a reclamante poderia, *justificada e legitimamente*, depositar no médico que a atendia (a testemunha de fl. 69) era **muito elevado**. Por isso confiou. Levou à empresa o atestado elaborado pelo mesmo, a despeito das evidentes rasuras (fl.89). E pagou, pela confiança, com uma demissão por justa causa. Obviamente, há aí um grau de injustiça que atenta **diretamente** contra o **princípio da confiança** (*supra*).

E, para mais, havia *razões acrescidas* para que a autora não desconfiasse da conduta objetiva do médico. Houvera sido ele, o médico, a pessoa de quem *partira a iniciativa* da consulta a domicílio, assim como “foi o próprio depoente quem indicou seu endereço para a reclamante” (fl. 69). Procedimento atípico, dir-se-ia; mas se é o médico a pedir, pode-se esperar do **leigo** que se oponha à ideia e a suponha ilegal ou irregular? Pode-se esperar do leigo, a bem do *princípio da razoabilidade* (que — bem o disse A. PLÁ RODRIGUEZ — *rege e deve reger* as relações de trabalho), que **conheça** o teor do art. 82 da Resolução CFM n. 1931/2009? **Sequer é lei** em sentido formal, para os efeitos do art. 3º da LICC...

Além disso, o próprio Dr. NOYORI sugere, em depoimento, que *já havia antes atendido a reclamante em sua casa*, emitindo atestado médico similar àquele de fl. 89 (“*não se lembra se emitiu atestado médico nessa ocasião* [quando ainda não estava aposentado], *mas acredita que sim*”). E nesse caso, ao que dos autos consta, a empresa-ré **não o recusou, nem tampouco «investigou» a origem**. A única diferença é que, na segunda ocasião, NOYORI já estava aposentado. Por isso, era de se esperar que a reclamante *recusasse* o atestado de fl.89 e *exigisse* do médico um outro qualquer, sem as armas oficiais do Estado? Era **razoável** se esperar tal conduta da trabalhadora, tendo-se em conta o seu grau de escolaridade e o próprio fato de

que, anteriormente, atestado médico lavrado *sob mesmo procedimento* houvera sido aceito pela empresa?

É claro que não. Dizia-nos há 30 anos Plá Rodriguez:

“Deve existir uma razoável proporcionalidade entre as sanções aplicáveis e a conduta do trabalhador, tanto no que se refere à natureza da falta, como a sua reiteração, como também no que concerne aos demais antecedentes do trabalhador punido. [...] Em última análise, o trabalhador que reputa excessiva ou injusta a punição pode reclamar contra ela. E o magistrado que atua para controlá-la não pode aplicar outro critério que não o da razoabilidade”⁽⁴⁾.

É precisamente o caso. E, por reconhecer na justa causa aplicada pela ré (fl.19), a uma, **violação oblíqua ao princípio da confiança** (tanto que — bem o disse a autora — a empresa *sequer descontou*, no TRCT, os dias relativos às faltas do atestado que não aceitara), e, a duas, **desproporcionalidade** (= ofensa ao *princípio da razoabilidade*), **DEFIRO o pagamento das DIFERENÇAS de VERBAS RESILITÓRIAS (sobre o salário último de R\$ 773,29/mês [fl. 18]), a saber: aviso prévio indenizado (30 dias), férias proporcionais de 2009 (4/12, com a projeção do aviso prévio) + 1/3, trezeno salário proporcional de 2009 (7/12, com a projeção do aviso prévio), FGTS sobre rescisão (8% sobre todas as verbas rescisórias, menos sobre férias indenizadas/proporcionais: Instrução Normativa FGTS/DAF n. 03, de 26.6.96, item II, “o”; Instrução Normativa FGTS/MTE n. 17, de 31.7.00, art. 3º, IV e V) e indenização rescisória de 40% sobre a totalidade dos depósitos fundiários que deveriam ter sido pagos/depositados (art. 18, §1º, da Lei n. 8.036/90)**. Férias vencidas integrais não foram especificamente pedidas, enquanto que as verbas pagas à fl. 18 não desafiaram apontamento de diferenças aritméticas.

(4) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1996. p. 263 (g.n.).

Ao mais, por força do art. 13 da Resolução CODEFAT n. 467/2005, *determino à reclamada o fornecimento das guias CD/RSD, sob código 01, devidamente preenchidas, sob pena de pagamento de «astreintes» em sede de execução* (arts. 461 e 644 do CPC, c/c. art. 769 da CLT). Já a condenação substitutiva no tocante ao seguro-desemprego é incabível. O Juízo determinou a entrega das guias respectivas sob pena de «astreintes», e caso necessário a Secretaria providenciará expedição de ofício à CEF/MTE, determinando a liberação das parcelas devidas, desde que atendidas as demais condições da Lei n. 7.998/90. No entanto, improcede o pleito de condenação da ré ao pagamento direto dessas mesmas parcelas, pois o reclamante não comprovou, nos autos, todas as condições que lhe garantiriam a percepção do benefício (art. 3º, incisos III, IV e V da Lei n. 7.998/90, nos termos da Resolução CODEFAT n. 467/2005).

No que toca à *indenização por danos morais*, porém, *nada a deferir*. É que, como visto acima, efetivamente *houve uma patente iliceidade*, imputável à testemunha O. NOYORI, mas a envolver o nome e o interesse da reclamante. Investigando os fatos e constatando que havia falso ideológico no atestado de fl. 89, a empresa-ré entendeu comprometida a fidúcia essencial para a manutenção do contrato de trabalho e rescindiu-o com justa causa. Andou mal, porque *transferiu à reclamante* responsabilidades que, a princípio, competiam exclusivamente ao médico. Mas, nada obstante, havia elementos hábeis a *explicar* — embora não *justificassem* — a reação da empresa. Não se pode afirmar tenha sido uma reação *subjetivamente* injusta, com o propósito de prejudicar a autora ou negar-lhe direitos legais (como insinua a autora em sua petição inicial). Ademais, como pontuado em contestação, o fato da justa causa sequer foi divulgado «*extra muros*», ao menos por parte da empresa (e ao que dos autos consta); se chegou ao conhecimento de terceiros (Polícia Judiciária, Justiça do Trabalho, etc.), foi sempre por obra e graça *da própria*

reclamante (fl. 18, fls. 02-12, etc.). Causa espécie, aliás, que a autora erija como seu argumento o fato de a reclamada *não ter lavrado B.O.* e, ao depois, pretenda haver indenização por danos morais: se é verdadeiro que, para dar «seriedade» à justa causa, a empresa deveria ter providenciado a lavratura de B.O. (fl. 06), então por que a autora pede *indenização por danos morais* por muito menos que isso? Pela linha lógica do exórdio, parece que o empresário deve, ao mesmo tempo, *lavrado o B.O.* para configurar a seriedade da justa causa de improbidade (fl. 06), mas depois *pagar indenização por danos morais*, porque afirmou seriamente que o empregado praticou justa causa e inclusive disso lavrou B.O. (o que seria um fator agravante)... Nada mais incongruente. À falta de prova bastante da ação moralmente detratadora ou dos próprios prejuízos morais, e sendo certo que toda a publicidade constatada nestes autos foi promovida pela própria reclamante, *INDEFIRO o pleito de indenização por danos morais*.

No que diz respeito às horas extraordinárias, a reclamante valeu-se do prazo assinado à fl. 68 e apresentou as diferenças de fls. 115-131. A ré, por sua vez, não impugnou esses apontamentos, afirmando que não pôde examiná-los, porque os autos estavam «conclusos». Ora, os prazos de fl. 68 *pressupunham*, obviamente, a consulta dos autos e das razões do *ex adverso*; cabia à ré diligenciar junto à Secretaria e requerer a oportuna carga dos autos, independentemente de intimação. Não bastava verificar o andamento virtual. Caso a Secretaria se recusasse a lhe entregar os autos, haveria de obter a intercessão do Magistrado oficiante ou, na pior hipótese, pedir certidão do ocorrido. Nada disso foi feito. Agora, não pode simplesmente imputar ao Estado-juiz as culpas pela sua inércia. *Nada a deferir*, no particular. E, quanto aos apontamentos propriamente ditos, é certo que *comprovam*, de modo bastante, que, *pelos documentos de fls. 101-106*, há diferenças de horas extras a deferir. Veja-se, por exemplo, o mês de *maio/2008* (em que não houve horas extras a

60% pagas [fl. 93], mas a autora identificou 14,58 horas extras pendentes de pagamento [fl. 115]). E, de fato, assiste razão à reclamante. O exame do respectivo controle, a partir do dia 21.4.2008 (como quer a defesa), cotejado com os apontamentos de fl. 119, revelam o equívoco da ré: *não considerava como horas extraordinárias as excedentes da 44ª hora semanal* (como manda o art. 5º, XIII, CRFB), mas apenas as excedentes da 8ª diária. Assim, v. g., houve atividade ininterrupta de 5.5.2008 a 12.5.2008 (= 8 dias seguidos), somando — pelo próprio doc. 21 da defesa — 7:07 + 7:16 + 7:17 + 6:34 + 7:09 + 8:33 + 5:50 + 6:54 = 56:40; ou, até o sétimo dia (11.5.2008), um total de 49:46, i. e., *mais que 44 horas na semana*, já descontados todos os atrasos; e, disso, **nada se pagou** no holerite de fl. 93, já que — a despeito de eventuais compensações da folga não fruída (o que diz com as horas extras a 100%) — tais horas haveriam de ser pagas a 60%, nos termos da convenção coletiva de trabalho em vigor. Não o foram; nem em maio, nem em junho (fls. 93-94). O mesmo se verifica noutras semanas. Assim, e por tudo isso, **defiro o pleito de HORAS EXTRAORDINÁRIAS, para todo o período contratual, conforme a evolução salarial dos autos (fls. 93-100), nos seguintes termos: horas extras a se apurarem a partir do cotejo entre os controles de ponto de fls. 101-106 e os holerites de fls. 93-100; adicionais de 60% para as horas extras comuns e de 100% para as horas extras laboradas em feriados nacionais ou folgas não compensadas; considerem-se, como feriados nacionais, 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 12 de outubro, 15 de novembro e 25 de dezembro (ut Leis ns. 662/49, 1.266/50 e 6.802/80); divisor 220; para horas noturnas (a partir das 22h00), considera-se a base horária de 52min30seg (art. 73, §1º, da CLT); considerem-se horas extras as excedentes da 8ª hora diária e as que, excedentes da 44ª hora semanal, não estejam incluídas entre as anteriores.**

Por habituais tais diferenças (como se intui pelos apontamentos de fl. 115), **defiro**, no

mesmo período, os seus **REFLEXOS em DSRs, aviso prévio indenizado, férias acrescidas de 1/3 (integrais e proporcionais), décimos terceiros salários (2008 e 2009) e FGTS com os 40% (menos sobre férias indenizadas/proporcionais: Instrução Normativa FGTS/DAF n. 03, de 26.6.96, item II, “o”; Instrução Normativa FGTS/MTE n. 17, de 31.7.00, art. 3º, IV e V; Instrução Normativa SIT/MTE n. 25, de 25.12.2001, art. 13, IV e V).**

Nada mais a compensar (art. 767/CLT), já que as horas extras já serão apontadas, em sede de liquidação, com base nas **diferenças** entre o que se apurar nos controles e o que estiver **pago** nos holerites. Caso as partes não se entendam a respeito e a contadoria do Juízo não logre acertar as contas, **produzir-se-á a apuração contábil, com a intervenção de perito judicial**, cujos honorários correrão às expensas daquele cujos cálculos mais se afastarem do resultado final (real).

Diante da *legítima controvérsia* estabelecida em torno da hipótese rescisória, considerando-se que a conduta da reclamante objetivamente *justificou*, em parte, a ação demissionária (ainda que, do ponto de vista *subjetivo*, a responsabilidade não lhe possa ser imputada), **INDEFIRO** os pleitos de multas dos arts. 467 e 477 da CLT, diante do caráter patentemente *controvertido* do débito rescisório.

Não há, realmente, qualquer notícia documental de depósito de FGTS para junho/2009 (cfr. fls. 18, 20 e 23-24); e tais depósitos eram devidos *independentemente* da justa causa alegadamente verificada. A reclamada não fez juntar a GRRF (guia de recolhimento rescisório do FGTS); e o ônus lhe incumbia. Assim, **defiro o pagamento, in pecunia, do FGTS (8%) incidente sobre o saldo salarial (24d), o reembolso de DSR e a quebra de caixa (fl. 18), com acréscimo de juros e correção monetária.**

Indefiro os honorários advocatícios de sucumbência, nos termos das Súmulas ns. 329 e 219 do C.TST, cujo pressuposto fundamental — assistência à reclamante pelo sindicato profissional

de sua categoria — não está atendido no caso em tela. Diga-se, a propósito, que não se trata de «repristinar» coisa alguma, como se vem sustentando, porque

“o § 10 do art. 789 da CLT, ao mencionar a assistência judiciária ao «trabalhador desempregado» e ao trabalhador de baixa renda, estabeleceu disposição específica a par da geral («trabalhador» em sentido amplo) constante no caput do art. 14 da Lei n. 5.584-1970. Logo, neste particular, houve incidência do § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e não do § 1º do art. 2º da LICC. Portanto, o referido dispositivo permaneceu em vigência, mesmo com o advento das referidas leis (Leis ns. 10.288-2001 e 10.537-2002). Logo, não há que se falar em impossibilidade de repristinação (art. 2º, § 3º, da LICC) — já que sequer houve revogação. Por esta razão ainda prevalece o entendimento de que um dos requisitos para a concessão dos honorários advocatícios é a assistência do sindicato da categoria profissional. Vale destacar que este entendimento está sedimentado na Orientação Jurisprudencial n. 305 da SDI-I do TST, que foi publicada no Diário da Justiça em 11.8.03. Ou seja, após o advento da Lei n. 10.537-2002, confirmando que o entendimento ora esposado ainda prevalece, não obstante toda a discussão acerca da revogação e repristinação dos mencionados dispositivos da Lei n. 5.584-1970” (TRT 9ª Reg., RO 06972-2006-028-09-00-8, Ac. 4a T. 35943/07, rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, in DJPR 07.12.2007, p. 726 – g. n.).

Mas observo, de outra parte, que a autora não se limita a pedir os honorários de sucumbência; pede, mais, uma indenização pelos honorários advocatícios contratuais, com base nos arts. 389, 395, 402 e 404 do Novo Código Civil (fl. 09). E, nesse caso, o «*ius novum*» a socorre. Com efeito, a verba honorária contratual, que decerto foi ajustada entre a reclamante e seus advogados, está no âmbito da autonomia privada de cliente e patrono, não podendo ser

cerceada por ordem judicial, exceto quando abusiva e em ação própria; ajustada, será paga, em prejuízo dos créditos da reclamante. E, a esse propósito, cabe bem a norma do art. 395 do NCC, segundo a qual “*responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*” (g. n.).

Assim, contrariando certa jurisprudência que tem perdido a excepcional ocasião de inovar a matéria em sede de processo do trabalho (porque agora o tema já não se rege apenas pela Lei n. 5.584/70), **condeno a reclamada a pagar INDENIZAÇÃO relativa aos HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS ajustados entre a reclamante e seus advogados, até o importe de 30% do total bruto da condenação, condicionada à apresentação nos autos, em 15 dias, do respectivo instrumento contratual (contrato de prestação de serviços e honorários advocatícios)**, inclusive para informação oportuna à Secretaria da Receita Federal.

Incabíveis os benefícios da Justiça Gratuita, eis que não observadas as condições das Leis ns. 1.060/50 e 5.584/70 (não há declaração formal de hipossuficiência nos autos).

Desnecessária a expedição de ofícios quaisquer.

Autorizam-se os descontos fiscais e previdenciários pelo empregador, às expensas do empregado (no que lhe couber), em conformidade com a jurisprudência predominante⁽⁵⁾. Os descontos devem observar, entretanto, as alíquotas que seriam incidentes mês a mês caso os títulos houvessem sido correta e oportunamente pagos (e não em regime de caixa, i.e., sobre a condenação líquida), ou haveria inaceitável prejuízo ao empregado em decorrência de irregularidades perpetradas por seu empregador⁽⁶⁾,

(5) Súmula n. 368 do C.TST.

(6) Nesse sentido: “IMPOSTO DE RENDA NAS CONDENAÇÕES PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO – Verbas salariais e parcelas indenizatórias, como tais consideradas são intangíveis a teor do art. 482 da CLT. O art. 46 da Lei

além de benefício indevido no cálculo das cotas previdenciárias (recolhimento, pelo teto de contribuição, apenas no mês da condenação).

Uma vez que os pedidos não foram liquidados (a não ser por uma estimativa geral que serviu de valor formal à causa), tenho por *inaplicável* a norma do art. 459, par. único, do CPC (permitindo, a propósito — e sobretudo quanto às horas extras —, o *contraditório* em sede liquidatória, a bem da norma do art. 5º, LV, CRFB).

3. DISPOSITIVO

«*Ex positis*», JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação reclamationária, para CONDENAR a reclamada SUPERMERCADO SHIBATA LTDA. a pagar à reclamante DAMARIS APARECIDA DA SILVA, dentro de quinze dias após a decisão homologatória (sob as penas do art. 475-J, *caput*, do CPC, c.c. art. 769 da CLT), os seguintes títulos, a serem apurados em liquidação por cálculos (cfr. evolução salarial dos autos):

(1) DIFERENÇAS de VERBAS RESILITÓRIAS (sobre o salário último de R\$ 773,29/mês), a saber: aviso prévio indenizado (30 dias), férias proporcionais de 2009 (4/12) + 1/3, trezeno salário proporcional de 2009 (7/12), F.G.T.S. sobre rescisão (8% sobre todas as verbas rescisórias, menos sobre férias indenizadas/proporcionais) e indenização rescisória de 40% sobre a totalidade dos depósitos fundiários que deveriam ter sido pagos/depositados (art. 18, §1º, da Lei n. 8.036/90);

(2) HORAS EXTRAORDINÁRIAS, para todo o período contratual, conforme a evolução salarial dos autos (fls.93-100), nos seguintes termos: horas extras a se apurarem

a partir do cotejo entre os controles de ponto de fls. 101-106 e os holerites de fls.93-100; adicionais de 60% para as horas extras comuns e de 100% para as horas extras laboradas em feriados nacionais ou folgas não compensadas; considerem-se, como feriados nacionais, 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 12 de outubro, 15 de novembro e 25 de dezembro; divisor 220; para horas noturnas (a partir das 22h00), considera-se a base horária de 52min30seg; considerem-se horas extras as excedentes da 8ª hora diária e as que, excedentes da 44ª hora semanal, não estejam incluídas entre as anteriores;

(3) REFLEXOS das horas extras em DSRs, aviso prévio indenizado, férias acrescidas de 1/3 (integrais e proporcionais), décimos terceiros salários (2008 e 2009) e FGTS com os 40% (menos sobre férias indenizadas/proporcionais);

(4) FGTS (8%) incidente sobre o saldo salarial (24d), o reembolso de DSR e a quebra de caixa (fl. 18), com acréscimo de juros e correção monetária;

(5) INDENIZAÇÃO relativa aos HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS ajustados entre a reclamante e seus advogados, até o importe de 30% do total bruto da condenação, condicionada à apresentação nos autos, em 15 dias, do respectivo instrumento contratual (contrato de prestação de serviços e honorários advocatícios).

Ao mais, condeno a reclamada a FORNECER à reclamante, no prazo de 10 dias a partir da intimação desta sentença, a comunicação de dispensa e o requerimento de seguro-desemprego (guias CD/RSD), devidamente preenchidos sob código 01 (rescisão em 24.6.2009), para fins de percepção de SEGURO-DESEMPREGO, sob pena de pagamento de «astreintes» (multa diária de R\$ 200,00, até o montante equivalente a uma vez e meia o que seria pago ao reclamante pelo MTE a título de seguro-desemprego — arts. 461, § 4º, e 644 do CPC), pelas quais responderão, solidariamente, todas as rés. Para o

n. 8.541/92, sobre a matéria, está submisso ao art. 153, § 2º, da CF, e à vista deve ser interpretado. O não pagamento das parcelas salariais, mensalmente, nas épocas próprias, retira do trabalhador a oportunidade de se valer de alíquotas inferiores, da tabela progressiva e de também de eventual isenção. Ônus que se transfere ao empregador inadimplente” (TRT 2ª Reg., Ac. Seção Especial, Rel. Walter Vettore. In: DOE 14.10.94, p. 167).

cálculo do montante-referência, utilizem-se os critérios do art. 2º da Lei n. 8.900/94 e dos arts. 5º e 8º da Resolução n. 467/2005 do CODEFAT. *O pagamento das parcelas de seguro-desemprego deverá ser efetuado pelo MTE, desde que requerido dentro de 120 dias a contar da data da entrega das guias, consoante ofício/DSD/n. 156/97 [Divisão do Seguro Desemprego à Secretaria da 1ª Turma do TRT/15ª Região], e uma vez atendidos os demais requisitos legais de aferição administrativa.*

Ao mais, *expeça-se alvará judicial para movimentação da conta vinculada junto ao FGTS, após o trânsito em julgado desta.*

Nos termos e forma da motivação, *oficie-se [a] ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CRM-SP); [b] à Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo; [c] ao órgão local do Ministério Público Estadual; e [d] à pessoa de JOÃO PAULO APARECIDO DE AGUIAR (reclamante nos autos do processo n. 768/2007-3), com relação à quebra do sigilo judicial. Outrossim, desentranhem-se e des-truam-se os documentos de fls. 27-44, como determinado.*

Tudo conforme a fundamentação, que passa a ser parte integrante desse dispositivo. Nada a compensar (art. 767/CLT).

Juros de mora a partir da propositura da ação, na forma da lei. Correção monetária a partir da época própria (meses subsequentes aos de competência; para rescisórias e seus reflexos, mês de JUNHO/2009), em conformidade com o Decreto-lei n. 75/66 (art. 2º, I) e legislação posterior.

A reclamada provará os recolhimentos previdenciários de que tratam as Leis ns. 8.212/91 e 8.620/93 e o Provimento CGJT n. 01/96 sobre aquilo que, dentre os títulos *supra*, for salário-de-contribuição (*todos os títulos*, exceto indenizações e reflexos em férias indenizadas/proporcionais + 1/3 e FGTS 8% + 40%), re-tendo/recolhendo as contribuições da parte de empregado (art. 20, *caput*, da Lei n. 8.212/91) e suportando/recolhendo as contribuições da parte de empregador (art. 22, I, da Lei n. 8.212/91), mais SAT, sob pena de *responsabilidade integral* (art. 33, § 5º, da Lei n. 8.212/91) e execução específica pelo equivalente, *ut* art. 114, VIII, da CRFB, nos termos da EC n. 45/2004, procedendo-se na forma das Leis ns. 8.212/91 e 8.620/93, do Provimento CGJT n. 01/96 e dos arts. 831, 832, 876, 878-A, 879, 880, 884, 889-A e 897 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação da Lei n. 10.035/2000.

Na oportunidade do pagamento, a reclamada observará ainda, se o caso, o disposto na Lei n. 7.713/88 e na legislação posterior para as deduções do Imposto de Renda (IRRF), mas com alíquotas incidentes *mês a mês* (art. 153, § 2º, I, da CRFB).

Custas, pela reclamada, sobre o *quantum* arbitrado de R\$ 5.500,00, no valor de R\$ 110,00 (art. 789, *caput*, CLT). Não pagas, *execute-se* (art. 790, § 2º, da CLT).

Cientes reclamante e reclamada (Súmula n. 197/TST).

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO
Juiz do Trabalho

Índice Geral



Doutrina

A constituição do trabalho. 1. Introdução. 2. Conceito. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas 15

A função revisora dos tribunais — a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária. 1. Introdução. 2. A morosidade do Poder Judiciário. 3. O método na filosofia. 4. A função revisora dos tribunais e o problema da efetividade da jurisdição. 5. Entre a *sentença razoável* do juiz e a *sentença ideal* para o relator — um falso dilema a superar. 6. A aplicação do direito: não há julgamento sem discricionariedade judicial. 7. O método da transmigração do relator. 8. Um acórdão e não uma nova sentença. 9. A sentença razoável deve ser confirmada. 10. O alcance de uma inovação procedimental. 11. Mauro Cappelletti — a atualidade de um diagnóstico. 12. Conclusão. 13. Referências bibliográficas. 22

Liberdade e unicidade: dilema da representação sindical em perspectiva. 1. Introdução. 2. O nascimento do direito do trabalho e as fases de seu desenvolvimento no Brasil. 3. O nascimento do direito sindical brasileiro. 3.1. A institucionalização em moldes corporativistas: das primeiras reformas à Constituição de 1934. 3.2. A nova institucionalidade de 1934 e a renovada resistência empresarial. 3.3. O complemento da obra corporativa: de 1937 à CLT. 3.4. O final do regime de 1937 e a democratização conservadora. 4. Uma ambiguidade instituinte: o processo constitucional de 1946. 4.1. A Constituição de 1946: uma democratização restrita, um corporativismo renovado. 4.2. O corporativismo do sistema de relações de trabalho constitucionalizado em 1946. 5. A renovação dos elementos corporativistas na Constituição de 1988. 6. As reformas constitucionais e o dilema na representação sindical. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas. 40

Recuperação judicial — a não aplicação do art. 54 da Lei n. 11.101/05 — prazo para pagamento de crédito trabalhista — suas consequências. 1. Introdução. 2. A participação do credor trabalhista na recuperação judicial. 3. A não consideração do prazo previsto no art. 54 da LRF [1 (um) ano] e as suas consequências. 3.1. Pode a devedora apresentar plano que não respeite o prazo de um ano para pagamento do débito trabalhista? 3.2. No caso da devedora apresentar plano de recuperação com prazo superior ao admitido pela lei (art. 54 da LRF), podem as partes “aprovar tal situação”. 3.3. Os efeitos e consequências da nulidade da cláusula que prevê o pagamento do passivo trabalhista e indenizações de acidente de trabalho. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas. 63

Proteção coletiva aos direitos trabalhistas. 1. Introdução. 2. Processo do trabalho. 3. Tutela metaindividual. 4. Tutela meta-individual e os conflitos trabalhistas. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas. 72

A execução contra a Fazenda Pública na Justiça do Trabalho. 1. Introdução. 1.1. Aspectos gerais e introdutórios. 1.2. Origem, noções históricas e características. 2. Procedimento de execução pecuniária contra a Fazenda Pública. 2.1. Do regime geral de precatórios. 2.2. Da requisição de pequeno valor (RPV). 2.3. Das obrigações alimentícias. 2.4. Da execução provisória contra a fazenda pública. 2.5. Outras questões importantes ou controvertidas. 2.5.1. Atualização monetária e juros. 2.5.2. A natureza da atividade do presidente do tribunal competente. 2.5.3. Intervenção nos estados e municípios. 2.5.4. O sequestro de valores públicos. 2.5.5. Da compensação dos precatórios e outras inovações trazidas pela EC n. 62/2009. Breves comentários. 2.5.6. Os precatórios e os idosos. 2.6.7. Precatórios e honorários advocatícios. 3. Da execução contra a Fazenda Pública na

Justiça do Trabalho. Questões essenciais e controversas. 4. Referências bibliográficas. 87

A supremacia do direito natural e a pirâmide normática kelseniana: considerações em torno de um caso trabalhista. 1. Intróito. 2. Escorço do caso enfrentado. 3. Existência e autoridade ético-jurídica do direito natural. 4. Fragilidade da refutação dos positivistas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas. 123

Os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho e a assistência judiciária: as Súmulas ns. 219 e 319 do TST e as Súmulas ns. 450 e 633 do Supremo Tribunal Federal. 1. Introdução. 2. A assistência judiciária no Brasil e o processo do trabalho. A disciplina no CPC de 1939. A edição da Lei n. 1.060/50. A Súmula n. 450 do Supremo Tribunal Federal. 3. A assistência judiciária dos sindicatos regulamentada pela Lei n. 5.584/70 e o processo do trabalho. A Súmula n. 633 do STF e as Súmulas ns. 219 e 329 do TST. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas. 130

Repercussões processuais do fim do poder normativo na estrutura do direito do trabalho. 1. Introdução: breve histórico do poder normativo. 2. Classificação dos dissídios coletivos e o erro material na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004. 3. Os reflexos dos erros materiais de redação na interpretação da Emenda Constitucional n. 45/2004. 4. Como julgar o conflito coletivo de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004. 5. Impossibilidade de o Poder Judiciário agir como “árbitro”. 6. Efeitos da extinção do poder normativo. 7. Conclusão. 147

Cooperativados e precarizados em busca de direitos: o posicionamento da Justiça do Trabalho em Salvador-BA. 1. Introdução. 2. Cooperativismo — origens, princípios, marco legal e desvirtuamento:

o caso das cooperativas de trabalho. 3. Terceirização através de cooperativas — instrumento de precarização das relações de emprego. 4. Cooperativados e precarizados em busca de direitos: o posicionamento da Justiça do Trabalho em Salvador-BA. 4.1. As responsabilidades das acionadas (cooperativas e empresas tomadoras). 4.2. A situação atual dos processos ajuizados em 2006. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas. 154

Ainda o contrato de experiência: sua cessação à luz dos princípios da conservação dos contratos e da boa-fé. 1. Introdução. 2. Um breve retorno à classificação dos contratos trabalhistas. 2.1. Os contratos de experiência: significado, natureza jurídica e peculiaridade. 3. Os contratos de experiência e a “mutualidade de análises”. 4. Ainda a questão da escolha. 5. “Diferença” entre contratos de experiência e demais contratos a prazo determinado e o princípio da boa-fé: duas questões fulcrais. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas. 175

A garantia do patrimônio mínimo na promoção do princípio da dignidade humana — uma análise garantista dos salários como meio de proteção do mínimo existencial. 1. Introdução. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana: uma visão na ordem jurídica brasileira. 3. A teoria do patrimônio mínimo na promoção da dignidade humana. 4. O conteúdo jurídico da teoria do patrimônio mínimo. 5. A efetiva garantia ao patrimônio mínimo: sua efetivação através da proteção dos salários. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas. 184

Revisitando a flexisegurança. 1. Introdução. 2. Flexisegurança. 2.1. Terminologia. 2.2. Conceito. 2.3. Aplicação do modelo em alguns países europeus. 2.3.1. Holanda. 2.3.2. Espanha. 2.3.3. Dinamarca. 2.3.4. Portugal. 3. O Livro Verde — modernizar

o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas. 201

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho 221

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região 225

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região 231

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região 234

Sentenças

7ª Vara do Trabalho de Salvador – BA 255

1ª Vara do Trabalho de Feira de Santana – BA 269

7ª Vara do Trabalho de Florianópolis – SC 277

1ª Vara Federal do Trabalho de Taubaté – SP 281

